



Abteilung II
B-6225/2016

Urteil vom 17. April 2018

Besetzung

Richter Francesco Brentani (Vorsitz),
Richter Stephan Breitenmoser,
Richter Ronald Flury;
Gerichtsschreiber Diego Haunreiter.

Parteien

A. _____,
vertreten durch Michael Kunz, Fürsprecher LL.M.,
KUNZ COMPLIANCE,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Bewilligung der Tätigkeit als Finanzintermediär und
Feststellung betreffend unterstellungspflichtige Tätigkeit
gemäss Geldwäschereigesetz.

Sachverhalt:**A.**

A.a Die A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) wurde am (...) gegründet und ins Handelsregister des Kantons (...) eingetragen. Gemäss eigenen Angaben ist die Beschwerdeführerin eine Informations- und Kommunikationstechnologieanbieterin und erbringt in diesen Bereichen eine Vielzahl an Dienstleistungen, u.a. Beratungen, IT-Lösungen, Soft- und Hardware sowie Telekommunikationslösungen. (...). Im Weiteren verfügt die Beschwerdeführerin über Konzessionen im Bereich des Mobilfunks und ist als Fernmeldedienstanbieterin (FDA) der Aufsicht des Bundesamtes für Kommunikation unterstellt.

A.b Kunden, welche mit der Beschwerdeführerin einen Vertrag über die Benutzung von Mobilfunkdiensten eingegangen sind, können über ein von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestelltes Abrechnungsverfahren sog. Mehrwertdienste benutzen. So können etwa Fahrgäste des Zürcher Verkehrsverbunds (ZVV) den Nachtzuschlag von Fr. 5.– per SMS mit ihrem Mobiltelefon bezahlen. Das Abrechnungsverfahren für den ZVV steht für Kunden mit einem Postpaid-Abo beispielhaft für ein Postpaid-Abrechnungsverfahren, bei dem nachträglich über die monatliche Mobiltelefon-Rechnung abgerechnet wird; im Gegensatz dazu stehen Kunden mit einem Prepaid-Abo, bei welchen die Bezahlung der Mehrwertdienste wie der ZVV-Nachtzuschlag im Prepaid-Abrechnungsverfahren durch die Belastung des durch den Kunden vorgängig aufgeladenen Guthabens erfolgt.

Die Beschwerdeführerin ermöglicht damit dem ZVV bzw. generell den Mehrwertdiensteanbietern, unter eigenem Namen den Mobiltelefon-Kunden Mehrwertdienste anzubieten. Für die Angebote und die Preisgestaltung sind die jeweiligen Mehrwertdiensteanbieter verantwortlich. Von den mittels Postpaid-Abrechnungsverfahren eingenommenen Entgelten zieht die Beschwerdeführerin die vertraglich mit dem jeweiligen Mehrwertdiensteanbieter vereinbarten Gebühren ab und überweist den Restbetrag an diesen.

A.c Die Beschwerdeführerin war vom 2. August 2006 bis 27. April 2016 Mitglied beim PolyReg Allg. Selbstregulierungs-Verein, einer Selbstregulierungsorganisation (SRO) nach Art. 24 des Geldwäschereigesetzes vom 10. Oktober 1997 (GwG; SR 955.0). Bereits in diesem Zeitraum, ab September 2013, war die GwG-Relevanz von Mehrwertdiensten wie das oben beschriebene Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachtzuschlagtickets des ZVV Gegenstand von Diskussionen, welche die Beschwerdeführerin mit der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA (nachfolgend auch:

Vorinstanz) geführt hat. Der Hintergrund dieser Diskussionen bildete eine Verfügung des PolyReg Allg. Selbstregulierungs-Vereins vom 8. August 2013. In dieser wurde der Beschwerdeführerin eine Frist bis 5. September 2013 gesetzt, um die Frage der GwG-Relevanz von Mehrwertdiensten der FINMA zur Beurteilung zu unterbreiten und eine entsprechende Unterstellungs- bzw. Nichtunterstellungsverfügung zu beantragen.

A.d Nachdem die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin betreffend GwG-Relevanz ihrer Mehrwertdienste ab September 2013 einen Schriftverkehr geführt hatten, reichte die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 9. Januar 2016 bei der Vorinstanz schliesslich ein Gesuch um direkte Unterstellung als Finanzintermediärin (DUFI) mit folgenden Rechtsbegehren ein:

- „1. Der A._____ sei die Bewilligung für die Ausübung der Tätigkeit als Finanzintermediärin gemäss Art. 14 des Geldwäschereigesetzes zu erteilen;
2. Es sei festzustellen, dass das Abrechnungsverfahren der A._____ für Nachtzuschlagtickets des Zürcher Verkehrsverbundes (ZVV) per SMS dem Geldwäschereigesetz untersteht, soweit den Kunden die Kosten für die an ZVV-Automaten bezogenen Nachtzuschlagtickets per Post in Rechnung gestellt werden.“

A.e Mit Verfügung vom 9. September 2016 erteilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Bewilligung nach Art. 14 Abs. 2 GwG zur Ausübung der Tätigkeit als Finanzintermediärin gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG (Dispositiv-Ziff. 1) und stellte fest, dass das im Gesuch genannte Abrechnungsverfahren dem GwG unterstehe und von der Bewilligung gemäss Ziff. 1 hiervor erfasst werde (Dispositiv-Ziff. 2). Daneben knüpfte die Vorinstanz die Bewilligung an verschiedene Auflagen (Dispositiv-Ziff. 3-9), wobei sich Ziff. 3 auf Kunden mit einem Postpaid-Abo bezieht. Der Wortlaut der Ziff. 1 - 3 lautet wie folgt:

- „1. Die A._____ wird die Bewilligung nach Art. 14 Abs. 2 Geldwäschereigesetz (GwG; SR 955.0) zur Ausübung der Tätigkeit als Finanzintermediärin gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG erteilt.
2. Es wird insbesondere festgestellt, dass das Abrechnungsverfahren der A._____ für Nachtzuschlagtickets des Zürcher Verkehrsverbundes (ZVV) per SMS, soweit den Kunden die Kosten für die an ZVV-Automaten bezogenen Nachtzuschlagtickets nachträglich per Post in Rechnung gestellt werden, ebenfalls dem Geldwäschereigesetz untersteht und von der Bewilligung gemäss Ziff. 1 hiervor erfasst wird.

3. Die A. _____ 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 C2 – Internal hinsichtlich des Verzichts auf Einhaltung der Sorgfaltspflichten Art. 11 Abs. 1 Bst. a Geldwäschereiverordnung-FINMA [vom 3. Juni 2015] (GwV-FINMA; SR 955.033.0) entspricht.“

Im Wesentlichen führte die Vorinstanz aus, zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Kunden bestünde ein Vertragsverhältnis, das auch die Erbringung von Zahlungsdiensten beinhalte. Beim Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachtzuschlagtickets des ZVV würden den Kunden der Beschwerdeführerin die Mehrwertdienste am Ende jedes Monats in Rechnung gestellt, womit es sich um das Speichern einer Schuld handle. Die Voraussetzungen an das Betreiben eines Zahlungssystems gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. b der Verordnung über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 11. November 2015 (Geldwäschereiverordnung, GwV; SR 955.01) seien gegeben. Das Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachtzuschlagtickets des ZVV qualifiziere sich damit als GwG-relevante Dienstleistung für den Zahlungsverkehr nach Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG und sei grundsätzlich unterstellungspflichtig.

Art. 1 Bst. c der Verordnung über Fernmeldedienste vom 9. März 2007 (FDV; SR 784.101.1) definiere den „Mehrwertdienst“ als Dienstleistung, die über einen Fernmeldedienst erbracht und von einer FDA zusätzlich zu Fernmeldediensten in Rechnung gestellt werde. Trotzdem falle die von der Beschwerdeführerin angebotene Abrechnungsdienstleistung nicht unter die Ausnahme der bewilligungsfreien Inkassotätigkeit gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. a Ziff. 2 GwV. Die Beschwerdeführerin stelle dem Kunden mit der Abrechnung nämlich eine weitere Dienstleistung zur Verfügung und insbesondere würden auch die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien bei der Bezahlung von Waren oder Dienstleistungen geregelt, weshalb sich das Verhältnis zwischen dem Kunden und der Beschwerdeführerin von einem Verhältnis zwischen einem Inkassounternehmen und einem Schuldner unterscheide. Festzuhalten sei zudem, dass der Kunde die Wahl habe, ob er die Leistung beim Mehrwertdienstanbieter in bar, per Kreditkarte, per Mastercard oder per SMS über das Postpaid-Abrechnungsverfahren begleiche. Mit Letzterem beauftrage der Kunde die Beschwerdeführerin, den entsprechenden Betrag seiner nächsten Mobiltelefon-Rechnung zu belasten und die Summe anschliessend an den Mehrwertdienstanbieter weiterzuleiten.

B.

Hiergegen erhebt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 10. Oktober 2016 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren:

- „1. Die Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht 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. _____ für Nachtzuschlagtickets des Zürcher Verkehrsverbundes (ZVV) per SMS, soweit den Kunden die Kosten für die an ZVV-Automaten bezogenen Nachtzuschlagtickets nachträglich in Rechnung gestellt werden, nicht dem Geldwäschereigesetz untersteht.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.“

Im Wesentlichen ist die Beschwerdeführerin der Ansicht, die Vorinstanz habe den Sachverhalt bezüglich des Vorliegens eines Auftrags zur Erbringung von Dienstleistungen im Zahlungsverkehr zwischen der Beschwerdeführerin und den Kunden unrichtig erhoben und festgestellt. Zudem habe die Vorinstanz die Regelung der Mehrwertdienste im Fernmelderecht verletzt, indem sie diese bei der Auslegung der massgebenden Bestimmungen der Geldwäschereigesetzgebung fälschlicherweise nicht beachtet und damit nicht angewandt habe.

Daneben hält die Beschwerdeführerin dafür, dass es seit dem Inkrafttreten am 1. Januar 2016 des Bundesgesetzes über die Finanzmarktinfrastruktur und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastrukturgesetz, FinfraG; SR 958.1) kein Zahlungssystem nach Art. 2 Abs. 3 Bst. b GwG gebe bzw. dass sie kein solches Zahlungssystem betreibe. Die „Speicherung einer Schuld“ im Rahmen des Postpaid-Abrechnungsverfahrens für Nachtzuschlagtickets des ZVV habe als wesentliches Element eines Zahlungssystems keine eigenständige Bedeutung, sondern stelle eine administrativ-technisch notwendige Massnahme dar, um das im Fernmelderecht vorgesehene Inkassomodell überhaupt durchführen zu können. Zudem habe die Beschwerdeführerin mit ihren Kunden keinen Vertrag über die Erbringung von Zahlungsdiensten – Verrechnung von Mehrwertdiensten – abgeschlossen, sondern es bestehe eine schriftliche Vereinbarung über das Inkasso mit dem ZVV als Mehrwertdiensteanbieter und Nutzer der von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellten Plattform. Diese Vereinbarung sei in den AGB mit den Kunden lediglich trans-

parent gemacht worden. Unter anderem hinsichtlich der an die Beschwerdeführerin erteilten Einziehungsermächtigung und der Möglichkeit, die Daten des Kunden an den Mehrwertdienstanbieter weitergeben zu können. Auch die Fiktion eines Vertragsverhältnisses zwischen den Kunden und der Beschwerdeführerin würde gemäss ihrer Ansicht nichts daran ändern, dass hinsichtlich des Postpaid-Abrechnungsverfahrens ein bewilligungsfreies Inkasso vorläge. Sie verweist in diesem Zusammenhang auf einen Entscheid des Bundesgerichts, wonach eine Genossenschaft im Rahmen einer sog. Zentralregulierung den gesamten sich aus den entsprechenden Lieferungen von Lieferanten an Genossenschaftsmitglieder ergebenden Zahlungsverkehr abwickelte und diese Tätigkeit nicht unter das GwG fiel; die Verrechnung von Mehrwertdiensten entspreche funktional weitgehend dem System der Zentralregulierung.

Im Übrigen ist die Beschwerdeführerin der Ansicht, dass die Kunden nicht wie ein Auftraggeber selber für diese Dienstleistung – die Abrechnung der ZVV-Nachtzuschläge – zahlen würden und dass sich aus der Wahlmöglichkeit des Kunden zwischen verschiedenen Zahlungsmethoden nicht ohne Weiteres ein separater zivilrechtlicher Zahlungsauftrag ergebe.

In prozessualer Hinsicht stellt sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde gegen die Feststellung der GwG-Unterstellung des Postpaid-Abrechnungsverfahrens für Nachtzuschlagtickets des ZVV (Dispositiv-Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung) werde durch Dispositiv-Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung entzogen. Gemäss Ziff. 3 müsse sie nämlich für Kunden mit einem Postpaid-Abo innerhalb von 90 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft der Bewilligung gemäss Ziff. 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung die Einhaltung gewisser Auflagen darlegen.

C.

In ihrer Vernehmlassung vom 12. Dezember 2016 beantragt die Vorinstanz die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung verweist sie sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht vollumfänglich auf die angefochtene Verfügung. Ergänzend hält sie dafür, die Frage, ob eine Tätigkeit der Geldwäschereigesetzgebung unterstellt sei oder nicht, richte sich ausschliesslich nach finanzmarktrechtlichen Bestimmungen. Normen und Auslegungspraxen aus dem Fernmelderecht seien unbeachtlich, gleich wie aus aufsichtsrechtlicher Optik irrelevant sei, ob im Fernmelderecht Mehrwertdienste als Inkassodienstleistungen qualifiziert würden.

Die Vorinstanz wendet ferner trotz ihres Antrags auf Abweisung ein, die Beschwerde richte sich gegen die Ziff. 2 und 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung. Ziff. 3 komme im Verhältnis zu Ziff. 1 des Dispositivs jedoch keine eigenständige Bedeutung zu, weshalb auf die Beschwerde gegen Ziff. 3 nicht einzutreten sei. Sie habe mit der angefochtenen Verfügung der Beschwerdeführerin die verlangte DUFİ-Bewilligung erteilt, die sich auf sämtliche GwG-relevanten Tätigkeiten beziehe, namentlich auch das Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachtzuschlagtickets des ZVV umfasse. Aufgrund ungenügender organisatorischer Massnahmen auf Seiten der Beschwerdeführerin und eines lückenhaften internen Weisungswesens sei diese Bewilligung mit Auflagen und einer Frist von 90 Tagen für die Nachbesserung versehen. Die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde habe sie jedoch nicht entzogen.

D.

Mit Schreiben vom 22. Dezember 2016 reichte die Beschwerdeführerin ergänzende Bemerkungen zur Stellungnahme der Vorinstanz vom 12. Dezember 2016 ein, welcher dieser zur Kenntnis zugestellt wurden.

E.

Mit Mitteilung vom 13. Januar 2017 verzichtete die Vorinstanz auf eine neuerliche Stellungnahme.

F.

Mit Zwischenverfügung vom 30. November 2017 erhielt die Beschwerdeführerin Gelegenheit, zu der vom Bundesverwaltungsgericht aufgeworfenen Frage betreffend das Rechtsschutzinteresse Stellung zu nehmen. In der gleichen Verfügung wurde die Vorinstanz eingeladen, zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin in Bezug auf das Inkrafttreten des FinfraG Stellung zu nehmen.

G.

In ihrer Stellungnahme vom 13. Dezember 2017 hält die Beschwerdeführerin unter Verweis auf die Prozessgeschichte fest, die Feststellungsverfügung sei für sie Mittel zum Zweck gewesen. Sie habe sich nicht widersprüchlich verhalten, sondern die GwG-Unterstellung des Postpaid-Abrechnungsverfahrens für Nachtzuschlagtickets des ZVV immer und konsequent bestritten. Ein Rechtsschutzinteresse liege vor, sowohl in der Phase der Mitgliedschaft beim PolyReg Allg. Selbstregulierungs-Verein als auch seit Erteilung der Bewilligung nach Art. 14 Abs. 2 GwG zur Ausübung der Tätigkeit als Finanzintermediärin am 9. September 2016. Daneben räumt

die Beschwerdeführerin ein, möglicherweise wäre aus Sicht der Beschwerdeinstanz bei einer streng formaljuristischen Betrachtungsweise und ohne die Berücksichtigung der konkreten Gegebenheiten des Einzelfalls ein Gesuch um Nicht-Unterstellung die korrekte Vorgehensweise gewesen.

H.

In ihrer Stellungnahme vom 22. Januar 2018 führt die Vorinstanz aus, gemäss Art. 4 Abs. 2 FinfraG handle es sich nicht bei allen Zahlungssystemen auch tatsächlich um Zahlungssysteme im Sinne des FinfraG. Es gäbe Zahlungssysteme, die nicht dem FinfraG unterstünden, sei es weil die Definition gemäss Art. 81 FinfraG nicht zutreffe oder weil es der Schutzzweck des FinfraG nicht erfordere. Insbesondere lasse sich aus Art. 4 Abs. 2 FinfraG keine Einschränkung des Anwendungsbereichs des GWG ableiten.

I.

Mit Verfügung vom 24. Januar 2018 wurde unter Vorbehalt allfälliger Instruktionen und/oder Parteieingaben der Schriftenwechsel geschlossen.

J.

J.a Am 29. März 2017 wies der PolyReg Allg. Selbstregulierungs-Verein das Begehren der Beschwerdeführerin um Sistierung eines am 21. April 2016, also im Zeitraum der Mitgliedschaft (vgl. E. A.c), gegen sie eröffneten Sanktionsverfahrens ab und auferlegte ihr eine Busse von Fr. 4'300'000.–.

J.b Dagegen erhob die Beschwerdeführerin am 1. Mai 2017 in einem zweiten Beschwerdeverfahren mit der Verfahrensnummer B-2534/2017 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

J.c Zuvor noch, mit Schreiben vom 8. April 2017, stellte die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren B-6225/2016 ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen. Sie beantragte, der PolyReg Allg. Selbstregulierungs-Verein sei anzuweisen bzw. superprovisorisch anzuweisen, das Sanktionsverfahren unverzüglich einzustellen bzw. zu sistieren, eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen bzw. superprovisorisch anzuweisen, beim PolyReg Allg. Selbstregulierungs-Verein die Einstellung bzw. Sistierung des Sanktionsverfahrens anzuordnen.

J.d Mit Zwischenverfügung vom 12. April 2017 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um superprovisorische Einstellung und Sistierung des Sanktionsverfahrens ab, soweit darauf überhaupt einzutreten sei.

Gleichzeitig forderte es die Vorinstanz auf, zum Gesuch der Beschwerdeführerin vom 8. April 2017 um Erlass vorsorglicher Massnahmen Stellung zu nehmen.

J.e Mit Eingabe vom 28. April 2017 stellte die Vorinstanz den Antrag, auf das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen sei nicht einzutreten, eventua-liter sei dieses abzuweisen.

J.f Mit Schreiben vom 17. Mai 2017 stellte die Beschwerdeführerin ein Ge-such um Sistierung des Verfahrens um Erlass von vorsorglichen Massnah-men, bis im anderen Beschwerdeverfahren B-2534/2017 über die dort be-antragten vorsorglichen Massnahmen entschieden sei. Zugleich behielt sie sich vor, im Falle einer Fortführung des Verfahrens um Erlass von vorsorg-lichen Massnahmen im vorliegenden Beschwerdeverfahren B-6225/2016 zur Eingabe der Vorinstanz vom 1. Mai 2017 (recte: 28. April 2017) Stellung zu nehmen.

J.g Mit Eingabe vom 23. Mai 2016 (recte: 2017) verzichtete die Vorinstanz auf einen konkreten Antrag zum Gesuch um Sistierung des Verfahrens um Erlass von vorsorglichen Massnahmen.

J.h Mit Verfügung vom 30. Mai 2017 teilte das Bundesverwaltungsgericht mit, über das Gesuch um Sistierung des Verfahrens um Erlass von vor-sorglichen Massnahmen werde mittels Zwischenverfügung später ent-schieden, soweit im Verfahren B-2534/2017 zwischenzeitlich noch nicht über die dort beantragten vorsorglichen Massnahmen oder anderweitig entschieden worden sei.

J.i Mit Entscheid vom 5. September 2017 trat das Bundesverwaltungsge-richt auf die Beschwerde im Beschwerdeverfahren B-2534/2017 nicht ein. Über die dort ersuchten vorsorglichen Massnahmen war deshalb nicht mehr zu entscheiden.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. Urteil des BVGer B-3592/2015 vom 19. September 2016 E. 1.1).

Der Entscheid der Vorinstanz vom 9. September 2016 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG; SR 173.32) Beschwerdeinstanz für Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, die unter anderem von Anstalten und Betrieben des Bundes erlassen werden (Art. 33 Bst. e VGG). Darunter fällt die von der Vorinstanz erlassene Verfügung (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG; SR 956.1]). Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig.

1.2 Die Beschwerdeführerin stellt neben dem Begehren auf Aufhebung der Dispositiv-Ziff. 2 und 3 der angefochtenen Verfügung auch ein Feststellungsbegehren. Die Beschwerdebegehren sind soweit klar, weshalb sich eine Aufforderung zur Beschwerdeverbesserung nicht aufdrängte (Art. 52 Abs. 2 VwVG).

Mit Gesuch vom 9. Januar 2016 verlangte die Beschwerdeführerin von der Vorinstanz sowohl eine Bewilligung nach Art. 14 GwG für die Ausübung der Tätigkeit als Finanzintermediärin als auch die Feststellung, „dass das Abrechnungsverfahren der A._____ für Nachtzuschlagtickets des Zürcher Verkehrsverbundes (ZVV) per SMS dem Geldwäschereigesetz untersteht, soweit den Kunden die Kosten für die an ZVV-Automaten bezogenen Nachtzuschlagtickets per Post in Rechnung gestellt werden“.

Die Vorinstanz erteilte der Beschwerdeführerin die Bewilligung nach Art. 14 Abs. 2 GwG zur Ausübung der Tätigkeit als Finanzintermediärin gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG (Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung) und stellte in Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung fest, „dass das Abrechnungsverfahren der A._____ für Nachtzuschlagtickets des Zürcher Verkehrsverbundes (ZVV) per SMS, soweit den Kunden die Kosten für die an ZVV-Automaten

bezogenen Nachtzuschlagtickets nachträglich per Post in Rechnung gestellt werden, ebenfalls dem Geldwäschereigesetz untersteht und von der Bewilligung gemäss Ziff. 1 hiervor erfasst wird“.

Die Vorinstanz hat damit den beiden gesuchsweise gestellten Begehren mit der angefochtenen Verfügung zu 100 Prozent entsprochen, unter anderem, in dem sie die angebehrte Feststellung praktisch im Wortlaut in ihre Dispositiv-Ziff. 2 übernommen hat.

Soweit die Dispositiv-Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung betreffend, verlangt die Beschwerdeführerin mit ihrem beschwerdeweise gestellten Aufhebungsbegehren nun exakt das Gegenteil von dem, was sie noch mit Gesuch vom 9. Januar 2016 verlangt hatte. Zudem ist ihr beschwerdeweise gestelltes Feststellungsbegehren verglichen mit der angefochtenen Feststellung im Wesentlichen nun allgemeiner formuliert, in dem sie jede „nachträgliche in Rechnung Stellung“ statt die „per Post nachträglich in Rechnung gestellten“ Nachtzuschlagtickets zum Gegenstand des Begehrens macht.

Bevor über das Eintreten auf die Rechtsbegehren abschliessend entschieden werden kann, stellt sich jedoch, ausgehend von der angefochtenen Feststellung, die Frage, ob die Beschwerdeführerin in Bezug auf die ursprünglich beantragte Feststellung, mithin an ihrem beschwerdeweise gestellten Feststellungsbegehren überhaupt noch ein schutzwürdiges Rechtsschutzinteresse hat bzw. ob sie diesbezüglich allenfalls das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben verletzt hat, ob die beantragte Feststellung noch im Rahmen des Anfechtungsobjekts liegt und ob diese angesichts des für Feststellungsbegehren geltenden Subsidiaritätsgrundsatzes neben der beantragten Aufhebung Bestand haben kann.

1.3 Zunächst sind das schutzwürdige Interesse der Beschwerdeführerin und ihr Handeln nach dem Gebot von Treu und Glauben zu beurteilen.

Die im Instruktionsverfahren gemachten Äusserungen der Beschwerdeführerin, insbesondere wonach die angebehrte Feststellungsverfügung für sie Mittel zum Zweck gewesen sei, schliessen ein Dahinfallen des Rechtsschutzinteresses bzw. ein prozessual treuwidriges Verhalten glaubhaft aus. Es ist deshalb trotz vordergründig widersprüchlich gestellter Begehren im Verfahren grundsätzlich von einem unverändert gebliebenen Streitgegenstand auszugehen.

In dieser Hinsicht erhellen die Vorakten den Sachverhalt wie folgt: Die Beschwerdeführerin bestritt vor der Vorinstanz grundsätzlich die GwG-Unterstellungspflicht von Postpaid-Abrechnungsverfahren. Um diese strittige Frage beurteilen zu lassen, legte sie beispielhaft das Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachtzuschlagtickets des ZVV dar. Sie war der Ansicht, das Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachtzuschlagtickets des ZVV unterstehe nicht dem GwG, weshalb das Postpaid-Abrechnungsverfahren generell nicht dem GwG unterstünde. Dennoch verlangte sie – wie bereits erwähnt – im Gesuch vom 9. Januar 2016 vor Vorinstanz die Feststellung, dass das Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachtzuschlagtickets des ZVV dem GwG unterstehe (Vorakten, 1 p. 041 ff., insbesondere 048).

Unter Berücksichtigung der Vorakten ergibt sich unzweifelhaft, dass die Beschwerdeführerin gegenüber der Vorinstanz in Bezug auf das Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachtzuschlagtickets des ZVV die GwG-Unterstellungspflicht stets verneint hat. Beide Parteien waren sich zudem einig, dass das Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachtzuschlagtickets des ZVV beispielhaft für ein Postpaid-Abrechnungsverfahren im Allgemeinen steht. Die Feststellung über das Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachtzuschlagtickets des ZVV brachte damit eine wegweisende Klarstellung für Postpaid-Abrechnungsverfahren im Allgemeinen. Ob das Begehren vor Vorinstanz betreffend Feststellung der GwG-Unterstellungspflicht des Postpaid-Abrechnungsverfahrens für Nachtzuschlagtickets des ZVV positiv oder negativ formuliert war, spielte im vorinstanzlichen Verfahren insofern keine Rolle.

Diese mit der Feststellung verbundene wegweisende Klarstellung führt im Beschwerdeverfahren zu einem Bedürfnis der Beschwerdeführerin, die GwG-Unterstellungspflicht des Postpaid-Abrechnungsverfahrens für Nachtzuschlagtickets des ZVV gerichtlich überprüfen zu lassen, obwohl die angefochtene Feststellung mit dem gesuchsweise gestellten Begehren übereinstimmt. Vor diesem Hintergrund lässt sich aus der vordergründig widersprüchlichen Formulierung des vor der Vorinstanz im Vergleich zum beschwerdeweise gestellten Feststellungsbegehrens nicht auf ein fehlendes Rechtsschutzinteresse oder auf eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben schliessen, ohne sich dem Vorwurf der Verletzung des Verbotes des überspitzten Formalismus auszusetzen.

Im Übrigen ergibt sich das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin auch aus dem Sanktionsverfahren des PolyReg Allg. Selbstregulierungsvereins bzw. aus dem darauf folgenden Beschwerdeverfahren

B-2534/2017. Für den Zeitraum des SRO-Anschlusses war die Frage der Unterstellungspflicht des Postpaid-Abrechnungsverfahrens für Nachzuschlagtickets des ZVV ebenfalls umstritten.

1.4 Im Weiteren ist zu prüfen, wie es sich damit verhält, dass das beschwerdeweise gestellte Feststellungsbegehren, wie bereits erwähnt, im Vergleich zum Anfechtungsobjekt eine veränderte Formulierung verwendet („nachträglich in Rechnung gestellt“ statt „nachträglich per Post in Rechnung gestellt“).

Der Streitgegenstand im vorliegenden Beschwerdeverfahren betrifft die Frage, ob das Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachzuschlagtickets des ZVV dem GwG untersteht oder nicht. Das Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachzuschlagtickets des ZVV steht beispielhaft für Postpaid-Abrechnungsverfahren der Beschwerdeführerin, sofern physische Produkte bzw. Warenbezüge und anderweitige Dienstleistungen ohne direkten Bezug zur Telekommunikationsdienstleistung betroffen sind. Zu unterscheiden ist das Postpaid-Abrechnungsverfahren vom Prepaid-Abrechnungsverfahren (vgl. E. A.b). Kein Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens ist und einig sind sich die Parteien, dass das Prepaid-Abrechnungsverfahren bezogen auf den Erwerb von physischen Produkten bzw. Waren und anderweitigen Dienstleistungen ohne direkten Bezug zur Telekommunikationsdienstleistung, wie der ZVV-Nachzuschlag, unter das GwG fällt. Wesentlich für den Streitgegenstand ist demnach die Nachträglichkeit der In-Rechnung-Stellung. Auf welche Weise die nachträgliche In-Rechnung-Stellung erfolgt (per Post, per Email oder auf eine andere Art), dürfte dabei keine Rolle spielen. In der im Beschwerdebegehren gewählten allgemeineren Formulierung („nachträglich in Rechnung gestellt“ anstatt „nachträglich per Post in Rechnung gestellt“) könnte eine Präzisierung des Streitgegenstandes erblickt werden, weshalb nicht notwendigerweise davon ausgegangen werden muss, dass es sich um eine unzulässige Erweiterung des Streitgegenstandes handelt.

1.5 Zur Frage, ob das Feststellungsbegehren neben dem Aufhebungsantrag noch seinen Platz haben kann, gilt es Folgendes zu berücksichtigen:

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass mit der Bewilligungserteilung gemäss der nicht angefochtenen Dispositiv-Ziff. 1 der Verfügung vom 9. September 2016 auch das Abrechnungsverfahren der Beschwerdeführerin, soweit dieses nicht als reine Inkassotätigkeit zu beurteilen ist, vom

Geltungsbereich des GwG erfasst ist. Mit der Aufhebung der angefochtenen Dispositiv-Ziff. 2 und 3 der Verfügung vom 9. September 2016 würde allein die in Rechtskraft erwachsene Ziffer 1 (Bewilligungserteilung) übrig bleiben und es wäre, zumindest aus dem Dispositiv nicht klar ersichtlich, ob das im Streit liegende Postpaid-Abrechnungsverfahren von der Unterstellung unter das GwG auszunehmen ist, mithin unter anderem, weil es dabei um eine reine Inkassotätigkeit geht.

Auf der anderen Seite scheint nicht klar, inwiefern es nötig war, dass die Vorinstanz neben der Dispositiv-Ziff. 3, welche die Beschwerdeführerin direkt zu Vorkehrungen hinsichtlich der GwG-relevanten Sorgfaltshandlungen zum Postpaid-Abrechnungsverfahren verpflichtet und eine direkte Rechtsfolge aus der Unterstellung darstellt, auch noch eine entsprechende Feststellung verfügt. Von daher könnte auch die Meinung vertreten werden, dass die Frage der Anwendbarkeit des GwG auf das Postpaid-Abrechnungsverfahren als Vorfrage für die in Dispositiv-Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung angeordnete Verpflichtung zu betrachten ist, womit der Feststellungsziffer keine selbständige Tragweite mehr zuzumessen wäre. Insofern hätte sich die Beschwerdeführerin sogar darauf beschränken können, nur die Aufhebung von Dispositiv-Ziff. 3 der strittigen Verfügung zu verlangen. Nach dem Gesagten wäre die Behauptung der Vorinstanz, wonach auf die Beschwerde, soweit sie sich gegen Ziff. 3 des angefochtenen Dispositivs richtet, nicht einzutreten sei, weil dieser gegenüber der Bewilligungserteilung nach Ziff. 1 keine selbständige Bedeutung zukommen, mit Vorsicht zu geniessen. Soweit ersichtlich, richtet sich das Begehren um Aufhebung der Verpflichtung gemäss Ziff. 3 des angefochtenen Dispositivs aber weniger gegen deren Inhalt, als vielmehr gegen deren Anordnung als direkte Folge aus der Feststellung der Unterstellung des Postpaid-Abrechnungsverfahrens für Nachtzuschlagtickets des ZVV unter das GwG. Das Schicksal des Aufhebungsbegehrens, soweit gegen Ziff. 3 des angefochtenen Dispositivs gerichtet, hängt somit praktisch vom Ausgang der Prüfung des Feststellungsbegehrens ab.

Aus der von der Vorinstanz in der (teilweise) angefochtenen Verfügung vorgegebenen, allenfalls irreführenden Situation soll der Beschwerdeführerin kein Nachteil erwachsen. Faktisch spielt es kaum eine Rolle, ob die feststellende Dispositiv-Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung und das auf eine negative Feststellung gerichtete Begehren ihre selbständige Berechtigung haben. Denn unabhängig von der Antwort auf die Frage, ob statt auf das negative Feststellungsbegehren allenfalls nur auf das Begehren um Aufhe-

bung der Dispositiv-Ziff. 3 der teilweise angefochtenen Verfügung einzutreten wäre, bleibt die dahinter stehende Rechtsfrage nach der Unterstellung des Postpaid-Abrechnungsverfahrens materiell zu prüfen. In diesem Sinne rechtfertigt es sich, auf beide Begehren einzutreten und die Frage der Unterstellung materiell zu prüfen.

1.6 Die übrigen Beschwerdevoraussetzungen bieten keine Schwierigkeiten. Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenügend durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen ebenfalls vor.

Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

In prozessualer Hinsicht verlangt die Beschwerdeführerin bezüglich Dispositiv-Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung, dass ihrer Beschwerde aufschiebende Wirkung zukomme. Aus diesem Grund habe sie die Anordnungen in Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung vorläufig nicht zu beachten.

Beschwerden an das Bundesverwaltungsgericht haben grundsätzlich aufschiebende Wirkung (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 55 Abs. 1 VwVG), vorbehalten bleiben Bestimmungen anderer Bundesgesetze, nach denen eine Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat (Art. 55 Abs. 5 VwVG).

Abgesehen davon, dass die Beschwerdeführerin keinen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gestellt hat, gehen auch ihre übrigen diesbezüglichen Ausführungen an der Sache vorbei. Die Vorinstanz hat nach eigenen Angaben die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde nicht entzogen und in der angefochtenen Verfügung ist kein entsprechender Hinweis vorhanden. Entgegen der Befürchtung der Beschwerdeführerin kommt ihrer Beschwerde deshalb aufschiebende Wirkung zu.

3.

3.1 Zum Vorgang der Geldwäscherei führt die Botschaft des Bundesrats zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor vom 17. Juni 1996 Folgendes aus (BBI 1996 III 1101, 1104 f.):

„In einer ersten Phase müssen die illegalen Vermögenswerte in handelbare Formen umgetauscht und in den Wirtschaftskreislauf eingebracht werden. Im Zeitalter des Buchgeldes sind grosse Bargeldbeträge suspekt. Deshalb sind die Verbrecherorganisationen bestrebt, die riesigen Mengen an Bargeld, welche sich insbesondere im Drogendetailhandel anhäufen, so umzuwandeln, dass sie im legalen Finanzgeschäft nicht mehr auffallen.

[...].

Bei der indirekten Einlage erfolgt die Umwandlung des illegal erlangten Bargeldes über Strohleute oder sogenannte Frontgesellschaften. Bei letzteren handelt es sich um Betriebe, die entweder den kriminellen Organisationen selber gehören, oder um Unternehmen, deren Inhaber mit dem organisierten Verbrechen zusammenarbeiten. In beiden Fällen werden die schmutzigen Gelder als ordentliche Geschäftseinnahmen ausgewiesen, indem sie auf Konti der entsprechenden Unternehmungen einbezahlt und von dort an die kriminellen Auftraggeber weitergeleitet werden. Diese Form der Geldwäscherei ist grundsätzlich weniger auffällig als die Direkteinlage und sie wird oft erst aufgrund ungewöhnlicher Zunahmen in den Kontenbewegungen oder anderer Auffälligkeiten entdeckt. Damit sie überhaupt erkannt und der Weg der transferierten Gelder verfolgt werden kann, ist es von eminenter Bedeutung, dass die Finanztransaktionen dokumentiert werden, d.h. dass ein sogenannter paper trail erstellt wird. Auch dies ist im Bankensektor heute alltäglich, für den Parabankebereich fehlen aber entsprechende Vorschriften.“

Der Gesetzgeber hat zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung in Art. 3 ff. GwG sodann verschiedene konkretisierungsbedürftige Sorgfaltspflichten für Finanzintermediäre eingeführt. Die Finanzintermediäre haben u.a. folgenden Pflichten zu befolgen: Pflicht zur Identifizierung der Vertragspartei (Art. 3 GwG), Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person (Art. 4 GwG), erneute Identifizierung der Vertragspartei oder Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person (Art. 5 GwG), besondere Abklärungspflichten bei ungewöhnlichen Transaktionen oder bei Verdachtsmomenten (Art. 6 GwG) und eine Dokumentationspflicht (Art. 7 GwG).

Der Geltungsbereich des GwG ist in Art. 2 GwG geregelt. Neben den sog. spezialgesetzlich beaufsichtigten Finanzinstituten (Art. 2 Abs. 2 GwG; vgl. zur Terminologie NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl. 2010, § 5 N 93) erfasst das GwG auch Finanzintermediäre, die nicht in die Kategorie der spezialgesetzlich geregelten Finanzintermediäre fallen (Art. 2 Abs. 3 GwG). Es handelt sich dabei um Finanzintermediäre des Parabankektors (vgl. Urteil des BGer 2C_867/2015 vom 13. Dezember 2016 E. 2.3). Diese Finanzintermediäre

des Parabankensektors müssen bei der Vorinstanz für die Ausübung ihrer Tätigkeit eine DUFI-Bewilligung einholen, sofern sie nicht einer anerkannten SRO angeschlossen sind (Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 3 GwG). Als Finanzintermediäre des Parabankensektors unterstellungspflichtig sind u.a. diejenigen Personen, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen oder zu übertragen; insbesondere fallen darunter auch Personen, die Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr erbringen, namentlich für Dritte elektronische Überweisungen vornehmen oder Zahlungsmittel wie Kreditkarten und Reiseschecks ausgeben oder verwalten (Art. 2 Abs. 3 Bst. b GwG).

Am 1. Januar 2016 trat die GwV in Kraft, welche die alte Verordnung über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation vom 18. November 2009 (aVBF; SR 955.071) ersetzte. In Art. 4 Abs. 1 GwV wird weitgehend gleichlautend wie in Art. 4 Abs. 1 aVBF die Dienstleistung für den Zahlungsverkehr nach Art. 2 Abs. 3 GwG konkretisiert. Das FINMA-Rundschreiben (nachfolgend: FINMA-RS) 2011/1 vom 20. Oktober 2010 bezog sich bis zum 26. Oktober 2016 noch auf die aVBF, bevor es – materiell im hier massgebenden Bereich identisch – an die GwV angepasst wurde. Unter anderem führt es die FINMA-Praxis betreffend Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 3 GwG bzw. Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr aus.

Mit Bezug auf das anwendbare Recht ist davon auszugehen, dass in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtsätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestands Geltung haben (vgl. BGE 132 V 215 E. 3.1.1). Die Rechtmässigkeit von auf die Zukunft gerichteten Verwaltungsakten ist grundsätzlich mangels einer anderslautenden übergangsrechtlichen Regelung nach der Rechtslage im Zeitpunkt ihres Ergehens zu beurteilen (vgl. BGE 139 II 263 E. 6 und 7). Die Bewilligung für die Ausübung der Tätigkeit als Finanzintermediärin gemäss Art. 14 GwG ist zukunftsgerichtet. Eine abweichende übergangsrechtliche Regelung und andere Vorbehalte bestehen im vorliegenden Fall nicht. Es ist auf den Zeitpunkt des Ergehens der angefochtenen Verfügung abzustellen. Diese datiert vom 9. September 2016, weshalb die GwV zur Anwendung gelangt. Die GwV und die aVBF weisen im hier massgeblichen Bereich materiell einen identischen Inhalt auf. Weil zudem das FINMA-RS 2011/1 vom 26. Oktober 2016 in den für das vorliegende Verfahren relevanten Abschnitten keine wesentliche Änderung im Vergleich zu der sich auf die aVBF abstützende Version vom 20. Oktober 2010 erfahren hat, spielt es keine Rolle, auf welche Fassung abgestellt wird. Im Folgenden wird auf das FINMA-RS 2011/1 vom 26. Oktober 2016 verwiesen.

Eine Dienstleistung für den Zahlungsverkehr liegt gemäss Konkretisierung in der GwV unter anderem dann vor, wenn der Finanzintermediär nicht in Bargeld bestehende Zahlungsmittel ausgibt oder verwaltet und seine Vertragspartei damit an Dritte Zahlungen leistet (Art. 4 Abs. 1 Bst. b GwV). In dieser Hinsicht hält das FINMA-RS 2011/1 fest (Rz. 65):

„Das Betreiben eines Zahlungssystems ist dem GwG unterstellt, wenn es von einer Organisation betrieben wird, welche nicht mit den Benutzern des Zahlungssystems identisch ist (beispielsweise Käufer und Verkäufer einer Ware). Darunter fallen Systeme, die entweder das Zugreifen auf ein aufgrund einer Datenspeicherung verfügbares Guthaben (wiederaufladbarer E-Money-Datenträger, Debitkarten) oder das Speichern einer Schuld, welche anschliessend vom Betreiber des Zahlungssystems in Rechnung gestellt wird (Kreditkarten, Warenhauskarten in Dreiparteienverhältnisse etc.), ermöglichen.“

Vom Geltungsbereich des GwG ausgenommen ist unter anderem die Inkassotätigkeit (Art. 2. Abs. 2 Bst. a Ziff. 2 GwV). Das hier anwendbare FINMA-RS 2011/1 führt dazu aus (Rz. 8 ff.):

„Beim Inkasso zieht der Beauftragte im Auftrag des Gläubigers fällige Forderungen ein. Der Beauftragte handelt entweder als direkter Stellvertreter des Gläubigers oder tritt gegenüber dem Schuldner in eigenem Namen auf, nachdem er sich die Forderungen vom Gläubiger treuhänderisch zedieren liess. Die GwV nimmt die Inkassotätigkeit vom Geltungsbereich des GwG aus, da der Schuldner nicht Vertragspartner des Beauftragten ist und dessen Identifizierung nach der Konzeption des GwG ausgeschlossen ist.“

Unterhält der Beauftragte Vertragsbeziehungen sowohl zum Gläubiger der Forderung als auch zum Schuldner, kann gleichwohl eine Inkassotätigkeit vorliegen. Entscheidend ist, in wessen Auftrag die Überweisung resp. Weiterleitung vorgenommen wird, was anhand von Indizien zu eruieren ist. Typischerweise wird die Dienstleistung vom Auftraggeber entschädigt.

Eine Inkassotätigkeit kann auch vorliegen, wenn der Beauftragte innerhalb eines geschlossenen Kreises von Waren- bzw. Dienstleistungsbezüger agiert und nicht als selbständig zwischengeschaltete Person angesehen werden kann. Der Zweck des Beauftragten ist der gute Ablauf und die Vereinfachung der Bezahlung an den Warenlieferanten bzw. den Dienstleistungsanbieter.“

3.2 Die Vorinstanz kann aufgrund von Art. 7 Abs. 1 lit. b FINMAG Rundschreiben erlassen, welche mit dem übergeordneten Recht übereinzustimmen haben. Dadurch orientiert sie die von ihr Beaufsichtigten und die Öffentlichkeit über die Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung. Rundschreiben unterscheiden sich von Verordnungen durch ihren minderen Geltungsanspruch, indem sie nicht als verbindliche Norm gelten, sondern

als blosser Orientierung über die bisherige und künftig zu gewärtigende Praxis der Behörde (eine Art „*soft law*“). Die Vorinstanz kann dem Inhalt eines Rundschreibens im Einzelfall durch Erlass einer Verfügung individuell-konkrete Verbindlichkeit geben (Art. 9 Abs. 1 lit. b bzw. Art. 10 Abs. 2 lit. a FINMAG), aber nicht im Voraus eine generell-abstrakte (vgl. CHRISTOPH WINZELER, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, Art. 7 FINMAG N 19).

Das FINMA-RS 2011/1 bildet eine für die richterlichen Behörden unverbindliche Verwaltungsverordnung. Das Gericht soll aber auch solche unverbindliche Verwaltungsverordnungen bei seiner Entscheidung mitberücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen (vgl. BGE 121 II 473 E. 2b). Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall gegeben. Die in E. 3.1 dargelegten Passagen aus dem FINMA-RS 2011/1 konkretisieren die in Frage stehende gesetzliche Bestimmung von Art. 2 Abs. 3 GwG. Es bestehen keine Anhaltspunkte – und solche werden von der Beschwerdeführerin abgesehen von Ausführungen zur administrativ-technischen Notwendigkeit der Speicherung einer Schuld, worauf später eingegangen wird (vgl. E. 5.1), auch nicht explizit behauptet –, wonach das FINMA-RS 2011/1 Sinn und Zweck der gesetzlichen Bestimmung widersprechen würde.

4.

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, die Vorinstanz habe die Regelung der Mehrwertdienste im Fernmelderecht bei der Auslegung der massgebenden Bestimmungen der Geldwäschereigesetzgebung fälschlicherweise nicht beachtet.

Das GwG hat – wie bereits erwähnt – die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung sowie die Sicherstellung der Sorgfalt bei Finanzgeschäften zum Gegenstand (Art. 1 GwG; vgl. E. 3.1). Das Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) bezweckt, dass der Bevölkerung und der Wirtschaft vielfältige, preiswerte, qualitativ hoch stehende sowie national und international konkurrenzfähige Fernmeldedienste angeboten werden (Art. 1 FMG). Die Zwecke der beiden Gesetze schliessen sich nicht aus, sondern haben eine unterschiedliche Stossrichtung und erlauben deren kumulative Anwendung.

Die FDV definiert den Mehrwertdienst als Dienstleistung, die über einen Fernmeldedienst erbracht und von einer FDA zusätzlich zu Fernmeldediensten in Rechnung gestellt wird (Art. 1 Bst. c FDV). Das Fernmelderecht enthält zudem weitere Vorgaben im Zusammenhang mit Mehrwertdiensten und deren Abrechnung (z.B. Art. 1 Abs. 2 Bst. d, Art. 12b und Art. 12c FMG sowie Art. 35 ff. FDV). Die Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 12. November 2003 (nachfolgend: Botschaft Änderung FMG) führt aus, dass Mehrwertdienste in der Regel mittels fernmeldetechnischer Übertragung abgerufen und per Telefonrechnung bezahlt würden (BBI 2003 7951 ff., 7972). Aus der Definition in der Verordnung, den weiteren fernmelderechtlichen Bestimmungen und der Erläuterung in der Botschaft Änderung FMG kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht geschlossen werden, das Fernmelderecht sehe in Bezug auf Mehrwertdienste ein Inkassomodell vor, das vom GwG ausgenommen ist. Insgesamt lässt sich im Fernmelderecht keine Anordnung hinsichtlich Nichtanwendung des GwG für die Abrechnung von Mehrwertdiensten finden. Dies wäre mit dem Gegenstand des FMG – der fernmeldetechnischen Übertragung von Informationen (Art. 2 FMG) – auch kaum zu vereinbaren. Die spezifischen Regeln im Fernmelderecht zum Mehrwertdienst beziehen sich nach dem Gesagten nicht auf den Anwendungsbereich des GwG, sondern sind nur nötig und sinnvoll, um die Gegebenheiten bei der Bezahlung von Mehrwertdiensten im Zusammenhang mit Fernmeldediensten zu berücksichtigen (vgl. Urteil des BGer 6B_551/2012 vom 21. Januar 2013 E. 2.2.1 und 2.2.3).

Demgegenüber ist das GwG sektorübergreifend ausgestaltet und erfasst auch den Parabankensektor (vgl. E. 3.1). Es handelt sich um ein Rahmengesetz, welches die Gesetzesadressaten, deren grundlegende Pflichten sowie die organisatorischen Massnahmen zu ihrer Beaufsichtigung regelt (vgl. Botschaft des Bundesrats zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor vom 17. Juni 1996 [nachfolgend: Botschaft GwG], BBI 1996 1101 ff., 1112). Die Beurteilung der GwG-Relevanz der Abrechnung von Mehrwertdiensten hat somit aufgrund der Geldwäschereigesetzgebung zu erfolgen (Art. 2 GwG). Auch die Anforderungen an die Identifizierung der Vertragsparteien im Zusammenhang mit den Sorgfaltspflichten sind nach den Art. 3 ff. GwG zu bestimmen. Die Identifikationsanforderungen bestehen entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin also unabhängig von fernmeldetechnischen Vorgaben und können ohne Weiteres darüber hinausgehen. Dasselbe gilt für die Frage, wie der in Art. 2 Abs. 2 Bst. a Ziff. 2 GwV genannte Begriff „Inkassotätigkeit“ definiert wird.

Diese Frage ist unabhängig vom Fernmelderecht im Rahmen des Finanzmarktaufsichtsrechts anhand der Geldwäschereigesetzgebung und der diesbezüglichen Praxis der Vorinstanz zu beantworten, die im erwähnten FINMA-RS 2011/1 explizit konkretisiert wird.

Insgesamt ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Beurteilung der GwG-Relevanz des Postpaid-Abrechnungsverfahrens für Nachtzuschlagtickets des ZVV anhand finanzmarktrechtlicher Bestimmungen vorgenommen hat. Eine weitergehende Klärung des Verhältnisses zwischen FMG und GwG drängt sich nicht auf und kann daher offen bleiben.

5.

Es ist zunächst zu beurteilen, ob es sich beim Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachtzuschlagtickets des ZVV um ein Zahlungssystem i.S.v. Art. 4 Abs. 1 Bst. b GwV handelt, also ob grundsätzlich eine GwG-relevante Dienstleistung für den Zahlungsverkehr vorliegt (Art. 2 Abs. 3 Bst. b GwG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Bst. b GwV).

5.1 Gemäss FINMA-RS 2011/1 setzt ein Zahlungssystem das Speichern einer Schuld voraus, die anschliessend vom Betreiber des Zahlungssystems in Rechnung gestellt wird, und dass das Zahlungssystem von einer Organisation betrieben wird, welche nicht mit den Benutzern identisch ist (vgl. E. 3.1).

Das Speichern einer Schuld im Zusammenhang mit dem Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachtzuschlagtickets des ZVV hat deshalb zu erfolgen, weil die Nutzung eines Mehrwertdiensts die fernmeldetechnische Übertragung von Informationen voraussetzt, die erst danach in einem zweiten Schritt von der Beschwerdeführerin abgerechnet wird. Es handelt sich damit – entsprechend dem im FINMA-RS 2011/1 für das Betreiben eines Zahlungssystems aufgeführten Beispiel der Warenhauskarte – um ein Dreiparteienverhältnis, in dem die Beschwerdeführerin als Betreiberin des Zahlungssystems die gespeicherte Schuld der Kunden aus dem Kauf des Nachtzuschlagtickets per SMS von Fr. 5.– diesen in Rechnung stellt und anschliessend den Betrag an den ZVV überweist. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin wäre auch dann von der Speicherung einer Schuld auszugehen, wenn sie die Beträge für die einzelnen bezogenen Mehrwertdienste basierend auf den fernmelderechtlichen Randdaten, welche sie speichert, manuell berechnet, am Ende der Abrechnungsperiode manuell addiert und in die Monatsabrechnung pro Kunde einfügen würde.

Es handelt sich bei der Speicherung der Schuld in jedem Fall um eine notwendige Massnahme, um einen Mehrwertdienst, so wie er im Fernmelde-recht vorgesehen ist (vgl. E. 4), anbieten zu können. Es ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht einzusehen, weshalb die administrativ-technische Notwendigkeit der Speicherung einer Schuld nur im Zusammenhang mit einer Inkassotätigkeit relevant sein soll.

Nicht bestritten ist, dass die Beschwerdeführerin nicht Käuferin und Verkäuferin des ZVV-Nachtzuschlags ist, sondern die Plattform für das Postpaid-Abrechnungsverfahren betreibt. Beispielweise deutet auch der Haftungsausschluss in Ziff. 11 der AGB für Mobilfunkdienste vom Juni 2012 (Vorakten, Pag. 1 055 f. und Pag. 2 079 f.), die zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Kunden gelten, darauf hin, dass die Beschwerdeführerin nicht Verkäuferin des ZVV-Nachtzuschlagtickets ist. Demnach übernimmt sie nämlich keinerlei Haftung oder Gewährleistung für die über den Mobilanschluss bezogenen oder bestellten Dienstleistungen oder Waren, selbst wenn sie das Inkasso von Drittforderungen gegenüber dem Kunden durchführt.

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass die von der Vorinstanz im FINMARS 2011/1 aufgestellten Kriterien für das Vorliegen eines Zahlungssystems in Bezug auf das Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachtzuschlagtickets des ZVV als erfüllt zu betrachten sind.

5.2

5.2.1 Die Beschwerdeführerin wendet ein, dass es spätestens seit dem Inkrafttreten des FinfraG am 1. Januar 2016 kein Zahlungssystem nach Art. 2 Abs. 2 (recte: Abs. 3) Bst. b GwG mehr gebe (vgl. Beschwerde, Rz. 9). Sie ist der Ansicht, Zahlungssysteme unterstünden nach Art. 2 Abs. 2 Bst. e GwG nur dem Geldwäschereigesetz, sofern sie nach Art. 4 Abs. 2 FinfraG eine Bewilligung der Vorinstanz benötigten.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Zum einen knüpft das GwG für die Unterstellung unter das Gesetz explizit auch an bestimmte Dienstleistungen an, die sich für die Geldwäscherei besonders anbieten, die aber als solche bisher keiner Bewilligungspflicht und damit auch keiner besonderen bundesrechtlichen Aufsicht unterstehen (Art. 2 Abs. 3 GwG; vgl. Botschaft GwG, BBl 1996 1101 ff., 1117). Der Anwendungsbereich des GwG ist insofern deshalb weiter als derjenige des FinfraG, das die Organisation und den Betrieb von Finanzmarktinfrastrukturen sowie die Verhaltenspflichten der Finanzmarktteilnehmer beim Effekten- und Derivatehandel regelt

(Art. 1 Abs. 1 FinfraG). Mit der Vorinstanz ist daher festzuhalten, dass Art. 4 Abs. 2 FinfraG den Anwendungsbereich des GwG nicht einschränkt. Zum anderen lautet Art. 4 Abs. 2 FinfraG wie folgt:

„Ein Zahlungssystem benötigt nur dann eine Bewilligung der FINMA, wenn die Funktionsfähigkeit des Finanzmarkts oder der Schutz der Finanzmarktteilnehmerinnen und -teilnehmer es erfordern und das Zahlungssystem nicht durch eine Bank betrieben wird.“

Es ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin nicht dargetan, inwiefern diese Einschränkung der Bewilligungspflicht für Zahlungssysteme gemäss FinfraG in Bezug auf die GwG-Relevanz von Zahlungssystemen von Bedeutung sein soll. Die Beschwerdeführerin verweist zwar auf Art. 2 Abs. 2 Bst. e GwG. Dieser Verweis vermag ihre Auffassung jedoch nicht zu untermauern, da jene Norm Spielbanken betrifft. Falls die Beschwerdeführerin Art. 2 Abs. 3 Bst. e GwG gemeint hätte, bezöge sie sich auf das Verwalten von Vermögen, was ihre Auffassung in Bezug auf die Unterstellungspflicht von Zahlungssystemen unter das GwG ebenfalls nicht stützte.

Festzuhalten ist vielmehr die Kompetenz der Vorinstanz, den Begriff „Zahlungssystem“ im Zusammenhang mit dem Geltungsbereich des GwG konkretisieren zu können, so wie sie dies im FINMA-RS 2011/1 Rz. 65 gemacht hat (vgl. E. 3.1 und 3.2.2).

5.2.2 Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Abrechnung von Mehrwertdiensten durch eine FDA würde keine relevante Geldwäschereigefahr in sich bergen, kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden.

So hat sich die Groupe d'action financière (GAFI) bereits dem Thema der neuen Zahlmethoden, zu denen auch das Zahlungssystem für das Post-paid-Abrechnungsverfahren für Nachtzuschlagtickets des ZVV zu zählen ist, gewidmet und auf die verschiedenen Gefahren hingewiesen (vgl. z.B. den „Report on New Payment Methods“ aus dem Jahr 2006 oder den Bericht „Money Laundering Using New Payment Methods“ aus dem Jahr 2010). In Deutschland ist das Gesetz über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten (Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz, ZAG) in der Fassung vom 25. Juni 2009 in Kraft. Es reguliert das digitalisierte Zahlungsgeschäft und sieht in § 22 Sicherungsmassnahmen gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung vor. Es geht um Zahlungsvorgänge, bei denen die Zustimmung des Zahlers zur Zahlung über ein Telekommunikations-, Digital- oder

IT-Gerät übermittelt wird und die Zahlung an den Betreiber des Telekommunikations- oder IT-Systems oder IT-Netzes erfolgt, sofern der Betreiber ausschliesslich als zwischengeschaltete Stelle zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und den Lieferanten der Waren oder Dienstleistungen tätig ist (§ 1 Abs. 2 Nr. 5 ZAG). Betroffen sind Zahlungen, die mit der Telefonrechnung eingezogen oder gegen die Belastung eines entsprechenden Fernmeldeguthabens bei einer Telekommunikationsgesellschaft vollzogen werden (vgl. das Merkblatt: Hinweise zum Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz [ZAG], Stand Dezember 2011, https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_111222_zag.html, abgerufen am 2. Oktober 2017). Ohne direkten Bezug zu Geldwäscherei hat auch der Bundesrat zum Missbrauchspotential im Zusammenhang mit Mehrwertdiensten Stellung bezogen: „Die abstrakte und wenig fassbare Zahlungspflicht per Telefonrechnung verführt einzelne Kundinnen und Kunden dazu, die Mehrwertdienste in zu grossem Ausmass in Anspruch zu nehmen. Es treten aber auch ständig neue Betrügereien mit Mehrwertdiensten auf. Die per Telefon erbrachten Leistungen haben teilweise keinen auch nur annähernd dem Rechnungsbetrag vergleichbaren Wert. [...]“ (Botschaft Änderung FMG, BBl 2003 7951 ff., 7973).

Insgesamt kann – ohne einen Generalverdacht aussprechen zu wollen – jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass mit Hilfe des Geschäftsmodells „Mehrwertdienste“ illegale Vermögenswerte in handelbare Formen umgetauscht werden.

Falls das Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachtzuschlagtickets des ZVV nur ein geringes Risiko für die Geldwäscherei und die Terrorismusfinanzierung darstellen sollte, ist im Übrigen auf die mit Art. 7a GwG neu eingeführte Bagatellklausel hinzuweisen. Damit werden die Sorgfaltspflichten bei Dauerbeziehungen etwas gelockert (vgl. hierzu und zum Folgenden: Botschaft des Bundesrats zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière [GAFI] vom 15. Juni 2007 [nachfolgend: Botschaft GAFI], BBl 2007 6269 ff., 6297 f.). Art. 7a GwG hat folgenden Wortlaut:

„Der Finanzintermediär kann auf die Einhaltung der Sorgfaltspflichten (Art. 3-7) verzichten, wenn die Geschäftsbeziehung nur Vermögenswerte von geringem Wert betrifft und keine Verdachtsmomente für mögliche Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung vorliegen.“

Um die Gefahr der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung ausschliessen zu können, wird kumulativ auf die Voraussetzung der Erkennung der Rechtmässigkeit und auf einen geringen Wert des Vermögenswerts abgestellt. Eine solche Bagatellklausel trägt unter anderem dazu bei, dass neu aufkommende Zahlungsmethoden mit sehr geringer Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierungsgefahr in der Schweiz eingeführt und aufgebaut werden können (vgl. Botschaft GAFI, BBI 2007 6269 ff., 6285).

5.2.3 Die Beschwerdeführerin fordert die Vorinstanz auf, falls in Bezug auf das Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachtzuschlagtickets des ZVV eine Unterstellungspflicht bestehe, sei eine branchenweite Regelung anzustreben. Zudem bringt sie vor, sie habe einen Wettbewerbsnachteil und es bestehe eine Ungleichbehandlung, weil auch andere FDA das Postpaid-Abrechnungsverfahren durchführten, ohne dass diese laut Webseite der Vorinstanz über eine Bewilligung der Vorinstanz oder einen SRO-Anschluss verfügten.

Die Beschwerdeführerin macht aber zu Recht nicht geltend, dass das Zahlungssystem in Bezug auf das Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachtzuschlagtickets des ZVV aufgrund der angeblichen Ungleichbehandlung nicht unter das GwG falle. Die Vorinstanz führt nämlich aus, dass sämtliche FDA, welche ein analoges Postpaid-Abrechnungsverfahren anbieten würden, gemäss GwG unterstellungspflichtig seien. Erfahre die Vorinstanz, dass Dritte am Markt aufsichtsrechtlich relevante Tätigkeiten ausübten, ohne über die entsprechenden Bewilligungen zu verfügen, so gehe sie diesen Hinweisen nach und schreite gegebenenfalls ein. Nachdem die Vorinstanz ihre Praxis klar erläutert hat und zu erkennen gibt, dass sie eine Nichtunterstellung unter das GwG von Zahlungssystemen wie das Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachtzuschlagtickets des ZVV nicht dulde, kann die Beschwerdeführerin aus einer mutmasslich unerlaubten Tätigkeit Dritter im vorliegenden Verfahren jedenfalls nichts zu ihren Gunsten ableiten (vgl. BGE 127 I 1 E. 3a; 122 II 446 E. 4a).

5.2.4 Als Zwischenfazit bleibt es dabei, dass die Vorinstanz in Bezug auf das Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachtzuschlagtickets des ZVV zu Recht von einem Zahlungssystem ausgeht, das grundsätzlich dem GwG untersteht (Art. 2 Abs. 3 Bst. b GwG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Bst. b GwV).

6.

Die Beschwerdeführerin wendet ferner ein, das Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachtzuschlagtickets des ZVV stelle kein Zahlungssystem, sondern eine Inkassotätigkeit dar.

Die Inkassotätigkeit zählt – wie bereits erwähnt (vgl. E. 3.1) – nicht zu den finanzintermediären Tätigkeiten und unterliegt nicht dem GwG (Art. 2 Abs. 2 Bst. a Ziff. 2 GwV). Im FINMA-RS 2011/1 Rz. 8 ff. konkretisiert die Vorinstanz diesbezüglich, dass der Beauftragte beim Inkasso im Auftrag des Gläubigers fällige Forderungen einziehe. Der Beauftragte handle entweder als direkter Stellvertreter des Gläubigers oder trete im eigenen Namen auf, nachdem er sich die Forderungen vom Gläubiger treuhänderisch habe zedieren lassen. In diesen Fällen sei eine Identifizierung des Schuldners durch den Beauftragten mangels Vertragsbeziehung gar nicht möglich. Eine Inkassotätigkeit könne jedoch auch dann vorliegen, wenn der Beauftragte sowohl Vertragsbeziehungen zum Gläubiger als auch zum Schuldner der Forderung habe. Entscheidend sei in dieser Konstellation, in wessen Auftrag die Überweisung und Weiterleitung vorgenommen werde, was anhand von Indizien zu eruieren sei (vgl. E. 3.1).

6.1 Die Beschwerdeführerin stützt ihren Einwand insbesondere mit dem Argument, entgegen der Ansicht der Vorinstanz liege zwischen ihr und den Kunden kein Vertrag über die Abrechnung von Mehrwertdiensten vor und die Kunden würden ihr keinen entsprechenden Auftrag erteilen. Zudem sprächen die fernmelderechtlichen Regeln betreffend Mehrwertdienste für eine Inkassotätigkeit.

6.1.1 Die Grundkonzeption des Fernmelderechts sieht aus vertragsrechtlicher Sicht in Bezug auf Mehrwertdienste ein Mehrparteienverhältnis vor (vgl. SIMON FAIVRE, Der Telekommunikationsvertrag, 2005, S. 121 ff.). Die Kunden schliessen mit einer FDA einen Vertrag über die fernmeldetechnische Übertragung von Informationen ab, welcher das Bundesgericht als Innominatvertrag qualifiziert (vgl. BGE 129 III 604 E. 2.2). Davon zu unterscheiden sind die Vertragsbeziehungen zwischen dem Kunden und dem Mehrwertdiensteanbieter im Zusammenhang mit der inhaltlichen Mehrwertdienstleistung sowie die Vereinbarung zwischen der FDA und dem Mehrwertdiensteanbieter (vgl. KARIN HUBER, Der Mehrwertdienst im Fernmelderecht, 2007, S. 114 f.). Ferner sieht das Fernmelderecht vor, dass die FDA für die Verrechnung der Mehrwertdienste zuständig ist (Art. 1 Bst. c und Art. 38 FDV).

Entgegen der Beschwerdeführerin kann aus diesen fernmelderechtlichen Vorgaben und der Grundkonzeption nicht geschlossen werden, dass zwischen der FDA und dem Kunden hinsichtlich Mehrwertdienste und deren Abrechnung keine vertraglichen Beziehungen bestehen können oder dass eine reine Inkassotätigkeit vorliegen müsse. Vielmehr verdeutlicht die fernmelderechtliche Optik die Notwendigkeit der Beteiligung einer FDA bei der Erbringung eines Mehrwertdiensts. Ohne eine FDA, welche den Anschluss und die Nachrichtenübermittlung sowie die Verrechnung sicherstellt, könnte der Mehrwertdienst nicht erbracht werden (vgl. FAIVRE, a.a.O., S. 121).

Nach dem Gesagten und unter Berücksichtigung der fernmelderechtlichen Regeln geht die Funktion der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit Mehrwertdiensten im Allgemeinen wie auch beim Kauf des ZVV-Nachtzuschlags per SMS im Besonderen über dasjenige eines Inkassounternehmens hinaus.

6.1.2 Dass die Beschwerdeführerin nicht nur ein Inkasso vornimmt, sondern sich gegenüber den Kunden zu einer Abrechnungsdienstleistung verpflichtet, zeigt Folgendes: Die Beschwerdeführerin wirbt unter dem Stichwort „Mobiles Zahlen“ mit ihrem Angebot. (...). In der Folge beschäftigt sich die Beschwerdeführerin unter der Rubrik „Häufige Fragen“ ausführlich mit der Bezahlung per Mobiltelefon-Rechnung. (...).

Die Beschwerdeführerin bewirbt demnach die einfache Möglichkeit per Mobiltelefon-Rechnung bezahlen zu können, sofern man Kunde mit Mobile Abonnement von ihr sei. Ferner können die Kunden selber entscheiden, ob sie diese Dienstleistung – die Abrechnung von Mehrwertdiensten – zulassen oder sperren. Zudem erscheint auf der Mobiltelefon-Rechnung die Abrechnung unter „sonstige Dienstleistung“ und nicht etwa unter „Inkasso“.

Insgesamt entsteht der Eindruck, die Beschwerdeführerin will den Kunden mit Hilfe ihres Angebots rund um das „Mobile Zahlen“ zum Vertragsabschluss bewegen. Die bereits erwähnten AGB für Mobilfunkdienste vom Juni 2012, welche Bestandteil der Vertragsbeziehung zwischen dem Kunden und der Beschwerdeführerin sind, enthalten zudem Regeln betreffend Abrechnung von Mehrwertdiensten. Es handelt sich dabei nicht nur um ein Transparent-machen der Mehrwertdienste für den Kunden – wie dies die Beschwerdeführerin glauben machen will –, sondern um die Festlegung von Rechten und Pflichten in Bezug auf die Rechnungsstellung und Zah-

lungsbedingungen. So regeln die AGB in Ziff. 4 die Gleichstellung der Forderungen aus dem Kauf von Waren und Dienstleistungen mittels Postpaid-Abrechnungsverfahren mit den Gebühren für die Benützung der Fernmeldedienste. Insbesondere verweisen die AGB in Ziff. 4 für beide Forderungsarten auf dieselben Bestimmungen hinsichtlich Zahlungsverzug. Ferner hat der Kunde gemäss Erläuterung der Beschwerdeführerin auf ihrer Internetseite die Möglichkeit, Mehrwertdienste zu sperren (vgl. auch Art. 40 FDV). Damit verhindert der Kunde grundsätzlich die Belastung seiner Mobiltelefon-Rechnung mit Kosten für den Kauf eines ZVV-Nachtzuschlags. Lässt der Kunde hingegen eine Belastung zu und entscheidet er sich für den Kauf eines Nachtzuschlags des ZVV per SMS, erteilt er der Beschwerdeführerin den Auftrag, die Abrechnung des Mehrwertdiensts vorzunehmen. Der Kunde hätte auch andere Möglichkeiten gehabt, den ZVV-Nachtzuschlag zu bezahlen (Barzahlung, per Kreditkarte, per Maestrokarte etc.), hat sich aber – wie dies die Beschwerdeführerin auch bewirbt – für die Möglichkeit entschieden, seine Mobiltelefon-Rechnung zu belasten und eingewilligt, die Zahlungsmodalitäten der Beschwerdeführerin anzuerkennen.

Zusammenfassend sprechen die Wahlmöglichkeit des Kunden und der bewusste Entscheid, den ZVV-Nachtzuschlag per SMS zu lösen, sowie die Regelung der Abrechnungsmodalitäten für eine Vertragsbeziehung mit der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Abrechnung von Mehrwertdiensten. Mit dem Lösen des ZVV-Nachtzuschlags per SMS beauftragt der Kunde die Beschwerdeführerin, die Kosten von Fr. 5.– auf seiner Mobiltelefon-Rechnung zu belasten und an den ZVV weiterzuleiten.

6.1.3 Die Entschädigung der Beschwerdeführerin für die Abrechnung der Mehrwertdienste erfolgt gemäss übereinstimmender Darstellung der Parteien durch die Mehrwertdiensteanbieter. Daraus kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin jedoch nicht geschlossen werden, dass die Mehrwertdiensteanbieter (alleiniger) Auftraggeber für die Abrechnung der jeweiligen Mehrwertdienste sind. Wie oben dargelegt wurde, obliegt es dem Kunden zu entscheiden, ob er die Dienstleistung der Beschwerdeführerin – d.h. die Abrechnung der Mehrwertdienste – überhaupt in Anspruch nehmen möchte oder diese sogar sperrt, gleich wie auch der konkrete Kauf des ZVV-Nachtzuschlags mittels Belastung auf der Mobiltelefon-Rechnung vom Kunden gewählt werden muss. Zutreffend führt die Vorinstanz zudem mit Verweis auf Kreditkarten- oder Warenhauskarten aus, von wem eine Dienstleistung (direkt) entschädigt werde, sei in erster Linie bloss ein Indiz, wer als Auftraggeber für die Abrechnung zu betrachten sei. Ohnehin be-

zahle der Kunde – wie dies im Übrigen auch die Beschwerdeführerin geltend macht – letztlich direkt oder indirekt für die Abrechnungsdienstleistung der Beschwerdeführerin, weil die Mehrwertdienstanbieter sämtliche Kosten betriebswirtschaftlich einkalkulierten.

Auch die privatrechtliche Qualifikation des Dreiparteienverhältnisses im Zusammenhang mit Mehrwertdiensten deutet nicht auf ein Inkasso hin. Vielmehr ist von einer Anweisung (Art. 466 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR; SR 220]) auszugehen. Dabei ermächtigt der Mehrwertdienstanbieter (Anweisender) den Kunden (Angewiesener) an die FDA (Anweisungsempfängerin) zu leisten. Die FDA ihrerseits wird ermächtigt, die Leistung vom Kunden im eigenen Namen zu fordern. Folglich ist es zumindest nicht ausgeschlossen, dass die FDA gegenüber dem Kunden einen eigenständigen vertraglichen Anspruch auf Zahlung der in Rechnung gestellten Mehrwertdienstgebühr auf Grund der Inanspruchnahme des Mehrwertdiensts durch den Kunden hat (vgl. OLIVER ARTER, Vertragsrechtliche Probleme bei Dialern – zugleich ein Beitrag zu Telefondienstverträgen, recht 2004, S. 41 ff., 55; FELIX SCHÖBI, Der Telefondienstvertrag – ein Überblick, Jahrbuch des schweizerischen Konsumentenrechts 2004, S. 71 ff., 87 f.). Funktional ähnelt die Rolle der Beschwerdeführerin damit einer Herausgeberin einer Kreditkarte. Gleich wie der Karteninhaber, welcher der Herausgeberin der Kreditkarte nur etwas schuldet, wenn er die Belastung seines Kontos autorisiert hat – abgesehen von dem ihm anzulastenden Missbrauch –, ist der Kunde der Beschwerdeführerin nur dann zur Bezahlung des Mehrwertdiensts verpflichtet, wenn er die Abrechnung der Mehrwertdienste in Auftrag gegeben hat (vgl. SCHÖBI, a.a.O., S. 87 f.).

6.1.4 Nach dem Gesagten ist die Auffassung der Vorinstanz zu bestätigen, dass der Mobilfunkvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und den Kunden auch die Abrechnung von Mehrwertdiensten regelt. Der Kunde erteilt einen Auftrag zur Abrechnung des Mehrwertdiensts und zur Weiterleitung des jeweiligen Entgelts an den Mehrwertdienstanbieter. Zudem ist es der Beschwerdeführerin – im Gegensatz zu einem reinen Inkassounternehmen – möglich, eine Identifikation des Kunden zu erwirken. Ebenfalls wird ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin weder als direkte Stellvertreterin des Gläubigers handelt noch als Zessionarin im eigenen Namen auftritt.

6.2 Aus dem im FINMA-RS 2011/1 angeführten Urteil des Bundesgerichts (2A.62/2007 vom 30. November 2007) als Beispiel für eine Inkassotätigkeit kann die Beschwerdeführerin entgegen ihrer Ansicht nichts zu ihren Güns-

ten ableiten. Darin wird eine Inkassotätigkeit für eine Genossenschaft angenommen, die Geschäftsabschlüsse zwischen ihren Mitgliedern und Warenlieferanten vermittelt und für die an ihre Mitglieder gelieferten Waren den Zahlungsverkehr übernimmt. Im Unterschied dazu agiert die Beschwerdeführerin nicht in einem im gleichen Ausmass geschlossenen Kreis von Waren- und Dienstleistungsbezügern und agiert im Zusammenhang mit den fraglichen Mehrwertdiensten im Dreiparteienverhältnis selbständig, ungeachtet der Tatsache, dass sie gewisse fernmelderechtliche Vorgaben zu beachten hat.

Aus einzelnen Ziffern der „Nutzungsbestimmungen Mobile Value Added Services“ vom 1. Juni 2009 (Vorakten, Pag. 1 073 ff. und Pag. 2 077 ff.), welche zwischen der Beschwerdeführerin und dem ZVV zur Anwendung gelangen, geht etwa hervor, dass die Beschwerdeführerin ihren Dienst fristlos kündigen kann, wenn sie in einem Testbetrieb Mängel feststellt, die nicht behoben werden (vgl. Ziff. 3.3). Damit kann die Beschwerdeführerin im Rahmen der Übertragung von Mehrwertdiensten den ZVV oder andere Mehrwertdiensteanbieter vom Zahlungssystem ausschliessen. Folgende weitere Vertragsklauseln der „Nutzungsbestimmungen Mobile Value Added Services“ sind ebenfalls erwähnenswert: Die Beschwerdeführerin zieht nicht einen vom Mehrwertdiensteanbieter vorgegebenen Betrag ein, sondern sie erstellt die Rechnung aufgrund ihrer Aufzeichnungen, die auch dann als richtig gilt, wenn der Mehrwertdiensteanbieter Einwände gegen die Rechnung erhebt, die technischen Abklärungen der Beschwerdeführerin aber keine Anhaltspunkte für Fehler ergeben (vgl. Ziff. 6.1). Die Beschwerdeführerin hat nicht nur das Recht, den Kunden den Zugang zu den Diensten der Mehrwertdiensteanbieter zu sperren (vgl. auch die Ermächtigung in Art. 38 Abs. 4 FDV), sondern auch der Mehrwertdiensteanbieter muss den Kunden auf Wunsch der Beschwerdeführerin sperren (vgl. Ziff. 7.2). Es steht auch im Ermessen der Beschwerdeführerin, das Inkasso für die Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten gegenüber einem nicht zahlenden Kunden selber geltend zu machen oder das Inkasso unter Verrechnung ihres Ertragsanteils an den Mehrwertdiensteanbieter abzutreten (vgl. Ziff. 6.5 Abs. 2). Damit einher geht die von der Beschwerdeführerin mit den Kunden in den AGB für Mobilfunkdienste vereinbarte Möglichkeit der Weiterleitung der Daten des Kunden an einen Mehrwertdiensteanbieter, damit dieser seine Forderung im Bedarfsfall belegen kann (vgl. Ziff. 4).

Insgesamt beschränkt sich der Zweck der Beschwerdeführerin nicht wie beim Zentralregulierer im angeführten Entscheid auf den guten Ablauf und

die Vereinfachung der Bezahlung an den Warenlieferanten oder Dienstleistungsbezüger, sondern geht erheblich darüber hinaus (vgl. auch E. 6.1.1 und 6.1.2).

6.3 Damit ist die vorinstanzliche Würdigung nicht zu beanstanden, wonach die Abrechnung der Mehrwertdienste nicht den im FINMA-RS 2011/1 aufgeführten Kriterien einer Inkassotätigkeit i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Bst. a Ziff. 2 GwV entspricht. Von einer ausnahmsweisen Nichtanwendung des GwG ist daher richtigerweise abgesehen worden.

7.

Die Beschwerdeführerin bestreitet die Ausführungen der Vorinstanz zu Recht nicht, wonach in Bezug auf die GwG-Unterstellungspflicht die Ausnahme der Übertragung von Vermögenswerten als akzessorische Nebenleistung zu einer Hauptleistung nicht zum Tragen komme (Art. 2 Abs. 2 Bst. a Ziff. 3 GwV). Soweit nämlich physische Produkte bzw. Warenbezüge oder Dienstleistungen ohne Bezug zur Telekommunikation, wie beispielsweise der Nachtzuschlag des ZVV, betroffen sind, ist ein enger sachlicher Zusammenhang zur Hauptvertragsleistung der Beschwerdeführerin, d.h. zu Telekommunikationsdienstleistungen, zu verneinen (vgl. FINMA-RS 2011/1 Rz. 13 ff., insbesondere Rz. 17). Der Kauf des ZVV-Nachtzuschlags unterscheidet sich insoweit also von digitalen Inhalten (z.B. E-Newspaper oder Video on Demand), die über das Telekommunikationsnetz auf elektronischen Kommunikationsgeräten verbraucht werden, für welche die Akzessorietät und die Nichtanwendung des GwG gemäss Auffassung der Parteien zu bejahen wären.

Zudem beanstandet die Beschwerdeführerin den Inhalt der Anordnungen in Dispositiv-Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung – wie bereits erwähnt – nicht. Weiterungen dazu erübrigen sich daher.

8.

Zusammenfassend ist die Auffassung der Vorinstanz nicht zu beanstanden, wonach das Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachtzuschlagtickets des ZVV einem Zahlungssystem gemäss FINMA-RS 2011/1 Rz. 65 entspricht und keine Inkassotätigkeit darstellt. Die Vorinstanz hat die wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt. Die Anforderungen an das Betreiben eines Zahlungssystems gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. b GwV sind somit erfüllt. Es handelt sich beim Abrechnungsverfahren der Beschwerdeführerin für Nachtzuschlagtickets des ZVV per SMS, soweit den Kunden die

Kosten für die an ZVV-Automaten bezogenen Nachtzuschlagtickets nachträglich in Rechnung gestellt werden, um eine Dienstleistung für den Zahlungsverkehr, die dem GwG untersteht (Art. 2 Abs. 3 GwG).

Insgesamt erweist sich die Beschwerde sowohl im Aufhebungsbegehren als auch im Feststellungsbegehren als unbegründet und ist abzuweisen.

Der Vorbehalt der Beschwerdeführerin, zur Eingabe der Vorinstanz vom 28. April 2017 betreffend vorsorgliche Massnahmen Stellung zu nehmen, ist mit vorliegendem Hauptentscheid in der Hauptsache hinfällig geworden (vgl. E. F.f). Ebenso ist ihr Gesuch um Sistierung des Verfahrens um Erlass von vorsorglichen Massnahmen hinfällig geworden, nachdem auf das Beschwerdeverfahren B-2534/2017 nicht eingetreten wurde (vgl. E. F.f und F.i).

9.

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE; SR 173.320]). Diese werden auf Fr. 5'000.– festgesetzt und der in gleicher Höhe geleistete Kostenvorschuss wird zu deren Bezahlung verwendet. Der unterliegenden Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 5'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Francesco Brentani

Diego Haunreiter

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 30. April 2018