



2C_488/2018

Urteil vom 12. März 2020

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichter Zünd,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Donzallaz, Haag,
Gerichtsschreiberin Mayhall.

Verfahrensbeteiligte

A. _____ AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Fürsprecher Michael Kunz,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Feststellung betreffend unterstellungspflichtige Tätigkeit gemäss Geldwäschereigesetz,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. April 2018 (B-6225/2016).

Sachverhalt:

A.

Die A. _____ AG (nachfolgend A. _____ AG) war vom 2. August 2006 bis 27. April 2016 Mitglied beim B. _____-Verein (nachfolgend B. _____), einer Selbstregulierungsorganisation im Sinne von Art. 24 des Bundesgesetzes vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz, GwG; SR 955.0; nachfolgend zitiert nach der am 1. Januar 2016 in Kraft stehenden Fassung). A. _____ AG betreibt insbesondere Mobile Value Added Services (nachfolgend MVAS) und darunter als konkreten Anwendungsfall das Nachtzuschlagsmodell des Zürcher Verkehrsbundes (ZVV). Die MVAS sind eine entgeltliche Dienstleistung, die über mobile Fernmeldedienste erbracht und angeboten wird. A. _____ AG ermöglicht dabei Anbietern von Mehrwertdiensten, unter eigenem Namen den Dienstbenutzern mit einer SIM-Karte von A. _____ AG (d.h. NATEL-Kunden) eigene MVAS zu offerieren, wobei die jeweiligen Anbieter dieser Mehrwertdienste für die Angebote und das Pricing direkt verantwortlich sind. A. _____ AG vergibt die Kurznummern, transportiert die Inhalte und stellt den Kunden die SMS/MMS-Dienste in Rechnung. Beim Nachtzuschlag des ZVV bietet der ZVV den Nutzern des öffentlichen Nahverkehrs Nachtzuschlagstickets insbesondere über eine SMS Business-Numbers-Plattform zum Kauf an; unter den Zahlungsmöglichkeiten figuriert eine Zahlung des Nutzers des öffentlichen Nahverkehrs direkt via SMS Business Number seines Mobiltelefons. Wählt der Nutzer des öffentlichen Nahverkehrs die Variante SMS Business Numbers, werden die verrechneten Leistungen von der Gesuchstellerin im Falle eines Abonnement-Vertrags bis zur Fälligkeit der nächsten Telefonrechnung gespeichert und von A. _____ AG nachträglich in Rechnung gestellt ("Abrechnungsverfahren"). Mit Schreiben vom 9. Januar 2016 ersuchte die A. _____ AG die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA um Erteilung einer Bewilligung für die Ausübung der Tätigkeit als Finanzintermediär nach a Art. 14 GwG [AS 2008 5207] sowie um Feststellung, dass ihr Abrechnungsverfahren für Nachtzuschlagstickets des

ZVV per SMS, soweit den Kunden die Kosten für die an den ZVV-Automaten bezogenen Nachtzuschlagstickets nachträglich per Post in Rechnung gestellt werden, dem GwG unterstehen:

1. "Der A. _____ AG sei die Bewilligung für die Ausübung der Tätigkeit als Finanzintermediärin gemäss [a]Art. 14 GwG zu erteilen;
2. Es sei festzustellen, dass das Abrechnungsverfahren der A. _____ AG für Nachtzuschlagstickets des ZVV per SMS dem GwG untersteht, soweit den Kunden die Kosten für die an ZVV-Automaten bezogenen Nachtzuschlagstickets per Post in Rechnung gestellt werden."

Die B. _____ teilte der A. _____ AG mit Schreiben vom 21. April 2016 mit, sie habe in diesem Zusammenhang ein Sanktionsverfahren eröffnet. Daraufhin erklärte A. _____ AG der B. _____ am 27. April 2016 ihren sofortigen Austritt. Am 8. August 2016 beantragte A. _____ AG bei der B. _____ die sofortige Einstellung des gegen sie eröffneten Sanktionsverfahrens, eventualiter die Sistierung bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA. Mit Verfügung vom 9. September 2016 erteilte die FINMA der A. _____ AG die Bewilligung zur Ausübung der Tätigkeit als Finanzintermediärin gemäss Art. 2a Abs. 3 GwG (AS 1998 892, 2005 526) (Dispositivziffer 1) unter Auflagen und stellte fest, dass das im Gesuch vom 9. Januar 2016 genannte Abrechnungsverfahren dem GwG unterstehe und von der Bewilligung gemäss Dispositivziffer 1 erfasst werde (Dispositivziffer 2) :

1. "A. _____ AG, U. _____, wird die Bewilligung nach [a] Art. 14 GwG zur Ausübung der Tätigkeit als Finanzintermediärin gemäss Art. 2 [a] Abs. 3 GwG erteilt.
2. Es wird insbesondere festgestellt, dass das Abrechnungsverfahren der A. _____ AG für Nachtzuschlagstickets des ZVV per SMS, soweit den Kunden die Kosten für die an ZVV-Automaten bezogenen Nachtzuschlagstickets nachträglich per Post in Rechnung gestellt werden, ebenfalls dem GwG untersteht und von der Bewilligung gemäss Ziff. 1 hiervon erfasst wird.
3. A. _____ AG wird verpflichtet, innerhalb von 90 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft der Bewilligung gemäss Ziff. 1 der FINMA darzulegen, dass die Dienstleistung für Kunden mit einem Postpaid-Abo in der Betriebsorganisation, den organisatorischen Massnahmen und den internen Vorschriften aufgenommen worden ist sowie Ziff. 6 der Weisung C 2 - Internal hinsichtlich des Verzichts auf Einhaltung der Sorgfaltspflichten Art. 11 Abs. 1 lit. a der Verordnung vom 3. Juni 2015 der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (aGwV-FINMA; SR 955.033.0; in der Fassung, wie sie am 1. Januar 2016 in Kraft stand) entspricht."

In ihrer Verfügung vom 9. September 2016 erwog die FINMA, sie mache die A. _____ AG auf die Pflichten aufmerksam, deren Erfüllung sie als Finanzintermediärin jederzeit sicherstellen müsse. Als Finanzintermediärin könne die FINMA jedoch in dauernden Geschäftsbeziehungen mit Vertragsparteien im Bereich von Zahlungsmitteln für den bargeldlosen Zahlungsverkehr, die ausschliesslich dem bargeldlosen Bezahlen von Waren und Dienstleistungen dienen würden, gemäss Art. 7a GwG in Verbindung mit Art. 11 Abs. 1 lit. a und b GwV-FINMA auf die Einhaltung der Sorgfaltspflichten verzichten, wenn die dafür aufgestellten Sorgfaltspflichten in Form von Schwellenwerten erfüllt seien. Gemäss Ziff. 5.2 der Weisung C 2 - Internal seien nur für Kunden mit einem Prepaid-Abo Schwellenwerte von Fr. 1'000.-- pro Transaktion und Fr. 5'000.-- pro Kalenderjahr vorgesehen; zusätzlich dürften die Einzahlungen einen Saldo von Fr. 3'000.-- nicht übersteigen. Die Ausführungen in Ziff. 6 der Weisung C 2 - Internal würden sich schliesslich auf Art. 11 Abs. 1 lit. a GwV-FINMA stützen, jedoch nur die Schwellenwerte von Fr. 3'000.-- und Fr. 5'000.--, jedoch nicht jenen von Fr. 1'000.-- enthalten. Dies sei missverständlich, weshalb A. _____ AG angewiesen werde, dies anzupassen und den Inhalt von Art. 11 Abs. 1 lit. a GwV-FINMA materiell zu übernehmen und die überarbeiteten Vorschriften innerhalb von 90 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Bewilligung der FINMA einzureichen.

B.

Gegen die Verfügung der FINMA vom 9. September 2016 gelangte A. _____ AG mit Beschwerde vom 10. Oktober 2016 an das Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte,

1. "Die Verfügung der FINMA vom 9. September 2016 sei bezüglich der Ziffer 2 und Ziffer 3 (in Bezug auf die Anordnung betreffend Postpaid-Abo) des Dispositivs aufzuheben;
2. Es sei festzustellen, dass das Abrechnungsverfahren der A. _____ AG für Nachtzuschlagstickets des ZVV per SMS, soweit den Kunden die Kosten für die an ZVV-Automaten bezogenen Nachtzuschlagstickets nachträglich in Rechnung gestellt werden, nicht dem GwG untersteht."

Mit Entscheid vom 29. März 2017 wies die B. _____ den Antrag von A. _____ AG um Sistierung des Sanktionsverfahrens ab (Dispositivziffer 1) und auferlegte A. _____ AG eine Busse von Fr. 4'300'000.-- (Dispositivziffer 2). In Dispositivziffer 4 wies B. _____ darauf hin, dass gegen diesen Entscheid Beschwerde an das statutarische Schiedsgericht erhoben werden könne. Mit Eingabe vom 10. April 2017 meldete A. _____ AG beim statutarischen Schiedsgericht Beschwerde an.

Mit Beschwerde vom 1. Mai 2017 erhob A. _____ AG auch Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gegen den Entscheid der B. _____ vom 29. März 2017 und beantragte die Aufhebung dessen Dispositivziffer 2. Mit Zwischenverfügung vom 8. Mai 2017 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch von A. _____ AG um superprovisorische Anweisung an die B. _____, das Schiedsverfahren gegen sie einzustellen, einstweilen ab, soweit darauf einzutreten sei. Mit Urteil vom 5. September 2017 trat das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde nicht ein. Mit Urteil

vom 17. April 2018 wies das Bundesverwaltungsgericht auch die von A. _____ AG gegen die Verfügung der FINMA vom 9. September 2016 erhobene Beschwerde ab.

C.

Gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. April 2018 gelangt A. _____ AG mit Beschwerde vom 31. Mai 2018 an das Bundesgericht und beantragt, das angefochtene Urteil sei bezüglich der Ziffern 1-3 aufzuheben und es sei festzustellen, dass das Abrechnungsverfahren der A. _____ AG für Nachtzuschlagstickets des ZVV per SMS, soweit den Kunden die Kosten für die an ZVV-Automaten bezogenen Nachtzuschlagstickets nachträglich per Post in Rechnung gestellt werden, nicht dem GwG unterstehe.

Die Vorinstanz schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Sie führt aus, die Beschwerdeführerin berühre in ihrer Beschwerde Themata, die sie in ihrer vorinstanzlichen Beschwerde nicht oder kaum angesprochen habe. Gemäss eigenen Angaben müsste die Beschwerdeführerin für die Einhaltung der Sorgfaltspflichten nach Art. 11 Abs. 1 lit. a GwV-FINMA aufwendige und teure Anpassungen an ihren IT-Systemen vornehmen, deren Kosten intern im Jahr 2014 auf über Fr. 1 Mio. geschätzt worden seien. Die FINMA schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Mit Bezug auf das Gesuch um aufschiebende Wirkung der Beschwerde macht sie geltend, sie wersetze sich deren Erteilung nicht, zumal sich die Beschwerdeführerin mit Blick auf ein allfälliges Unterliegen bereits mit der FINMA in Verbindung gesetzt habe, um mögliche Erleichterungen im Sinne von Art. 7a GwG in Verbindung mit Art. 11 Abs. 1 lit. a und b GwV-FINMA zu diskutieren, weshalb nach Vorliegen der Rechtskraft von einer raschen Umsetzung sämtlicher GwG-Pflichten auszugehen sei. In ihrer Replik weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass sie mit dem vorliegenden Rechtsmittelverfahren eine wegweisende Klarstellung für das Postpaid-Abrechnungsverfahren anstrebe. Dass die Beschwerdeführerin die Voraussetzungen für die Ausnahmen von Art. 11 Abs. 1 lit. a GwV-FINMA für die nicht-akzessorischen Prepaid-Abrechnungsverfahren einhalte, helfe ihr für das vorliegend zu beurteilende nicht-akzessorische Postpaid-Abrechnungsverfahren leider nicht im Geringsten, zumal auch nicht die gleichen IT-Systeme betroffen seien. Die Unterstellungspflicht für die nicht-akzessorischen Postpaid-Abrechnungsverfahren habe sie immer bestritten und sich deswegen geweigert, die hohen Kosten für die Anpassung der IT-Systeme vor einem rechtskräftigen Unterstellungsentscheid so vorzunehmen, dass die Voraussetzungen für die Ausnahmen von Art. 11 Abs. 1 lit. a GwV-FINMA auch hier erfüllt wären.

Mit Verfügung vom 28. Juni 2018 erteilte der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts der Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Beschwerdeführerin hat frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 BGG) eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht. Sie richtet sich gegen einen Endentscheid (Art. 90 BGG) des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der Finanzmarktaufsicht. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG).

1.2. Die Beschwerdeführerin, die am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat und mit ihren Anträgen unterlegen ist, ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse (Art. 89 Abs. 1 BGG) an der Überprüfung des angefochtenen Urteils. Insbesondere hat sie angesichts der geltend gemachten Infrastrukturkosten ein schutzwürdiges tatsächliches Interesse an der Feststellung, ob die umstrittene Dienstleistung unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen für einen Verzicht auf die Einhaltung der Sorgfaltspflichten (Art. 7a GwG) grundsätzlich vom sachlichen Anwendungsbereich des GwG erfasst wird. Sie ist zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.3. Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), doch prüft es, unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (**BGE 138 I 274** E. 1.6 S. 280 f. mit Hinweis). Die Verletzung von Grundrechten untersucht es in jedem Fall nur insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; **BGE 139 I 229** E. 2.2 S. 232; **134 II 244** E. 2.2 S. 246).

1.4. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zu Grunde (Art. 105 Abs. 1 BGG), es sei denn, dieser sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG (Art. 105 Abs. 2 BGG). Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz kann von Amtes wegen oder auf Rüge hin berichtigt oder ergänzt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG). Offensichtlich unrichtig festgestellt ist ein Sachverhalt, wenn er willkürliche Feststellungen beinhaltet (**BGE 137 I 58** E. 4.1.2 S. 62). Obwohl nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt, beruht auch eine unvollständige Sachverhaltsfeststellung auf einer Rechtsverletzung. Was rechtserheblich ist, bestimmt das materielle Recht; eine in Verkennung der

Rechtserheblichkeit unvollständige Erstellung der für die rechtliche Beurteilung massgeblichen Tatsachen stellt demzufolge eine Verletzung materiellen Rechts dar (**BGE 136 II 65** E. 1.4 S. 68, 134 V 53 E. 4.3 S. 62; LORENZ MEYER, Wege zum Bundesgericht - Übersicht und Stolpersteine, ZBJV 146/2010 S. 857). Die dem Bundesgericht eingeräumte Befugnis zur Sachverhaltsergänzung oder -berichtigung entbindet die Beschwerdeführerin dennoch nicht von ihrer Rüge- und Substanziierungspflicht (**BGE 133 IV 286** E. 6.2 S. 288). Die Beschwerdeführenden müssen rechtsgenügend dartun, dass und inwiefern der festgestellte Sachverhalt in diesem Sinne mangelhaft erscheint und die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG). Rein appellatorische Kritik an der Sachverhaltsermittlung und an der Beweiswürdigung genügt den Begründungs- bzw. Rügeanforderungen nicht (vgl. **BGE 139 II 404** E. 10.1 S. 445 mit Hinweisen).

2.

Die Beschwerdeführerin rügt die Verletzung von Bundesrecht (Art. 95 lit. a BGG). Sie macht geltend, die Vorinstanz habe Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG (AS 1998 892), (die unverändert in Kraft stehenden) Art. 2 Abs. 2 lit. a Ziff. 2 und Art. 4 Abs. 1 lit. b (GwV; SR 955.01) dadurch verletzt, dass die Vorschrift falsch ausgelegt und unzutreffend auf den rechtsrelevanten Sachverhalt angewandt worden sei. Des Weiteren sei Art. 27 Abs. 1 und Abs. 2 BV verletzt worden, weil die Vorinstanz geschäftliche Aktivitäten der Beschwerdeführerin ohne gesetzliche Grundlage im formellen Sinn (Art. 36 Abs. 1 BV) dem GwG unterstellt habe.

2.1. Nicht einzugehen ist auf die in der Beschwerdeschrift erhobenen Sachverhaltsrügen. In ihrer Beschwerdeschrift macht die Beschwerdeführerin weder geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt offensichtlich unrichtig (d.h. willkürlich) oder in Verletzung einer Rechtsregel im Sinne von Art. 95 BGG festgestellt, noch, dass bei zutreffender Sachverhaltsfeststellung ein anderer Verfahrensausgang möglich wäre (oben, E. 1.4). Dem vorliegenden bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren ist der vorinstanzlich festgestellte Sachverhalt zu Grunde zu legen (Art. 105 Abs. 1 BGG). Insofern die Vorinstanz den rechtserheblichen Sachverhalt aufgrund einer unzutreffenden Anwendung und Auslegung von Bundesrecht unvollständig erhoben hat (unten, E. 4.4.1), kann das Bundesgericht diesen aus den Akten ergänzen, soweit der zu vervollständigende Sachverhalt eindeutig und unter gewahrtem Gehörsanspruch der Betroffenen daraus hervorgeht; eine Rückweisung an die Vorinstanz zur weiteren Sachverhaltsfeststellung käme diesfalls einem unnötigen Leerlauf gleich (Art. 105 Abs. 2 BGG; Art. 107 Abs. 2 BGG; **BGE 131 II 470** E. 2 S. 476; JOHANNA DÖRMANN, Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2018, N. 12 zu Art. 107 BGG).

2.2. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), doch prüft es, unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (oben, E. 1.3).

2.2.1. Strittig ist im vorliegenden bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren, ob nicht-akzessorische Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachtzuschlagstickets des ZVV unter den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG (AS 1998 892; Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr) fallen. Nicht umstritten sind hingegen die allgemeinen Voraussetzungen für die Qualifikation als Finanzintermediär (vgl. dazu SIMON SCHÄREN, Kommentar zum GwG, 2017, N. 173 ff. zu Art. 2 GwG; CHRISTOPH K. GRÄBER/DOMINIK OBERHOLZER, Das neue GwG, 3. Aufl. 2009, N. 13 ff. zu Art. 2 GwG).

2.2.2. Insbesondere auch nicht umstritten ist, dass die Voraussetzungen für einen Verzicht auf die Einhaltung der Sorgfaltspflichten wegen Geschäftsbeziehungen, die nur Vermögenswerte von geringem Wert betreffen (Art. 7a GwG), nicht erfüllt sind. Die Beschwerdeführerin hat während des Schriftenwechsels ausdrücklich eingeräumt, die Vorgaben, die Art. 11 GwV-FINMA für die Ausnahmen von der Einhaltung von Sorgfaltspflichten aufstellt, nicht zu erfüllen, bzw. die Voraussetzungen hierfür nicht schaffen zu wollen. Damit aber kann sie nicht auf dieser Grundlage von der Einhaltung der geldwäschereirechtlichen Sorgfaltspflichten befreit werden, obwohl die Beschwerdeführerin es in der Hand hätte, jedenfalls für die Abwicklung der Postpaid-Abrechnungen für Nachtzuschlagstickets dieses zu bewirken.

3.

3.1. Art. 2a Abs. 3 GwG (AS 1998 892, 2005 526) in der vorliegend massgeblichen Fassung, wie sie im Zeitpunkt der Verfügung der FINMA vom 16. September 2016 in Kraft stand (**BGE 139 II 263** E. 6 S. 267; **135 II 384** E. 2.3 S. 390; **125 II 591** E. 5e/aa S. 598; je mit Hinweisen), unterstellt in einer abstrakten Umschreibung die berufsmässige finanzintermediäre Tätigkeit den geldwäschereirechtlichen Vorschriften. Nach der darin enthaltenen Generalklausel gelten als Finanzintermediäre auch Personen, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen. Art. 2a Abs. 3 GwG verwendet Formulierungen, welche unter anderem den massgeblichen Richtlinien der Europäischen Union entnommen worden sind, *um den Finanzsektor in demselben extensiven Umfang dem GwG zu unterstellen* (Urteil 2A.62/2007 vom 30. November 2007 E. 3.3; Botschaft vom 17. Juni 1996 des Bundesrates zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor [nachfolgend: Botschaft GwG]; BBl 1996 III 1107, 1118). Die Unschärfen im Grundtatbestand wurden vom Gesetzgeber bewusst gewählt, um auch *künftige Entwicklungen* und *neuartige Geschäftsmodelle* zu erfassen (SCHÄREN, a.a.O., N. 57 zu Art. 2 GwG).

3.2.

3.2.1. Art. 2 Abs. 3a lit. a-g GwG (AS 1998 892, 2005 526) enthält besondere Tatbestände der Finanzintermediation (SCHÄREN, a.a.O., N. 83 zu Art. 2 GwG).

Gemäss Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG sind Finanzintermediäre insbesondere auch Personen, die Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr erbringen, namentlich für Dritte elektronische Überweisungen vornehmen oder Zahlungsmittel wie Kreditkarten und Reisechecks ausgeben oder verwalten. Der historische Gesetzgeber knüpfte im unverändert in Kraft stehenden Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG für die Unterstellung unter den sachlichen Anwendungsbereich des Gesetzes an Dienstleistungen im Rahmen des Zahlungsverkehrs an. Auch die (vormalige) PTT sollte dem GwG unterstellt sein, soweit sie Dienstleistungen im Sinne dieses Artikels erbringt. Mit Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG wollte der historische Gesetzgeber ausdrücklich den durch die (vormalige) PTT abgewickelten Zahlungsverkehr erfassen, jedoch auch andere Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs, insbesondere jene in Zusammenhang mit Kreditkarten, Reise- und Bankchecks, sofern die Abwicklung des Kundenverkehrs nicht über Banken erfolgt (Botschaft vom 17. Juni 1996 des Bundesrates zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor; BBl 1996 III 1117 f.; GRABER/OBERHOLZER, a.a.O., N. 19 zu Art. 2 GwG).

3.2.2. Die Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr werden in Art. 4 GwV *in nicht abschliessender Weise* näher umschrieben. Eine Dienstleistung für den Zahlungsverkehr nach Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG liegt gemäss Art. 4 GwV *insbesondere* vor, wenn der Finanzintermediär

- im Auftrag seiner Vertragspartei *liquide Finanzwerte an eine Drittperson überweist* und dabei diese Werte physisch in Besitz nimmt, sie sich auf einem eigenen Konto gutschreiben lässt oder die Überweisung der Werte im Namen und Auftrag der Vertragspartei anordnet (lit. a),
- nicht in Bargeld bestehende *Zahlungsmittel ausgibt oder verwaltet* und seine Vertragspartei damit an Dritte Zahlungen leistet (lit. b),
- das *Geld- oder Wertübertragungsgeschäft* durchführt (lit. c).

3.3. Abzugrenzen ist der Tatbestand von Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG, welcher die Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr erfasst, vom am 1. Januar 2016 in Kraft getretenen geldwäschereirechtlichen Unterstellungserfordernis für bewilligungspflichtige Zahlungssysteme im Sinne von Art. 81 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 2015 über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (FinfraG; SR 958.1) (Art. 2 Abs. 2 lit. d ter GwG in Verbindung mit Art. 2 lit. a Ziff. 6 und Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 FinfraG). Während Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG für die Qualifikation als Finanzintermediär an die Dienstleistung für den Zahlungsverkehr anknüpft, erfasst Art. 2 Abs. 2 lit. d ter GwG das bewilligungspflichtige Zahlungssystem als spezialgesetzlichen Finanzintermediär (SCHÄREN, a.a.O., N. 6 ff., N. 48 zu Art. 2 GwG).

4.

4.1. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil erwogen, zu beurteilen sei, ob es sich beim Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachtzuschlagstickets des ZVV um ein Zahlungssystem im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV handle, also ob grundsätzlich eine GwG-relevante Dienstleistung für den Zahlungsverkehr vorliege (Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV). Gemäss FINMA-RS 2011/1 "Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG" vom 20. Oktober 2010 setze ein Zahlungssystem das Speichern einer Schuld voraus, die anschliessend vom Betreiber des Zahlungssystems in Rechnung gestellt werde, und dass das Zahlungssystem von einer Organisation betrieben werde, die nicht mit den Benutzern identisch sei. Angesichts dessen, dass im Zusammenhang mit dem Postpaid-Abrechnungsverfahren das Speichern einer Schuld erfolge, die erst in einem zweiten Schritt abgerechnet werde, würden die im FINMA-RS 2011/1 aufgestellten Kriterien für ein Zahlungssystem in Bezug auf das Postpaid-Abrechnungsverfahren für das Nachtzuschlagsticket des ZVV vorliegen. Der Einwand der Beschwerdeführerin, wonach seit dem Inkrafttreten des FinfraG am 1. Januar 2016 Zahlungssysteme nur noch dem GwG unterstünden, wenn sie eine Bewilligung der FINMA benötigten (Art. 2 Abs. 2 lit. d ter GwG) sei deswegen unbegründet, weil das GwG auch an bestimmte Dienstleistungen anknüpfen würde (Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG) und der Anwendungsbereich des GwG insofern weiter sei als derjenige des FinfraG. Festzuhalten sei vielmehr die Kompetenz der FINMA, im Zusammenhang mit dem Geltungsbereich des GwG den Begriff "Zahlungssystem" konkretisieren zu können, so wie sie dies im FINMA-RS 2011/1 Rz. 65 gemacht habe.

4.2. Gemäss Art. 81 FinfraG ist ein Zahlungssystem im Sinne des FinfraG (Art. 2 lit. a Ziff. 6 FinfraG) eine Einrichtung, die gestützt auf einheitliche Regeln und Verfahren Zahlungsverpflichtungen abrechnet und abwickelt. Ein Zahlungssystem im Sinne von Art. 81 FinfraG benötigt nur eine Bewilligung der FINMA, wenn die Funktionsfähigkeit des Finanzmarks oder der Schutz der Finanzmarktteilnehmerinnen und -teilnehmer es erfordern und das Zahlungssystem nicht durch eine Bank betrieben wird (Art. 4 Abs. 2 FinfraG). Finanzmarktinfrastrukturen, die durch die Schweizerische Nationalbank (SNB) oder in ihrem Auftrag betrieben werden, sind im Umfang dieser Tätigkeit von der Bewilligung und der Aufsicht durch die FINMA ausgenommen (Art. 4 Abs. 3 FinfraG).

Das FinfraG basiert somit auf einer Dreiteilung der Zahlungssysteme in solche, welche dem FinfraG deswegen nicht unterstehen, weil sie die Definition von Art. 81 FinfraG nicht erfüllen, solche, welche die Definition von Art. 81 FinfraG erfüllen, aber mangels Systemrelevanz oder ihres Betriebs durch eine Bank keiner Bewilligung der FINMA bedürfen (Art. 2 lit. a Ziff. 6 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 e

contrario FinfraG) und solche, welche die Definition von Art. 81 FinfraG erfüllen und wegen ihrer Systemrelevanz sowie ihrer fehlender Betreibung durch eine Bank eine Bewilligung der FINMA benötigen (Art. 2 lit. a Ziff. 6 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 FinfraG) (MARTIN HESS/ ANDRÉ KALBERMATTEN/ALEXANDRA WEISS VOIGT, Kommentar zum Finanzmarktinfrastukturgesetz FinfraG, 2017, N. 37 zu Art. 81 FinfraG).

Als spezialgesetzlicher Finanzintermediär im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. d ter GwG gilt nur das *bewilligungspflichtige Zahlungssystem* (oben, E. 3.3). Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin mit dem vorliegend zu beurteilenden Postpaid-Abrechnungsverfahren für das Nachtzuschlagsticket des ZVV kein im Sinne von Art. 4 Abs. 2 FinfraG bewilligungspflichtiges Zahlungssystem betreibt, weshalb auf eine geldwäschereirechtliche Unterstellungspflicht gestützt auf Art. 2 Abs. 2 lit. d ter GwG nicht weiter einzugehen ist. Ob die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem Postpaid-Abrechnungsverfahren für das Nachtzuschlagsticket des ZVV ein in den Anwendungsbereich des FinfraG fallendes, nicht bewilligungspflichtiges oder ein vom FinfraG nicht erfasstes Zahlungssystem betreibt, ist für den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt in geldwäschereirechtlicher Hinsicht deswegen bedeutungslos, weil die Gesetzgebung über die Geldwäscherei im Auffangtatbestand von Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG *nicht an den Betrieb eines Zahlungssystems, sondern an die Erbringung von Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr anknüpft* (oben, E. 3.2).

4.3. Unter dem Begriff des Zahlungsverkehrs wird die *Gesamtheit von Zahlungsvorgängen (Überweisungen) verstanden, mit welchen Zahlungsmittel vom Absender an den Empfänger übertragen werden* (HESS/KALBERMATTEN/WEISS VOIGT, a.a.O., N. 2 zu Art. 81 FinfraG). In Übereinstimmung mit der Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG (ABl L 337, 23. Dezember 2015, S. 35-127), für welche ebenfalls nicht der Begriff des Zahlungssystems (vgl. die enge Definition in Art. 4 Ziff. 7), sondern derjenige des Zahlungsdienstes (Art. 4 Ziff. 3) bzw. des *Zahlungsvorgangs* (Art. 4 Ziff. 5) zentral ist (HESS/KALBERMATTEN/WEISS VOIGT, a.a.O., N. 52 zu Art. 81 FinfraG), und die bei der *Auslegung* des GwG zwecks eines mit dem jeweils geltenden Recht der EU übereinstimmenden sachlichen Geltungsbereichs (oben, E. 3.1) berücksichtigt werden kann, fallen in einem ersten Schritt unter den Begriff der Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr grundsätzlich auch *Zahlungsvorgänge, die über ein Telekommunikations- oder IT-Gerät ausgeführt werden, wenn der Netzbetreiber nicht ausschliesslich als zwischengeschaltete Stelle für die Lieferung digitaler Waren und Dienstleistungen über das betreffende Gerät fungiert, sondern diesen Waren und Dienstleistungen auch einen Mehrwert verleiht ("Mehrwertdienste"); unerheblich für die Unterstellung ist, dass der Kauf nachträglich über die Telefonrechnung abgerechnet wird* (Ingress Ziff. 15 und Ziff. 16 der Richtlinie [EU] 2015/2366). Die Richtlinie (EU) 2015/2366 nimmt in Art. 3 lit. I solche Zahlungsvorgänge in einem zweiten Schritt nur von ihrem sachlichen Geltungsbereich aus, *sofern der Wert einer Einzelzahlung einen bestimmten Schwellenwert nicht überschreitet* (siehe Ingress Ziff. 16 in fine der Richtlinie [EU] 2015/2366).

4.4.

4.4.1. Gemäss der in diesem Punkt unbestritten gebliebenen Verfügung der FINMA vom 9. September 2016, N 22, N. 24-27, welche vorliegend zur Ergänzung des Sachverhalts beigezogen werden kann (Art. 105 Abs. 2 BGG; oben, E. 2.1), betreibt die Beschwerdeführerin insbesondere *Mobile Value-Added Services* (nachfolgend MVAS) und als konkreten Anwendungsfall davon das Nachtzuschlagsmodell des Zürcher Verkehrsbundes (ZVV).

Die MVAS sind eine entgeltliche Dienstleistung, die über mobile Fernmeldedienste erbracht und angeboten wird. Die Beschwerdeführerin ermöglicht dabei Anbietern von Mehrwertdiensten, unter eigenem Namen den Dienstbenutzern mit einer SIM-Karte der Beschwerdeführerin (d.h. NATEL-Kunden) eigene MVAS zu offerieren, wobei die jeweiligen Anbieter dieser Mehrwertdienste für die Angebote und das Pricing direkt verantwortlich sind. Die Beschwerdeführerin vergibt die Kurznummern, transportiert die Inhalte und stellt den Kunden die SMS/MMS-Dienste in Rechnung. Die Gebühren für die Abrechnungsdienstleistung und das Verrechnungsmodell werden vertraglich festgehalten; für den Transport und ihre Abrechnungsdienstleistung erhält die Beschwerdeführerin einen gewissen Anteil am verrechneten Betrag. Beim Nachtzuschlag des ZVV bietet der ZVV den Nutzern des öffentlichen Nahverkehrs Nachtzuschlagstickets insbesondere über eine SMS Business-Numbers-Plattform zum Kauf an; unter den Zahlungsmöglichkeiten figuriert eine Zahlung des Nutzers des öffentlichen Nahverkehrs direkt via SMS Business Number seines Mobiltelefons. Wählt der Nutzer des öffentlichen Nahverkehrs die Variante SMS Business Numbers, werden die verrechneten Leistungen von der Gesuchstellerin im Falle eines Abonnement-Vertrags bis zur Fälligkeit der nächsten Telefonrechnung gespeichert und von der Beschwerdeführerin nachträglich in Rechnung gestellt ("Abrechnungsverfahren").

4.4.2. Der von der Beschwerdeführerin angebotene Dienst, dessen Unterstellung unter das GwG im vorliegenden Verfahren strittig ist, umfasst zusammenfassend die Ermöglichung des Anbietens von fremden Dienstleistungen an Endkunden der Beschwerdeführerin mit einer SIM-Karte, wobei die Beschwerdeführerin insbesondere die Kurznummern vergibt, die Inhalte transportiert und ihren Endkunden mit einer SIM-Karte die SMS/MMS-Dienste in Rechnung stellt. Angesichts der Implikation von Zahlungsvorgängen, die über ein Telekommunikations- oder IT-Gerät ausgeführt werden, und bei denen die Beschwerdeführerin (als Netzbetreiberin) nicht ausschliesslich als zwischengeschaltete Stelle für die Lieferung digitaler Waren und Dienstleistungen über das betreffende Gerät fungiert, sondern den angebotenen Dienstleistungen auch

einen Mehrwert verleiht, ist die zu beurteilende Dienstleistung als eigentliche Dienstleistung für den Zahlungsverkehr im Sinne von Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG zu qualifizieren. Angesichts dessen, dass die umstrittene Dienstleistung vom Grundtatbestand der Erbringung einer Dienstleistung für den Zahlungsverkehr im Sinne von Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG erfasst wird, ist nicht weiter zu prüfen, ob eine der in Art. 4 GwV *nicht abschliessend aufgezählten Konkretisierungen dieses Grundtatbestandes* (vgl. oben, E. 3.2.1) erfüllt ist (vgl. immerhin zur Lehrmeinung, wonach der Begriff der Zahlungsmittel im Sinne von Art. 4 Abs. 2 GwV im Sinne eines auch das Mobile Payment erfassendes Zahlungsinstrument auszulegen ist, CORNELIA STENGEL/THOMAS WEBER, *Digitale und mobile Zahlungssysteme - Technologie, Verträge und Regulation von Kreditkarten, Wallets und E-Geld*, 2016, S. 5). Ebensovienig zu prüfen ist, ob die vorliegend zu beurteilende Dienstleistung der Beschwerdeführerin angesichts des geringen Werts der Einzelzahlungen vom sachlichen Anwendungsbereich des GwG ausgenommen sind, blieb doch seitens der Beschwerdeführerin unbestritten, dass Art. 7a GwG auf das vorliegende Verfahren keine Anwendung findet (oben, E. 1.2, E. 2.2.2). Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

5.

5.1. In Weiterführung der Praxis der (vormaligen) Kontrollstelle zur Bekämpfung der Geldwäscherei fällt hingegen die Inkassotätigkeit (Art. 2 Abs. 2 lit. a Ziff. 2 GwV) nicht unter den Geltungsbereich des GwG (ALOIS RIMLE, *Recht des schweizerischen Finanzmarktes - ein Grundriss für die Praxis*, 2004, S. 322). Beim Inkasso zieht der Beauftragte im Auftrag des Gläubigers fällige Forderungen ein (FINMA RS 2011/1 Rz. 9); fliessen die eingehenden Zahlungen auf das Konto des Inkassounternehmens, werden fremde Vermögenswerte angenommen, so dass nach der allgemeinen Umschreibung in Art. 2 aAbs. 3 Ingress GwG an sich eine unterstellungspflichtige Tätigkeit vorläge (Urteil 2A.62/2007 vom 30. November 2007 E. 8). Eine so weit gehende Ausdehnung des Geltungsbereichs des GwG würde jedoch in vielen Fällen zu sinnwidrigen Ergebnissen führen, weil dabei zum Vorherein kein Risiko der Geldwäscherei besteht (Urteil 2A.62/2007 vom 30. November 2007 E. 8), und sich somit eine Ausnahme vom sachlichen Geltungsbereich des GwG rechtfertigt. Die Unterstellung der Inkassotätigkeit unter den sachlichen Anwendungsbereich des GwG würde zudem weitgehend leerlaufen. Aufgrund der fehlenden Vertragsbeziehung zum Schuldner ist es dem mit dem Inkasso Beauftragten faktisch nicht möglich, diesen im Rahmen der materiellen geldwäschereirechtlichen Vorschriften zu identifizieren (Urteil 2A.62/2007 vom 30. November 2007 E. 8; SCHÄREN, a.a.O., N. 150 zu Art. 2 GwG).

Der von der Beschwerdeführerin angebotene Dienst (oben, E. 4.4.1), dessen Unterstellung unter das GwG im vorliegenden Verfahren strittig ist, umfasst zusammenfassend (oben, E. 4.4.2) :

- die Ermöglichung des Anbietens von fremden Dienstleistungen an Endkunden der Beschwerdeführerin mit einer SIM-Karte, wobei die Beschwerdeführerin insbesondere
- die Kurznummern vergibt,
- die Inhalte transportiert und
- ihren Endkunden mit einer SIM-Karte die SMS/MMS-Dienste in Rechnung stellt.

Im Lichte des Zweckes, welcher der historische Gesetzgeber mit der Unterstellung von Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr unter den sachlichen Anwendungsbereich des GwG verfolgte (oben, E. 3.1, E. 3.2.1), ist vorliegend eine Gesamtbetrachtung der von der Beschwerdeführerin als Gesamtpaket angebotenen entgeltlichen Dienstleistung MVAS (oben, E. 4.4.1) massgeblich, ist doch weder geltend gemacht noch ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin ihren Kunden auch einzelne, voneinander abtrennbare Dienstleistungen anbieten würde. Entsprechend ist für die Unterstellung *belanglos*, ob *einzelne Dienstleistungen dieses Gesamtpakets* in einer Einzelbetrachtung als ausgenommene Inkassotätigkeit zu qualifizieren wären. Eine Gesamtbetrachtung der im Bündel angebotenen Dienstleistung MVAS rechtfertigt sich umso mehr, weil gemäss dem geltenden Recht der EU, das zwecks eines übereinstimmenden sachlichen Geltungsbereichs mitberücksichtigt werden kann (oben, E. 3.1), *der Umstand der nachträglichen Abrechnung über die Telefonrechnung für die Unterstellung gerade keine Rolle spielt* (oben, E. 4.3). Angesichts dessen, dass die entgeltliche Dienstleistung MVAS als Gesamtpaket nicht als blosse Inkassotätigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. a Ziff. 2 GwV eingestuft werden kann, sondern in einer Gesamtbetrachtung als unterstellungspflichtige Dienstleistung für den Zahlungsverkehr qualifiziert (oben, E. 4.4.2), liegen keine Gründe für eine Ausnahme vom sachlichen Geltungsbereich des GwG vor. Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet.

5.2. Als unbegründet erweist sich auch die Rüge, die auf Art. 2 Abs. 3 GwG abgestützte Unterstellung unter das GwG verletze die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) der Beschwerdeführerin. Angesichts dessen, dass die geldwäschereirechtliche Unterstellung der Beschwerdeführerin für die vorliegend umstrittene Dienstleistung auf einer bundesgesetzlichen Grundlage im formellen Sinne beruht (Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG), die durch die Vorinstanz im Ergebnis zutreffend ausgelegt und angewandt worden ist, kann das Bundesgericht den sich aus den bundesgesetzlichen Vorschriften über die Geldwäscherei sicherlich ergebenden Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) die Anwendung nicht versagen (Art. 190 BV; PIERRE TSCHANNEN, *Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 2008, S. 54). Eine rechtsungleiche Behandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) mit anderen Anbietern von Mehrwertdiensten ist weder dargetan noch ersichtlich.

5.3. Unbehelflich ist die Rüge, eine Unterstellung sei deswegen nicht erforderlich, weil auch bei einem Einsatz verbrecherisch erlangter Mittel für die Bezahlung des ZVV-Nachtzuschlags der objektive Tatbestand von Art. 305bis des Schweizerischen Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) nicht erfüllt werde, stimmt doch der sachliche Anwendungsbereich des GwG nicht in allen Punkten mit

demjenigen von Art. 305bis StGB überein (Urteil 2A.62/2007 vom 30. November 2007 E. 4). Auf die weiteren, an der Sache vorbeigehenden Vorbringen der Beschwerdeführerin zum Fernmelderecht ist nicht weiter einzugehen.

5.4. Zusammenfassend ist das angefochtene Urteil deswegen nicht zu beanstanden, weil der zu beurteilende Mehrwertdienst der Beschwerdeführerin (oben, E. 4.4.1) vom Tatbestand von Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG erfasst wird (oben, E. 4.3, E. 4.4.2) und weder eine Ausnahme wegen Inkassotätigkeit (Art. 2 Abs. 2 lit. a Ziff. 2 GwV) vorliegt (oben, E. 5.1) noch eine Ausnahme von der Einhaltung der geldwäschereirechtlichen Sorgfaltspflichten wegen nur geringe Vermögenswerte implizierenden Geschäftsbeziehungen (Art. 7a GwG; oben, E. 1.2, E. 2.2.2) geltend gemacht worden ist.

6. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Parteientschädigungen werden nicht gesprochen (Art. 68 Abs. 1 und Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

- 1.**
Die Beschwerde wird abgewiesen.
- 2.**
Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
- 3.**
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 12. März 2020

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Die Gerichtsschreiberin: Mayhall