



Erweiterter Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes für Dienstleister im DLT-Bereich

ANDREAS GLARNER*



ROMEDI GANZONI**



SEBASTIAN HEPP***

Im Jahr 2021 trat Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV in Kraft, welcher die Anwendbarkeit des GwG auf gewisse Dienstleister im DLT-Bereich regelt. Neu gilt als Finanzintermediär, wer «hilft, virtuelle Währungen an eine Drittperson zu übertragen, sofern er mit der Vertragspartei eine dauernde Geschäftsbeziehung unterhält», auch wenn er keine Verfügungsmacht über die virtuellen Währungen hat. Der vorliegende Aufsatz zeigt auf, dass die Einführung dieses neuen Unterstellungsmerkmals auf Verordnungsstufe aus verfassungsrechtlicher Sicht problematisch ist. Zudem wird dargelegt, unter welchen Voraussetzungen Dienstleister im DLT-Bereich unter die neue Bestimmung fallen, als Finanzintermediäre zu qualifizieren sind und die damit verbundenen GwG-Pflichten einzuhalten haben.

L'art. 4 al. 1 let. b OBA, qui régleme l'application de la LBA à certains prestataires de service du secteur TRD, est entré en vigueur en 2021. Est désormais considéré comme intermédiaire financier quiconque « aide à transférer des monnaies virtuelles à un tiers pour autant qu'il entretienne une relation d'affaires durable avec le cocontractant », même s'il n'a pas de pouvoir de disposition sur ces monnaies virtuelles. La présente contribution montre que l'introduction de ce nouveau critère au niveau de l'ordonnance est problématique d'un point de vue du droit constitutionnel. Elle expose en outre les conditions sous lesquelles les prestataires de services du secteur TRD tombent sous le coup de la nouvelle disposition, sont à qualifier d'intermédiaires financiers et sont soumis aux obligations de la LBA qui en découlent.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Legalitätsprinzip
 - A. Materieller Gesetzesvorbehalt
 - B. Wichtige rechtsetzende Bestimmungen
 1. Grosser Adressatenkreis
 2. Starker Eingriff in die bisherige Rechtsstellung des Adressaten
 3. Erhebliche finanzielle Folgen für die Adressaten
 4. Zwischenfazit
 - C. Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive
 1. Geldwäschereiverordnung als Vollzugsverordnung
 2. Rechtsetzungsbefugnisse des Bundesrates in der Geldwäschereigesetzgebung
- III. Geltungsbereich von Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV
 - A. Virtuelle Währungen
 - B. Tatbestandsvariante I: Hilfe bei der Übertragung von virtuellen Währungen mit Verfügungsmacht

- C. Tatbestandsvariante II: Hilfe bei der Übertragung von virtuellen Währungen ohne Verfügungsmacht
 1. Hilfe bei der Übertragung
 2. Dauernde Geschäftsbeziehung
- D. Erbringung der Dienstleistung nicht ausschliesslich gegenüber angemessen beaufsichtigten Finanzintermediären
- E. Berufsmässigkeit
- IV. Fazit

I. Einleitung

Am 1. August 2021 ist Art. 4 Abs. 1 lit. b Geldwäschereiverordnung («GwV»¹) in Kraft getreten, mit welchem der Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes hinsichtlich Dienstleistungen im Zusammenhang mit virtuellen Währungen substanziell erweitert wurde. Nach der neuen Bestimmung gilt neu auch als Finanzintermediär im Sinne

* ANDREAS GLARNER, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, MME Legal AG, Zürich.

** ROMEDI GANZONI, MLaw, Rechtsanwalt, MME Legal AG, Zürich.

*** SEBASTIAN HEPP, MLaw, Rechtsanwalt, MME Legal AG, Zürich.

¹ Verordnung vom 11. November 2015 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereiverordnung, GwV; SR 955.01).

der Geldwäschereiverordnung, wer *«hilft, virtuelle Währungen an eine Drittperson zu übertragen, sofern er mit der Vertragspartei eine dauernde Geschäftsbeziehung unterhält oder sofern er für die Vertragspartei Verfügungsmacht über virtuelle Währungen ausübt, und er die Dienstleistung nicht ausschliesslich gegenüber angemessenen beaufsichtigten Finanzintermediären erbringt»*, und wird neu dem Geldwäschereigesetz («GwG»²) unterstellt (Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV).

Grundsätzlich erstaunt die Einführung der Verordnungsbestimmung mit dem erweiterten Geltungsbereich zu diesem Zeitpunkt, da der Bundesrat noch im Jahr 2018 eine Revision des GwG mit Blick auf kryptobasierte Vermögenswerte als nicht notwendig erachtete. Damals kam der Bundesrat zum Schluss, dass der Geltungsbereich des GwG im internationalen Vergleich umfassend sei und es sich bei den potenziellen Risiken einzelner noch nicht unterstellter Aktivitäten um eine äusserst international geprägte Problematik handle, die nur international effektiv angegangen werden könne und solle.³ Allerdings hielt er damals fest, dass die Unterstellung einzelner Tätigkeiten durch eine explizite Erwähnung in der GwV klarer festgehalten werden könnte.⁴ Mit der Einführung der neuen Bestimmung in der GwV ist der Bundesrat diesem Vorhaben nachgekommen, wobei – darauf wird nachfolgend im Detail eingegangen – die neue Bestimmung bedauerlicherweise wenig Klarheit und dafür eine Vielzahl ungeklärter Fragen mit sich gebracht hat. Es stellt sich zudem die Frage, ob der Bundesrat mit der Einführung eines neuen Unterstellungsmerkmals nicht über das Ziel hinausgeschossen ist. So handelt es sich bei der neu eingeführten Verordnungsbestimmung nicht bloss um eine Konkretisierung von bereits unterstellungspflichtigen Tätigkeiten durch explizite Erwähnung in der GwV, sondern vielmehr um eine gänzlich neue Unterstellung von bisher nicht regulierten Dienstleistern im DLT⁵-Bereich.

Den durch die neue Bestimmung aufgeworfenen Fragen geht der vorliegende Aufsatz nach. Es wird zunächst analysiert, ob überhaupt eine genügende gesetzliche Grundlage für die Einführung der neuen Bestimmung auf dem Verordnungsweg bestand (vgl. unten Ziff. II.), und anschliessend wird der erweiterte Geltungsbereich der

Geldwäschereigesetzgebung durch die neu eingeführte Bestimmung erläutert (vgl. unten Ziff. III.).

II. Legalitätsprinzip

A. Materieller Gesetzesvorbehalt

Art. 164 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft («BV»⁶) bezweckt, dass die rechtsetzenden Bestimmungen in den für die Rechtsunterworfenen zentralen Belangen in einem Gesetz im formellen Sinne geregelt werden und kein wichtiger Regelungsgegenstand den direkt-demokratischen Einwirkungsmöglichkeiten entzogen wird. Demnach darf der Gesetzgeber die Regelung wichtiger Fragen nicht auf andere Instanzen übertragen (sog. Delegationsverbot) und wichtige Rechtsnormen sind in die Form eines Gesetzes (im formellen Sinn) zu giessen.⁷ Das Legalitätsprinzip verlangt eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze zur Sicherung des Gesetzesvorbehalts, der Rechtssicherheit und der rechtsgleichen Rechtsanwendung.⁸

Im Hinblick auf die Einführung von Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV ist zu prüfen, ob der Bundesrat die neue Verordnungsbestimmung im Rahmen der Revision der GwV einführen durfte oder ob die Bestimmung eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des GwG mit sich bringt, welche in einem formellen Gesetz hätte geregelt werden müssen.

Dabei ist zunächst festzuhalten, dass die neue Verordnungsbestimmung grundsätzlich zwei verschiedene Tatbestandsvarianten für die Unterstellung von Dienstleistern im DLT-Bereich beinhaltet:

- Hilfe bei der Übertragung von virtuellen Währungen *mit* Verfügungsmacht («Tatbestandsvariante I»); und
- Hilfe bei der Übertragung von virtuellen Währungen *ohne* Verfügungsmacht («Tatbestandsvariante II»).

Keine Neukonzeption ist dabei die Tatbestandsvariante I, d.h. die Hilfe bei der Übertragung von virtuellen Währungen durch einen Finanzintermediär, welcher ganz oder teilweise Verfügungsmacht über die entsprechenden Vermögenswerte hat. Die Verfügungsmacht war vor der Gesetzesrevision nach dem Konzept des GwG sowie gemäss FINMA-Praxis das relevante Kriterium für die Qualifika-

² Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz, GwG; SR 955.0).

³ Bundesrat, Rechtliche Grundlagen für Distributed Ledger-Technologie und Blockchain in der Schweiz, Eine Auslegeordnung mit Fokus auf dem Finanzsektor, Bericht des Bundesrates vom 14. Dezember 2018, 153 (zit. DLT-Bericht).

⁴ DLT-Bericht (FN 3), 149.

⁵ Distributed-Ledger-Technologie.

⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

⁷ BGE 136 I 316 E. 2.4.1; GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, 2. A., Zürich 2017, Art. 164 BV N 3.

⁸ BGE 139 II 243 E. 10.

tion als Finanzintermediation und GwG-Unterstellung.⁹ Entsprechend wurde die Hilfeleistung bei der Übertragung von Vermögenswerten mit (teilweiser oder vollständiger) Verfügungsmacht unter den Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 lit. d GwV (Geld- oder Wertübertragungsgeschäft) subsumiert. Die Tatbestandsvariante I stellt dies klar, womit das Legalitätsprinzip nicht tangiert wird.

Folglich fokussieren sich nachfolgende Ausführungen auf Tatbestandsvariante II. Diese bricht mit dem bis zur Einführung von Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV geltenden Grundsatz, dass ein Zahlungsdienstleister dann dem GwG unterstellt ist, wenn ihm für seine Vermögensübertragungstätigkeit Verfügungsmacht (und -Befugnis) über Vermögenswerte Dritter eingeräumt wird. Dadurch wird das Legalitätsprinzip tangiert.

Nachfolgend wird untersucht, ob für die Einführung des neuen Unterstellungsmerkmals eine gesetzliche Grundlage erforderlich gewesen wäre.

B. Wichtige rechtsetzende Bestimmungen

Das Bundesverordnungsrecht muss gemäss dem Stufenbau der Rechtsordnung sowie dem Rechtsstaatsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 1 BV das übergeordnete Recht einhalten.¹⁰ So sind gemäss Art. 164 Abs. 1 BV alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form eines Bundesgesetzes zu erlassen. Wurde eine wichtige rechtsetzende Bestimmung in verfassungswidriger Weise in einer Verordnung eingeführt, so ist diese Regelung grundsätzlich gültig, deren Anwendung kann aber im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle angefochten werden.¹¹ Im Hinblick auf eine allfällige Verletzung des Legalitätsprinzips ist somit zu klären, ob die neue Verordnungsbestimmung i.S.v. Art. 164 Abs. 1 BV als wichtig zu qualifizieren ist.

Das Kriterium der Wichtigkeit ist gemäss Art. 164 Abs. 1 Satz 1 BV entscheidend für die Frage, welche Bestimmungen zwingend in einem Bundesgesetz geregelt werden müssen. In der Verfassung findet sich keine allgemeine, abstrakte Vorschrift, nach welchen Gesichtspunkten Wichtiges von Unwichtigem zu unterscheiden ist. Stattdessen zählt Art. 164 Abs. 1 BV exemplarisch verschiedene Regelungsmaterien auf, die mindestens als wichtig zu gelten haben.¹² Dazu gehören z.B. grundlegen-

de Bestimmungen über die Einschränkung verfassungsmässiger Rechte oder die Rechte und Pflichten von Personen.¹³

Eine wichtige rechtsetzende Bestimmung liegt dann vor und die Normstufe eines formellen Gesetzes ist dann erforderlich, wenn die zu treffende Regelung:

- einen grossen Adressatenkreis oder eine grosse Zahl von Lebenssachverhalten betrifft;
- stark in die bisherige Rechtsstellung des Adressaten eingreift;
- erhebliche finanzielle Folgen nach sich zieht.

Die Kriterien müssen nicht kumulativ erfüllt sein. Die Wichtigkeit einer Regelung kann sich bereits aufgrund einzelner dieser Kriterien ergeben.¹⁴

In Bezug auf die in Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV beabsichtigte Erweiterung des Anwendungsbereichs des GwG kann Folgendes festgehalten werden:

1. Grosser Adressatenkreis

Vor der Revision war eine GwG-Unterstellung nur dann anzunehmen, wenn Verfügungsmacht über fremde Vermögenswerte bejaht werden konnte.¹⁵ War dies nicht der Fall, fand das GwG keine Anwendung. Aufgrund der neuen Bestimmung in Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV unterstehen neu auch Dienstleister im DLT-Bereich dem GwG, die keine Verfügungsmacht über fremde Vermögenswerte haben.

Auf den ersten Blick und bei einer extensiven Auslegung von Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV könnte das GwG folglich neuerdings immer dann Anwendung finden, wenn virtuelle Währungen über eine technische Infrastruktur (z.B. einen Smart Contract¹⁶) eines Dienstleisters über-

Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-Verfasser).

¹³ BSK BV-WYTTENBACH/WYSS (FN 12), Art. 164 N 27.

¹⁴ PIERRE TSCHANNEN, Art. 164 BV N 7, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar, 3. A., St. Gallen 2014.

¹⁵ DLT-Bericht (FN 3), 145, 149 f.; Bericht des Bundesrates vom 25. Juni 2014 zu virtuellen Währungen in Beantwortung der Postulate Schwaab (13.3687) und Weibel (13.4070), 15 f. (zit. Virtuelle Währungen); Eidgenössische Finanzmarktaufsicht («FINMA»), Wegleitung für Unterstellungsanfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs) vom 16. Februar 2018, 2 ff. (zit. FINMA-Wegleitung ICO 2018).

¹⁶ Ein Smart Contract ist ein auf der Technologie der Blockchain basierendes Computerprogramm, das automatisch abläuft, sobald gewisse Bedingungen erfüllt sind, das dezentral aufgebaut ist und das durch kryptographische Mittel gesichert ist; CHRISTOPH MÜLLER, Die *Smart Contracts* aus Sicht des Schweizerischen Obligationenrechts, ZBJV 2019, 330 ff., 331 f.

⁹ DLT-Bericht (FN 3), 146 f.

¹⁰ ARTHUR BRUNNER/MARCO ZOLLINGER, Die richterliche Überprüfung von Rechtsverordnungen, LeGes 32 (2021) 2, N 6.

¹¹ BRUNNER/ZOLLINGER (FN 10), N 12 ff.

¹² BSK BV-WYTTENBACH/WYSS, Art. 164 BV N 8, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung,

tragen werden (z.B. dezentrale Handelsplattformen, Liquidity Pools, Lending-Plattformen usw.) und dabei eine dauernde Geschäftsbeziehung besteht.

Praktisch sämtliche Dienstleister im DLT-Bereich bieten ihre Dienstleistungen über Smart-Contract-Infrastrukturen an, welche auf einer Blockchain basieren. Zahlreiche davon haben eine dauernde Geschäftsbeziehung zu ihren Kunden, im Rahmen derer virtuelle Währungen übertragen werden. Aus diesem Grund betrifft die neue Unterstellungspflicht einen sehr grossen Teil der Dienstleister im DLT-Bereich und die neue Verordnungsbestimmung erfasst bei einer weiten Auslegung – zumindest grundsätzlich – einen sehr grossen Adressatenkreis.¹⁷

2. Starker Eingriff in die bisherige Rechtsstellung des Adressaten

Neu dem GwG-Unterstellte dürfen ihre Dienstleistungen nicht weiter anbieten, sofern sie sich nicht einer SRO¹⁸ anschliessen und die Sorgfaltspflichten im GwG erfüllen (vgl. Art. 3 ff. GwG). Diese Dienstleister unterstanden vor der Revision der Verordnung u.U. keiner Regulierung und mussten die Pflichten im GwG bei der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht einhalten.

Dadurch, dass der Bundesrat auf dem Verordnungsweg ein neues Unterstellungsmerkmal für das GwG eingeführt hat, welches neben der Verfügungsmacht anderweitige Dienstleistungsformen erfasst, wird in die bisherige Rechtsstellung der bis anhin nicht unterstellten Dienstleistern im DLT-Bereich stark eingegriffen.

3. Erhebliche finanzielle Folgen für die Adressaten

Neu unterstellte Dienstleister im DLT-Bereich müssen die GwG-Pflichten einhalten und sich u.a. einer SRO anschliessen, einen Compliance Officer benennen und weitere Sorgfalt- und Dokumentationspflichten einhalten (z.B. Identifizierung der Vertragspartei, Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten, Transaktionsmonitoring usw.). Die damit verbundenen Kosten für die betroffenen Dienstleister sind erheblich.

Demnach dürfen auch die erheblichen finanziellen Folgen für die neu unterstellten Dienstleister im DLT-Bereich ohne Weiteres zu bejahen sein.

4. Zwischenfazit

Im Sinne einer Gesamtbetrachtung ist die Erweiterung des GwG durch die Ergänzung von Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV aus verfassungsrechtlicher Sicht problematisch, da die Bestimmung – wie aufgezeigt wurde – erhebliche Auswirkungen auf die DLT-Branche sowie die einzelnen Dienstleister hat und mithin eine wichtige Regelung i.S.v. Art. 164 BV darstellt. Nach der hier vertretenen Auffassung – und in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre¹⁹ – ist die Auswirkung des neuen Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV zu weitreichend, als dass dessen Einführung auf dem Verordnungsweg mit dem Legalitätsprinzip vereinbar ist. Die mit der Bestimmung einhergehende Erweiterung des Geltungsbereiches des GwG hätte aus verfassungsrechtlicher Sicht grundsätzlich im Rahmen einer Anpassung des GwG eingeführt werden müssen.

Entsprechend verletzt Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV das Legalitätsprinzip, da es sich nach der hier vertretenen Auffassung hierbei um eine wichtige rechtsetzende Bestimmung i.S.v. Art. 164 Abs. 1 BV handelt. Damit verstösst die Verordnungsbestimmung gegen übergeordnetes Recht und kann im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle angefochten werden.

C. Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive

Sofern die Ansicht vertreten wird, dass es sich bei Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV nicht um eine wichtige rechtsetzende Bestimmung im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV handelt, so hätte die Rechtsetzungsbefugnis zur Einführung eines neuen Unterstellungsmerkmals in der GwV grundsätzlich durch eine Delegationsnorm an den Bundesrat übertragen werden können (vgl. Art. 164 Abs. 2 BV).²⁰

¹⁷ Wie nachfolgend aufgezeigt wird, ist der tatsächliche Anwendungsbereich der Bestimmung wesentlich kleiner (vgl. unten Ziff. III. ff.). Allerdings muss sich der Ordnungsgeber vor Einführung der Bestimmung fragen, wie gross der Adressatenkreis sein wird, und kann sich nicht darauf verlassen, dass der Adressatenkreis im Rahmen der Anwendung in der Praxis kleiner sein wird.

¹⁸ Selbstregulierungsorganisation; vgl. Art. 14 Abs. 1 GwG.

¹⁹ Die zum Thema publizierte Literatur ist derzeit noch überschaubar. Doch THOMAS NAGEL, Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr unter dem Geldwäschereigesetz, GesKR 2023, 72 ff., 76 f.; BSK GwG-BACHELARD/HESS, Art. 2 Abs. 3 lit. b N 15, in: Peter Ch. Hsu/Daniel Flühmann (Hrsg.), Geldwäschereigesetz, Basler Kommentar, Basel 2021 (zit. BSK GwG-Verfasser), sind der Auffassung, dass durch die Einführung der Norm das Legalitätsprinzip verletzt worden sei; a.M. THOMAS JUTZI/ANDRI ABBÜHL, Fintech und DLT, Privat- und finanzmarktrechtliche Grundlagen in der Schweiz, Bern 2023, N 727 und N 1150.

²⁰ Für wichtige rechtsetzende Bestimmungen im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV besteht ein Delegationsverbot und die Rechtsetzungsbefugnis

1. Geldwäschereiverordnung als Vollzugsverordnung

Für eine rechtmässige Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive ist vorab zwischen zwei Verordnungsformen zu unterscheiden:

- *Vollzugsverordnung*: Vollzugsverordnungen verdeutlichen den Inhalt des Gesetzes und sollen eine sichere und gleiche Gesetzesanwendung gewährleisten. Sie haben keine Gesetzesfunktion (z.B. Verkehrsregelnverordnung²¹), können aber das Gesetz vervollständigen, ergänzen, konkretisieren, verdeutlichen, Begriffe definieren und Lücken füllen; sie dürfen indessen das Gesetz weder aufheben noch abändern und auch nicht die Rechte der Betroffenen einschränken oder ihnen neue Pflichten auferlegen.²² Grundsätzlich kann sich der Bundesrat für den Erlass einer Vollzugsverordnung direkt auf die Verfassung stützen, ohne dass eine explizite Grundlage auf Gesetzesstufe erforderlich wäre (Art. 182 Abs. 2 BV).
- *Gesetzesvertretende Verordnung*: Gesetzesvertretende Verordnungen sollen das Gesetz ergänzen, wenn der Gesetzgeber z.B. eine bestimmte Frage bewusst nicht geregelt hat und der Exekutive die dafür erforderlichen Rechtsetzungsbefugnisse übertragen wurden. Gemäss Art. 164 Abs. 2 BV können Rechtsetzungsbefugnisse durch Bundesgesetz übertragen werden, soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird, wie dies etwa für wichtige rechtsetzende Bestimmungen der Fall ist (vgl. oben Ziff. II.B.).²³ Von Art. 164 Abs. 2 BV erfasst ist die Übertragung an Bundesbehörden, i.d.R. den Bundesrat oder nachgeordnete Verwaltungseinheiten wie die Departemente.²⁴ Möchte der Gesetzgeber dem Bundesrat die Kompetenz einräumen, im Rahmen von gesetzesvertretenden Verordnungen selbst Recht zu setzen, bedarf es einer entsprechenden Delegationsnorm im Gesetz (vgl. Art. 164 Abs. 2 BV), worin der Bundesrat zum Erlass von Rechtssätzen ermächtigt wird, soweit der Gesetzgeber einen spezifischen Regelungsbereich bewusst

offengelassen hat.²⁵ Das Bundesgericht betonte, dass es zur Übertragung der Rechtsetzungsbefugnis an den Verordnungsgeber jedenfalls einer besonderen Delegationsnorm im Bundesgesetz bedürfe, welche den Gegenstand der Regelung bezeichne.²⁶ Grundsätzlich muss sich die Delegation auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränken (die Exekutive hat nur in einem Detailbereich Gesetzgebungskompetenz) und die Delegationsnorm muss den Umfang (Inhalt, Zweck, Ausmass) der Delegation begrenzen.²⁷

Gemäss Art. 41 Abs. 1 GwG erlässt der Bundesrat die zur Umsetzung des GwG notwendigen Bestimmungen. Aufgrund von Art. 182 Abs. 2 BV wäre die spezielle Ermächtigung in Art. 41 Abs. 1 GwG für den Vollzug des GwG grundsätzlich nicht erforderlich gewesen, weshalb Art. 41 Abs. 1 GwG in diesem Zusammenhang lediglich eine deklaratorische Bedeutung zukommt.²⁸ Hingegen ist eine ausdrückliche Delegationsbestimmung erforderlich, wenn der Bundesrat gesetzesvertretende Bestimmungen in die GwV einführen möchte, die die Rechte der Betroffenen einschränken oder ihnen neue Pflichten auferlegen.

Bei der Frage, ob es sich bei der GwV um eine reine Vollzugsverordnung oder um eine Kombination von Vollzugs- und gesetzesvertretender Verordnung handelt, gehen die Lehrmeinungen auseinander. PEYER geht davon aus, dass der Bundesrat neben reinen Vollzugsbestimmungen auch gesetzesvertretende Regelungen in der GwV erlassen kann, und begründet dies vor allem mit dem sehr weiten Wortlaut von Art. 41 Abs. 1 GwG und der Ausgestaltung des GwG als Rahmengesetz (so auch BANGERTER/ZIMMERMANN²⁹).³⁰ Hingegen vertreten ZYSSET und NAGEL zu Recht die Ansicht, dass es sich bei der GwV um eine reine Vollzugsverordnung handelt.³¹ Bereits der Wortlaut von Art. 41 Abs. 1 GwG hält unmissverständlich fest, dass der Bundesrat die zur Umsetzung der notwendigen Bestimmungen, also für den Gesetzesvollzug, erlassen soll (so trägt auch die Überschrift des Artikels richtigerweise den Titel «Vollzug»). Ausserdem sieht Art. 8a Abs. 5 GwG

fugnis hierfür kann demnach nicht an andere Instanzen übertragen werden; vgl. BIAGGINI (FN 7), Art. 164 N 3.

²¹ Verkehrsregelnverordnung vom 13. November 1962 (VRV; SR 741.11).

²² PIERRE TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER/MARKUS KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Bern 2022, 116 ff.; HANS GEORG NUSSBAUM, Rahmenbedingungen der Verordnungsgebung: Rechtliche Grundlagen und Funktionen von Verordnungen, LeGes 14 (2003) 1, 9 ff.; BRUNNER/ZOLLINGER (FN 10), N 4 f.

²³ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (FN 22), 117 ff.

²⁴ BSK BV-WYTTENBACH/WYSS (FN 12), Art. 164 N 39.

²⁵ BSK GwG-PEYER (FN 19), Art. 41 N 10.

²⁶ BGE 133 II 331 E. 7.2.2.

²⁷ BIAGGINI (FN 7), Art. 164 N 13 f.; BSK BV-WYTTENBACH/WYSS (FN 12), Art. 164 N 53; ein gutes Beispiel zur Veranschaulichung von Delegationsnormen in einem Gesetz ist das Lebensmittelgesetz (LMG; SR 817.0). Das zweite Kapitel des LMG enthält nicht weniger als 12 Delegationsnormen an den Bundesrat.

²⁸ BSK GwG-PEYER (FN 19), Art. 41 N 9.

²⁹ SIMON BANGERTER/DANIEL ZIMMERMANN, Datenschutz für Finanzintermediäre?, digma 2003, 172 ff., 173 f.

³⁰ BSK GwG-PEYER (FN 19), Art. 41 N 11.

³¹ PASCAL ZYSSET/THOMAS NAGEL, Der räumliche Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes, GesKR 2018, 140 ff., 144.

explizit eine Delegationsnorm für den Bundesrat vor, um die Pflichten für Händler auf Verordnungsebene zu konkretisieren. Eine allgemeine Rechtsetzungsbefugnis des Bundesrates gestützt auf Art. 41 Abs. 1 GwG anzunehmen, würde die Delegationsnorm in Art. 8a Abs. 5 GwG redundant machen. Dies kann u.E. nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. Demnach ist davon auszugehen, dass der Bundesrat in der GwV grundsätzlich nur gesetzesvollziehende Bestimmungen einführen kann und die Einführung von gesetzesvertretenden Bestimmungen durch den Bundesrat somit eine explizite Delegationsnorm im GwG voraussetzt.

2. Rechtsetzungsbefugnisse des Bundesrates in der Geldwäschereigesetzgebung

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind bei der Geldwäschereibekämpfung auf Verordnungsstufe grundsätzlich technische Präzisierungen zur Sicherstellung eines national oder international anerkannten Minimalstandards durch den Bundesrat zulässig. Indessen ist für weitergehende Änderungen und die Einführung grundlegend neuer Pflichten eine konkrete Delegationsnorm im GwG oder eine Anpassung des GwG erforderlich.³² Wie bereits erwähnt wurde, enthält z.B. Art. 8a Abs. 5 GwG eine konkrete Delegationsnorm, welche den Bundesrat ausdrücklich zur Einführung von Sorgfaltspflichten von Händlern auf Verordnungsstufe ermächtigt (vgl. Art. 17 ff. GwV).

Gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b 1. Halbsatz GwV stützt sich die Verordnungsbestimmung auf die Generalklausel von Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG, welche Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr regelt. Art. 2 Abs. 3 GwG enthält jedoch keine Delegationsnorm für den Bundesrat, ein neues Unterstellungsmerkmal für Dienstleister im Zahlungsverkehr einzuführen.³³ Dem Bundesrat werden in Art. 2 Abs. 3 GwG insbesondere keine Rechtsetzungsbefugnisse übertragen, den Geltungsbereich des GwG für Dienstleister zu erweitern, die Dienstleistungen im Zahlungsverkehr anbieten. Im Speziellen kann aus dem Wort «insbesondere» in Art. 2 Abs. 3 GwG keine Delegationsnorm abgeleitet werden. Wie bereits unter Ziff. II.C.1. oben ausgeführt wurde, muss die Delegationsnorm im formellen Gesetz den Umfang der Delegation genau bezeichnen und begrenzen.

Unseres Erachtens ist der Bundesrat gemäss Art. 41 Abs. 1 GwG dazu ermächtigt, ausschliesslich gesetzesvollziehende Bestimmungen in die GwV einzuführen. Mit

der Einführung eines Finanzintermediärs ohne Intermediärsrolle, d.h. ohne Kontrolle über Vermögenswerte Dritter, unterstellt Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV neu einen grösseren Adressatenkreis dem GwG. Dies verbunden mit sämtlichen mit diesem Rechtsstatus einhergehenden Pflichten (Sorgfalts-, Dokumentations- sowie Meldepflichten, SRO-Anschluss usw.). Eine solche Erweiterung des Geltungsbereichs der Geldwäschereigesetzgebung geht klarerweise über eine rein gesetzesvollziehende Bestimmung hinaus. Gemäss der vorliegend und von der herrschenden Lehre vertretenen Auffassung hat der Bundesrat mit der Einführung eines neuen Unterstellungsmerkmals in der GwV seine Rechtsetzungsbefugnisse gemäss GwG überschritten. Dies, indem er mit Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV eine gesetzesvertretende Bestimmung eingeführt hat, ohne dass er sich hierbei auf eine Delegationsnorm im GwG stützen konnte.

Zusammenfassend wurde u.E. mit der Einführung eines neuen Unterstellungsmerkmals auf Verordnungsstufe das Prinzip der Gewaltenteilung verletzt und der Bundesrat hat die Bestimmung eingeführt, ohne dass dafür eine Grundlage in einem formellen Gesetz bestanden hätte. Folglich verstösst die Verordnungsbestimmung gegen übergeordnetes Recht und kann im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle angefochten werden.

III. Geltungsbereich von Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV

Geht man entgegen der hier vertretenen Ansicht davon aus, dass mit der Unterstellung der Hilfestellung bei der Übertragung von virtuellen Vermögenswerten *ohne Verfügungsmacht* unter das GwG (Tatbestandsvariante II von Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV) das Legalitätsprinzip nicht verletzt wurde, so stellt sich die Frage, wie diese auszulegen respektive anzuwenden ist.

Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV ist vor dem Hintergrund der Unterstellungspflicht von Zahlungsdienstleistern zu lesen. Gemäss Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG findet das GwG Anwendung auf natürliche und juristische Personen, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen oder zu übertragen. Darunter fallen insbesondere auch Personen, die Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr erbringen, namentlich das Vornehmen elektronischer Überweisungen für Dritte.³⁴ Als Zahlungsverkehr ist die Gesamtheit

³² BGE 143 II 162 E. 2 und 3.

³³ BGE 120 Ib 97 E. 4b/bb-dd; BSK GwG-BACHELARD/HESS (FN 19), Art. 2 Abs. 3 lit. b N 15.

³⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG.

von Zahlungsvorgängen zu verstehen, die Zahlungsmittel vom Absender an den Empfänger übertragen.³⁵

Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV soll als Spezialtatbestand den Geltungsbereich des GwG im Zusammenhang mit Dienstleistungen im Zahlungsverkehr durch die Hilfeleistung bei der Übertragung von virtuellen Währungen konkretisieren. Anzumerken ist an dieser Stelle, dass Dienstleistungen in Zusammenhang mit virtuellen Währungen auch unter andere GwG-Tatbestände fallen können, wie zum Beispiel die Geld- und Wertübertragung und das Wechselgeschäft, wo keine dauernde Geschäftsbeziehung vorausgesetzt wird. Nachfolgend soll aber auf die Voraussetzungen des Spezialtatbestandes von Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV näher eingegangen werden.

Wie bereits festgehalten,³⁶ beinhaltet die neue Verordnungsbestimmung grundsätzlich zwei verschiedene Tatbestandsvarianten: (i) Hilfe bei der Übertragung von virtuellen Währungen *mit* Verfügungsmacht («*Tatbestandsvariante I*») und (ii) Hilfe bei der Übertragung von virtuellen Währungen *ohne* Verfügungsmacht («*Tatbestandsvariante II*»). Beiden Tatbestandsvarianten gemeinsam ist, dass sich die Hilfeleistung auf virtuelle Währungen beziehen muss und dass eine GwG-Unterstellung nur erfolgt, sofern die finanzintermediäre Dienstleistung nicht ausschliesslich gegenüber angemessen beaufsichtigten Finanzintermediären erfolgt. Neben diesen Tatbestandselementen müssen für die GwG-Unterstellung auch die allgemeinen Voraussetzungen der Generalklausel gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG erfüllt sein (Berufsmässigkeit und Tätigkeit im Finanzsektor).³⁷

Im vorliegenden Aufsatz soll insbesondere der neue Regelungsbereich von Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV beleuchtet werden, weshalb im Nachfolgenden – nach Darlegung der gemeinsamen Voraussetzung «virtuelle Währungen» (unten Ziff. III.A.) – kurz auf die alte Rechtslage für Dienstleister im DLT-Bereich *mit* Verfügungsmacht über virtuelle Währungen (Tatbestandsvariante I; vgl. Ziff. III.B. unten) sowie darauffolgend ausführlich auf die Hilfe bei der Übertragung von virtuellen Währungen *ohne* Verfügungsmacht gemäss neuer Rechtslage eingegangen wird (Tatbestandsvariante II; vgl. unten Ziff. III.C.). Abschliessend werden der Vollständigkeit halber noch die zwei weiteren Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV erläutert (vgl. unten Ziff. III.D. und Ziff. III.E.), welche für die Tatbestandsvarianten I und II gleichermaßen gelten.

³⁵ BGer, 2C_488/2018, 12.3.2020, E. 4.3.

³⁶ Vgl. Ziff. II.A. unten.

³⁷ BSK GwG-BACHELARD/HESS (FN 19), Art. 2 Abs. 3 lit. b N 11.

A. Virtuelle Währungen

Im Geldwäschereirecht entsprechen virtuelle Währungen dem als Synonym verwendeten Begriff der Zahlungs-Token.³⁸ Zahlungs-Token werden tatsächlich oder nach der Absicht des Organizers oder Herausgebers als Zahlungsmittel für den Erwerb von Waren oder Dienstleistungen eingesetzt oder dienen der Geld- und Wertübertragung (Art. 4 Abs. 1^{bis} lit. c GwV). Virtuelle Währungen sind damit eine Art von kryptobasierten Vermögenswerten und zeichnen sich durch ihren Einsatz als Zahlungsmittel aus.³⁹ Im Einzelfall kann eine Unterstellungspflicht dann ausser Betracht fallen, wenn die Ausgabe der Token hauptsächlich den Zugang zu einer Nutzung der Blockchain für Zwecke ausserhalb des Finanzbereichs ermöglichen soll oder der Zahlungs-Token ausschliesslich gegenüber dem Herausgeber innerhalb eines geschlossenen Systems eingesetzt werden kann (Zwei-Parteien-Verhältnis).⁴⁰

Die weltweit bedeutendste virtuelle Währung in Bezug auf Verbreitung und Kapitalisierung ist der Bitcoin.⁴¹

B. Tatbestandsvariante I: Hilfe bei der Übertragung von virtuellen Währungen mit Verfügungsmacht

Die Verfügungsmacht war vor der Gesetzesrevision nach dem Konzept des GwG sowie gemäss FINMA-Praxis das entscheidende Kriterium für die Qualifikation als Finanzintermediär und GwG-Unterstellung.⁴² Die Verfügungsmacht ist im DLT-Bereich mit dem Zugriff auf die Private Keys⁴³ gleichzusetzen. Hatte ein Dienstleister keinen Zugriff auf Private Keys, so wurden die Verfügungsmacht sowie die Anwendung des GwG verneint.⁴⁴

³⁸ HANS KUHN, Taxonomie, in: Rolf H. Weber/Hans Kuhn (Hrsg.), *Entwicklungen im Schweizer Blockchain-Recht*, Basel 2021, 35 ff., 38.

³⁹ FINMA-Wegleitung ICO 2018 (FN 15), 2 ff.; Erläuterungen vom 18. Juni 2021 zur Verordnung des Bundesrates zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register, 23 (zit. Erläuterungen DLT).

⁴⁰ DLT-Bericht (FN 3), 89; NAGEL (FN 19), 78.

⁴¹ Virtuelle Währungen (FN 15), 8.

⁴² DLT-Bericht (FN 3), 146 f.

⁴³ Ein Private Key ist ein geheimer Zugangsschlüssel eines asymmetrischen Schlüsselpaars (neben dem Public Key) zur Signatur von Transaktionen auf der Blockchain; vgl. BARBARA ANITA MÖRI, *Blockchain und Datenschutz*, Jusletter IT vom 23. Mai 2019, 9.

⁴⁴ DLT-Bericht (FN 3), 146 f.; CORNELIA STENGEL/LUCA BIANCHI, *Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung*, in: Rolf H. Weber/Hans Kuhn (Hrsg.), *Entwicklungen im Schweizer Blockchain-Recht*, Basel 2021, 223 ff., N 21 f.

Zugriff auf die Private Keys und damit Verfügungsmacht wurden bereits vor der Gesetzesrevision für folgende Dienstleister im DLT-Bereich bejaht:

- *Crowdfunding-Plattformen*, die Investitionen in Unternehmen ermöglichen, falls dabei über die Plattformen Gelder (virtuelle Währungen) entgegengenommen und an die jeweiligen Gesellschaften weitergeleitet werden.⁴⁵
- *Geldübertragungsdienstleister*, die virtuelle Währungen entgegennehmen und in offiziellen Währungen bzw. in andere Zahlungsmittel auszahlen oder vice versa.⁴⁶
- *Custodian-Wallet⁴⁷-Anbieter*, die sämtliche⁴⁸ oder einen Teil⁴⁹ der Private Keys ihrer Kunden verwahren und das Senden und Empfangen von virtuellen Währungen ermöglichen.
- *Zentrale Handelsplattformen*, die virtuelle Währungen entgegennehmen und weiterleiten, wobei die Handelsplattformen Zugriff auf die Private Keys ihrer Kunden haben.⁵⁰

Welcher Grad an Unterstützung nötig ist, damit von einer Hilfe bei der Übertragung auszugehen ist, war im alten Recht nicht näher definiert und wurde auch in der Botschaft zur Einführung des GwG vom 17. Juni 1996 nicht näher ausgeführt.⁵¹

Gemäss Praxis der FINMA ist für die «Hilfe bei der Übertragung» im Sinne der Generalklausel nach Art. 2 Abs. 3 GwG ausschlaggebend, dass (i) *eine Vollmacht* vorliegt, wobei auch schon die Kollektivunterschrift als ausreichende Mitbestimmungsmöglichkeit angesehen

⁴⁵ SHK GwG-SCHÄREN, Art. 2 Abs. 3 N 105, in: Peter V. Kunz/Thomas Jutzi/Simon Schären (Hrsg.), Geldwäschereigesetz, Stämpflis Handkommentar, Bern 2017 (zit. SHK GwG-SCHÄREN).

⁴⁶ SHK GwG-SCHÄREN (FN 45), Art. 2 Abs. 3 N 112 f.

⁴⁷ Virtuelle Währungen werden i.d.R. in Wallets, einem digitalen Portemonnaie, gehalten. Mit solchen Softwares können virtuelle Währungen auf der Blockchain verwaltet und aufbewahrt werden. Der Nutzer hat die Möglichkeit, mittels Private Keys die ausschliessliche Kontrolle und Verantwortung über seine virtuellen Währungen zu behalten; BENEDIKT MAURENBRECHER/BENJAMIN LEISINGER, Decentralized Finance (Teil 1), SJZ 2022, 647 ff., 649; DANIEL RUTISHAUSER/RALF KUBLI/ROLF H. WEBER, Grundlagen, in: Rolf H. Weber/Hans Kuhn (Hrsg.), Entwicklungen im Schweizer Blockchain-Recht, Basel 2021, 17, N 28 f.

⁴⁸ DLT-Bericht (FN 3), 145 f.

⁴⁹ In Analogie zur Praxis der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei zu Art. 2 Abs. 3 GwG, Der Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes im Nichtbankensektor vom 29. Oktober 2008, N 11 (zit. Unterstellungskommentar).

⁵⁰ DLT-Bericht (FN 3), 146; Leitfaden der SBVg zur Eröffnung von Firmenkonti für DLT-Unternehmen, August 2019, 2. A., 15.

⁵¹ Botschaft vom 17. Juni 1996 zum GwG, BBl 1996 III 1101 ff., 1117 ff.

wird, und (ii) sich die *Eigentümerverhältnisse bzw. die Gläubigerstellung* ändert.⁵²

Die revidierte Geldwäschereiverordnung enthält keine weiteren Ausführungen dazu, wann von einer Hilfe bei der Übertragung von virtuellen Währungen auszugehen ist. Da es sich bei Tatbestandsvariante I nicht um eine neue Regelung, sondern lediglich um eine Konkretisierung sowie Legiferierung der bisher geltenden Rechtslage handelt, ist davon auszugehen, dass Dienstleister in folgenden Konstellationen unter die neue Tatbestandsvariante I fallen, sofern sich die Eigentümerverhältnisse bzw. die Gläubigerstellung ändert:

- Dienstleister hat alleinige Kontrolle über Private Keys (alleinige Verfügungsmacht des Dienstleisters).
- Dienstleister und Kunde haben beide einzeln Kontrolle über Private Keys (jeweils alleinige Verfügungsmacht des Dienstleisters und des Kunden).
- Dienstleister und Kunde haben nicht alleine, sondern nur gemeinsam Kontrolle über Private Keys (gemeinsame Verfügungsmacht).

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Tatbestandsvariante I der alten Rechtslage entspricht.

C. Tatbestandsvariante II: Hilfe bei der Übertragung von virtuellen Währungen ohne Verfügungsmacht

Mit der Tatbestandsvariante II wurde ein neues Unterstellungsmerkmal für Finanzintermediäre im DLT-Bereich eingeführt, welches zur Erfassung von neuen Geschäftsmodellen durch das GwG führt.

Nachfolgend werden die einzelnen Elemente von Tatbestandsvariante II gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV beleuchtet und ausgeführt, unter welchen Voraussetzungen u.E. eine Unterstellung unter das GwG erfolgt.

1. Hilfe bei der Übertragung

Wie ausgeführt (vgl. Ziff. III.B. oben), enthält die revidierte Geldwäschereiverordnung keine weiteren Ausführungen zur Frage, wann von einer Hilfe bei der Übertragung von virtuellen Währungen auszugehen ist. Der Begriff ist somit durch Auslegung zu konkretisieren.

⁵² Unterstellungskommentar (FN 49), N 12; OFK GwG-WYSS, Art. 2 Abs. 3 GwG N 27, in: Daniel Thelesklaf/Ralph Wyss/Mark van Thiel/Stiliano Ordolli (Hrsg.), GwG Kommentar, OFK, 3. A., Zürich 2019 (zit. OFK GwG-Verfasser); BSK GwG-GRETER (FN 19), Art. 2 Abs. 3 N 38.

In Bezug auf die «Übertragung» kann davon ausgegangen werden, dass es – gleich wie bei Tatbestandsvariante I – auch bei Tatbestandsvariante II erforderlich ist, dass sich die Eigentümerverhältnisse bzw. die Gläubigerstellung ändert.⁵³

Betreffend die geforderte «Hilfe» stellt sich die Frage, welcher Grad an Unterstützung notwendig ist, damit das Tatbestandsmerkmal erfüllt ist. Anders als bei Tatbestandsvariante I kann keine direkte Analogie zur bisherigen Rechtslage gezogen werden, da dort die Vollmacht (gleichzusetzen mit Verfügungsmacht) ausschlaggebend ist, welche in der Tatbestandsvariante II gerade nicht vorausgesetzt wird. Auch die Gesetzesmaterialien zum neuen Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV enthalten keine expliziten Ausführungen dazu, was unter Hilfe bei der Übertragung von virtuellen Währungen zu verstehen ist. In den Erläuterungen zur DLT-Verordnung wurden lediglich die unter Ziff. III.C.2.b. genannten Beispiele aufgeführt, auf welche Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV anwendbar bzw. nicht anwendbar ist, ohne das Unterstellungsmerkmal der Hilfe bei der Übertragung näher zu erläutern. Allgemein wurde festgehalten, dass bei der neuen Verordnungsbestimmung dann von einer finanzintermediären Tätigkeit auszugehen sei, wenn *für den Gebrauch der technischen Lösung die Verfügbarkeit der Dienstleistung erforderlich* sei (neben der dauernden Geschäftsbeziehung; vgl. Ziff. III.C.2. unten).⁵⁴

Im Entwurf der revidierten Geldwäschereiverordnung lautete Art. 4 Abs. 1 lit. b E-GwV noch «ermöglicht» zu übertragen.⁵⁵ Im Rahmen der Vernehmlassung zur neuen Verordnung wurde von zahlreichen Vernehmlassungsteilnehmenden kritisiert, dass das Abgrenzungskriterium der Verfügungsmacht in Art. 4 Abs. 1 lit. b E-GwV fallengelassen werde. Zudem wurde ausgeführt, dass dies nur zu erhöhter Rechtsunsicherheit führe und dass ein solcher Paradigmenwechsel zu wichtig sei, um auf dem Verordnungsweg vorzunehmen.⁵⁶ Im Anschluss an den erheblichen Widerstand gegen die zu weit gefasste Terminologie von Art. 4 Abs. 1 lit. b E-GwV⁵⁷ änderte der Bundesrat

den Wortlaut in «hilft» zu übertragen, um den Tatbestand damit enger zu definieren. Entsprechend der Absicht des Bundesrates ist der Anwendungsbereich des Tatbestandselementes der Hilfe bei der Übertragung von virtuellen Währungen eng auszulegen, was bei den nachfolgenden Ausführungen zu berücksichtigen ist.

Im Erläuterungsbericht zur DLT-Verordnung hielt der Bundesrat als Begründung für die Einführung eines neuen Unterstellungsmerkmals fest, dass bei den immer dezentraleren Modellen der Vermögensübertragung der Finanzintermediär nicht mehr in allen Geschäftsmodellen die *alleinige* Verfügungsmacht über Vermögenswerte habe. Die schnelle Entwicklung von Geschäftsmodellen im DLT-Bereich führe dazu, dass es für Aufsichtsbehörden sehr schwierig und unverhältnismässig aufwendig abzuklären sei, ob im Rahmen einer technischen Lösung eine geldwäschereirechtlich relevante Verfügungsmacht bestehe. Aufgrund dessen erachtete der Bundesrat die Verfügungsmacht als alleiniges Kriterium zur Abgrenzung von unterstellten und nichtunterstellten Dienstleistungen im DLT-Bereich als nicht mehr sachgerecht und führte mit der Hilfe bei der Übertragung von virtuellen Währungen ein neues Unterstellungsmerkmal in die GwV ein.⁵⁸

In der Lehre wurde die Frage, was unter Hilfe bei der Übertragung von virtuellen Währungen zu verstehen ist, noch nicht vertieft behandelt. JUTZI/ABBÜHL vertreten die Meinung, dass eine Hilfe zur Übertragung von virtuellen Währungen dann vorliege, wenn die zu unterstellende Person *Transaktionen verhindern könne*.⁵⁹ NAGEL legt das Tatbestandselement dahingehend aus, dass der Dienstleister einen *Beitrag zur Übertragung der virtuellen Währungen leisten müsse*, der für die erfolgreiche Übertragung von virtuellen Währungen eine *Voraussetzung* darstelle.⁶⁰

In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre und in Übereinstimmung mit der Absicht des Bundesrates ist nach der hier vertretenen Meinung für das Vorliegen der Hilfe bei der Übertragung von virtuellen Währungen erforderlich, dass (i) die virtuellen Währungen in den Herrschaftsbereich einer anderen Partei übergehen (Eigentumsübertragung oder Änderung der Gläubigerstellung) und (ii) eine Unterstützungsleistung des Dienstleisters Voraussetzung für die Übertragung der virtuellen Währungen ist. Dabei reicht nicht jede Unterstützungsleistung aus, sondern es werden nur solche von der neuen Verordnungsbestimmung erfasst, welche die Übertragung virtueller Währungen – aus Sicht eines Nutzers, der über keine besonderen technischen Fähigkeiten verfügt (*non-tech*

⁵³ Unterstellungskommentar (FN 49), N 12; OFK GWG-WYSS (FN 52), Art. 2 Abs. 3 N 27; BSK GWG-GRETER (FN 19), Art. 2 Abs. 3 N 38.

⁵⁴ Erläuterungen DLT (FN 39), 23.

⁵⁵ Vgl. Entwurf zur DLT-Mantelverordnung, welcher am 19. Oktober 2020 in die Vernehmlassung gegeben wurde, 8.

⁵⁶ Ergebnisbericht vom 18. Juni 2021 zum Vernehmlassungsverfahren zur Verordnung zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register, 9 f. (zit. Ergebnisbericht DLT).

⁵⁷ Widerstand erhoben u.a. SBVg, economiesuisse, SBF, Swisscom, SF, SFTI, VSK, BAS, MME, FRORIEP, CMTA; vgl. Ergebnisbericht DLT (FN 56), 9.

⁵⁸ Erläuterungen DLT (FN 39), 11.

⁵⁹ JUTZI/ABBÜHL (FN 19), N 727.

⁶⁰ NAGEL (FN 19), 76.

savvy user) – wesentlich erleichtern. Hierunter sind etwa Zusatzleistungen des Dienstleisters zur Auslösung oder Durchführung von Transaktionen mit virtuellen Währungen zu verstehen.⁶¹

Mit anderen Worten muss, damit eine Hilfeleistung im Sinne der Ordnungsbestimmung vorliegt, der Nutzer in irgendeiner Form vom Dienstleister und/oder von der Verfügbarkeit seiner Infrastruktur abhängig sein, um virtuelle Währungen übertragen zu können. Diese Abhängigkeit kann z.B. in folgenden Fällen gegeben sein:

- Benutzung des Interfaces⁶² des Dienstleisters ist erforderlich, um über dessen Infrastruktur (z.B. Payment-Split Smart Contracts⁶³) virtuelle Währungen übertragen zu können;
- die Erstellung eines Accounts oder eine Anmeldung des Nutzers ist Voraussetzung, um Zugang zur technischen Infrastruktur des Dienstleisters zu erhalten und um virtuelle Währungen übertragen zu können;
- Zurverfügungstellung von Cloud-basierten Speicherlösungen, auf denen Private Keys verschlüsselt⁶⁴ gespeichert werden, auf die der Kunde zugreifen muss, um virtuelle Währungen übertragen zu können.

Kann der Nutzer hingegen selbstständig virtuelle Währungen übertragen, ohne dass er in irgendeiner Form vom Dienstleister oder von dessen Dienstleistungen abhängig bzw. dessen Unterstützung erforderlich ist, liegt u.E. keine Hilfe bei der Übertragung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV vor. Dies dürfte z.B. dann der Fall sein, wenn eine Wallet-Software zum Download angeboten wird, der initiale Dienstleister aber zu deren nachfolgender Nutzung überhaupt nicht mehr erforderlich ist oder der Dienstleister lediglich das Herunterladen von Blockchain-basierter Software ermöglicht, ohne irgendwelche Zusatzleistungen anzubieten.

⁶¹ E contrario ist auch das in den Gesetzesmaterialien erwähnte Beispiel zu verstehen, dass Anbieter, die bloss eine Software und die erforderliche Lizenzierung, *nicht aber Zusatzleistungen zur Auslösung oder Durchführung von Zahlungen zur Verfügung stellen*, nicht von der neuen Bestimmung erfasst werden; vgl. Erläuterungen DLT (FN 39), 22 f.

⁶² Webbrowserbasierte Schnittstelle, die den Nutzern als Anwendungsoberfläche des darunterliegenden Protokolls dient; vgl. FABIAN SCHÄR, Decentralized Finance: On Blockchain- and Smart Contract-Based Financial Markets, Federal Reserve Bank of St. Louis Review, Second Quarter 2021, Vol. 103/2, 153 ff., 154.

⁶³ Mit Payment-Split Smart Contracts sind dezentrale Computerprogramme gemeint, welche Zahlungen von virtuellen Währungen automatisch aufsplitten und Teilbeträge an mehrere Empfänger weiterleiten.

⁶⁴ Sofern die Private Keys unverschlüsselt gespeichert werden, hat der Cloud-Provider Verfügungsmacht und wäre, sofern die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind, von Tatbestandsvariante I erfasst.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass für das Vorliegen des Tatbestandselementes «Hilfe bei der Übertragung» u.E. ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Nutzer und dem Dienstleister bzw. dessen technischer Infrastruktur bestehen muss. Eine extensivere Auslegung würde zu einer ausufernden Anwendbarkeit des GwG führen.

2. Dauernde Geschäftsbeziehung

Zusätzlich zur Hilfe bei der Übertragung von virtuellen Währungen bedingt Tatbestandsvariante II gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV, dass der Dienstleister mit der Vertragspartei eine dauernde Geschäftsbeziehung unterhält. Was unter einer dauernden Geschäftsbeziehung im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV genau zu verstehen ist, hat der Bundesrat in der Verordnung offengelassen, womit das Tatbestandsmerkmal durch Auslegung zu konkretisieren ist.

In der bereits vor der Revision der GwV bestehenden Geldwäschereiverordnung-FINMA⁶⁵ wird die dauernde Geschäftsbeziehung wie folgt definiert: «Eine dauernde Geschäftsbeziehung liegt vor, wenn eine Kundenbeziehung bei einem schweizerischen Finanzintermediär gebucht oder überwiegend von der Schweiz aus betreut wird und sich diese nicht in der Vornahme einmaliger unterstellungspflichtiger Tätigkeiten erschöpft» (Art. 2 lit. d GwV-FINMA). Ein typisches Beispiel für nichtunterstellungspflichtige einmalige Tätigkeiten ist das Kassagegeschäft, wobei darunter sämtliche Bargeschäfte fallen, sofern damit keine dauernde Geschäftsbeziehung verbunden ist (Art. 2 lit. b GwV-FINMA). Allerdings kann es sich auch hierbei um eine unterstellungspflichtige Tätigkeit handeln, wenn eine oder mehrere Transaktionen miteinander verbunden erscheinen und einen erheblichen Wert erreichen (Art. 3 Abs. 2 GwG). Einer extensiven Auslegung folgend würden von dauernden Geschäftsbeziehungen damit sämtliche einmaligen Dienstleistungen unterschieden werden. Eine derart weite Auslegung, dass eine dauernde Geschäftsbeziehung immer dann zu bejahen ist, wenn keine einmalige Dienstleistung vorliegt, würde nach der hier vertretenen Ansicht aber zu einem zu weiten Geltungsbereich des GwG führen. Demnach ist die Definition der dauernden Geschäftsbeziehung in der

⁶⁵ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 3. Juni 2015 über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (Geldwäschereiverordnung-FINMA, GwV-FINMA; SR 955.033.0).

GwV-FINMA für die Auslegung von Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV nicht weiter hilfreich.⁶⁶

Nach der hier vertretenen Auffassung sind folgende Kriterien kumulativ zu erfüllen, damit eine dauernde Geschäftsbeziehung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV vorliegt:

a. Kriterium 1: Vertragsverhältnis

In Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV wird ausdrücklich der Begriff «Vertragspartei» erwähnt, weshalb davon auszugehen ist, dass im Sinne einer grammatikalischen Auslegung eine ausdrückliche oder stillschweigende vertragliche Beziehung zwischen den beteiligten Parteien vorausgesetzt wird (Art. 1 Abs. 1 OR), welche die Hilfeleistung bei der Übertragung von virtuellen Währungen zum Gegenstand hat (vgl. oben Ziff. III.C.1.). Nicht erfüllt ist das Tatbestandselement, wenn zwischen Dienstleister und Nutzer zwar ein dauerndes Vertragsverhältnis besteht, dieses aber keine Vermögensübertragungsdienstleistungen umfasst (z.B. reine Infrastrukturanbieter).

Das Vertragsverhältnis zwischen einem Dienstleister und dem Nutzer einer Blockchain-basierten Dienstleistung kann (i) ausdrücklich zwischen den Parteien vereinbart werden (z.B. Abschluss eines Dienstleistungsvertrags) oder (ii) stillschweigend eingegangen worden sein. Indizien für ein stillschweigendes Vertragsverhältnis können insbesondere sein:

- (i) die Nutzung der technischen Infrastruktur erfordert die laufende Erbringung von Dienstleistungen durch den Dienstleister;
- (ii) die technische Infrastruktur erfordert eine regelmässige Wartung und Aktualisierung durch den Dienstleister, um funktionsfähig zu bleiben;
- (iii) Gebühren fallen in zeitlichen Intervallen und nicht transaktionsbezogen an;
- (iv) ein Interface muss zur Nutzung der technischen Infrastruktur unterhalten werden;
- (v) Konten/Anmeldungen sind für den Zugang zur technischen Infrastruktur oder zum Dienst erforderlich.

Das Vertragsverhältnis – ob ausdrücklich oder stillschweigend – muss sich u.E. zudem auf die Hilfe bei der Über-

tragung von virtuellen Währungen beziehen und muss, wie nachfolgend aufgezeigt wird, eine gewisse Eingriffs- und Kontrollmöglichkeit des Dienstleisters vorsehen.

b. Kriterium 2: Eingriffs- und Kontrollmöglichkeit

Wie ausgeführt (vgl. Ziff. III.C.1. oben), sind – wenn keine Verfügungsmacht vorliegt – an den Umfang der Hilfeleistung bei Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV hohe Anforderungen zu stellen. In der Lehre spricht sich NAGEL dafür aus, dass für eine Erfassung durch das GwG ein hohes Mass an Kontrolle über den Übertragungsvorgang vorliegen müsse, welches einer Verfügungsmacht gleichkomme, und dass ein aktives Zutun des Dienstleisters erforderlich sei. Das blosse passive Zurverfügungstellen einer Infrastruktur für eine GwG-Unterstellung sei hingegen nicht ausreichend.⁶⁷ In dieselbe Richtung gehen BACHELARD/HESS, die dafür plädieren, dass Dienstleister mindestens die gleiche Einflussmöglichkeit auf die Transaktionen von virtuellen Währungen haben müssten, wie die Betreiber von dezentralen Handelsplattformen, die mittels Smart Contract Kontrolle über die Übertragung von virtuellen Währungen haben, um von Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV erfasst zu werden.⁶⁸

Unseres Erachtens ist der herrschenden Lehre zuzustimmen, dass der Dienstleister im Rahmen der vertraglichen Geschäftsbeziehung eine gewisse Eingriffs- und Kontrollmöglichkeit über Transaktionen haben muss (z.B. über die Smart-Contract-Infrastruktur), um unter Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV zu fallen. Diese Eingriffs- und Kontrollmöglichkeit muss indes so ausgestaltet sein, dass der Dienstleister keine Verfügungsmacht über die virtuellen Währungen ausüben kann.⁶⁹

Zum gleichen Schluss kommt man, wenn die Beispiele im Erläuterungsbericht zur DLT-Verordnung betrachtet werden, auf welche Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV anwendbar bzw. nicht anwendbar ist:

Der Bundesrat nennt folgende Beispiele, die von dem neuen Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV erfasst werden:

- *Handelsplattformen*: Handelsplattformen, die nicht im Besitz des Private Keys der Kunden sind, die Übertragung der virtuellen Währungen jedoch mittels Smart Contract ermöglichen und dabei die Aufträge bestätigen, freigeben oder sperren können oder anderweitig Kontrolle über den Smart Contract haben.⁷⁰

⁶⁶ An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die GwV-FINMA ohnehin nur auf prudentiell beaufsichtigte Finanzintermediäre gemäss Art. 2 Abs. 2 GwG Anwendung findet (vgl. Art. 3 Abs. 1 GwV-FINMA) und somit nicht für die übrigen Finanzintermediäre gilt, welche Dienstleistungen im Zahlungsverkehr gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG anbieten, wozu auch die Dienstleister im DLT-Bereich gehören, welche Dienstleistungen gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV anbieten.

⁶⁷ NAGEL (FN 19), 77.

⁶⁸ BSK GwG-BACHELARD/HESS (FN 19), Art. 2 Abs. 3 lit. b N 15 f.

⁶⁹ Andernfalls würde der Dienstleister bereits von Tatbestandsvariante I erfasst.

⁷⁰ Erläuterungen DLT (FN 39), 22 f.

- *Wallet-Anbieter*: Wallet-Anbieter, die über einen Private Key verfügen, zu welchem sie Zugang haben und mit dem eine Signierung der Transaktion notwendig ist, bevor diese erfolgreich durchgeführt werden kann (Multi-Signature⁷¹). Darunter können gemäss Bundesrat auch Wallet-Anbieter fallen, welche verschlüsselte Private Keys aufbewahren und Letztere grundsätzlich nur vom Kunden entschlüsselt werden können.⁷²

Gemäss Bundesrat sollen hingegen folgende Geschäftsmodelle im DLT-Bereich weiterhin nicht unter das GwG fallen:⁷³

- *Software-Anbieter*: Anbieter, die bloss eine Software und die erforderliche Lizenzierung, nicht aber Zusatzleistungen zur Auslösung oder Durchführung von Zahlungen zur Verfügung stellen.
- *Vollständig dezentrale DLT-Systeme*: Vollständig dezentrale⁷⁴ DLT-Systeme ohne dauernde Geschäftsbeziehung zu den Kunden.
- *Handelsplattformen*: Handelsplattformen, die lediglich Käufer und Verkäufer zusammenführen und bei denen die Abwicklung der Transaktion ohne Smart Contract mit Zugriffsmöglichkeit der Handelsplattform erfolgt. Dabei handle es sich um eine reine Vermittlungstätigkeit ohne Einbezug in die Übertragung der virtuellen Währungen.
- *Blosse IT-Infrastruktur*: Anbieter blosser IT-Infrastrukturen, die allgemein der Datenübermittlung dienen, wie etwa Telefonnetzwerke.

Demnach wollte der Bundesrat dem GwG lediglich Geschäftsmodelle unterstellen, bei denen die zu unterstellende Person eine gewisse Eingriffs- und Kontrollmöglichkeit über Transaktionen hat.

Dieses Verständnis deckt sich auch unter Berücksichtigung der Ausführungen des Bundesrates betreffend Wallet-Anbieter, die Dienstleistungen zur sicheren Aufbewahrung von verschlüsselten Private Keys erbringen und die Private Keys grundsätzlich nur vom Kunden entschlüsselt werden können. Die Verwendung des Begriffs «können» in den Ausführungen zur DLT-Verordnung⁷⁵

ist unseres Erachtens so zu verstehen, dass reine Backup-Services, bei denen der Dienstleister lediglich eine verschlüsselte Kopie des Private Keys aufbewahrt, der Kunde jedoch ebenfalls über den unverschlüsselten Private Key verfügt (und somit auch ohne Mitwirkung des Dienstleisters Transaktionen auslösen kann), nicht erfasst werden. Hingegen werden Dienstleister, die den verschlüsselten Private Key verwahren, ohne dass der Kunde selbst über den Private Key verfügt (z.B. Betreiber von HSM⁷⁶), von Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV erfasst.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass für das Vorliegen einer dauernden Geschäftsbeziehung und für die Anwendbarkeit von Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV stets ein Vertragsverhältnis sowie eine (verfügungsmachtfreie) Eingriffs- oder Kontrollmöglichkeit des Dienstleisters über Transaktionen vorliegen muss.

D. Erbringung der Dienstleistung nicht ausschliesslich gegenüber angemessen beaufsichtigten Finanzintermediären

Tatbestandsvarianten I und II von Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV finden im Sinne einer negativen Voraussetzung dann keine Anwendung, wenn die Dienstleistungen ausschliesslich gegenüber angemessen beaufsichtigten Finanzintermediären erbracht werden. Was unter angemessen beaufsichtigten Finanzintermediären zu verstehen ist, wird wiederum nicht in den Gesetzesmaterialien erläutert.

Es ist jedoch davon auszugehen, dass hierunter einerseits alle prudentiell beaufsichtigten Finanzintermediäre gemäss Art. 2 Abs. 2 GwG und andererseits die übrigen Finanzintermediäre gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG sowie alle Finanzintermediäre aus dem Ausland, die einer äquivalenten Aufsicht unterstehen, zu subsumieren sind.⁷⁷

E. Berufsmässigkeit

Schliesslich müssen die Dienstleister im DLT-Bereich ihre Tätigkeit berufsmässig ausüben, damit sie dem GwG unterstellt werden. Ein Finanzintermediär übt seine Tätigkeit grundsätzlich berufsmässig aus, wenn er gemäss Art. 7 Abs. 1 GwV:

- pro Kalenderjahr einen Bruttoerlös von mehr als CHF 50'000 erzielt;

⁷¹ Auf Vermögenswerte, die auf einer Multi-Signatur-Adresse gespeichert sind, kann nur zugegriffen werden, wenn zwei oder mehr Signaturen gleichzeitig geleistet werden; DLT-Bericht (FN 3), 70.

⁷² Erläuterungen DLT (FN 39), 22 f.

⁷³ Erläuterungen DLT (FN 39), 22 f.

⁷⁴ Dezentralität ist hierbei als Intermediationsfreiheit zu verstehen, d.h. die Abwesenheit eines zur Abwicklung von Transaktionen bzw. für den Zugang zur Infrastruktur erforderlichen Intermediärs; vgl. MAGDALENA BOŠKIĆ/SEBASTIAN HEPP, zkKYC in Decentralized Finance (DeFi), GesKR 2023, 209 ff., 211.

⁷⁵ Vgl. Erläuterungen DLT (FN 39), 22.

⁷⁶ Auf sogenannten Hardware Security Modules, die von Dienstleistern betrieben und gewartet werden, kann der Private Key verschlüsselt gespeichert werden, wobei nur der Kunde diese entschlüsseln kann.

⁷⁷ Für weitere Ausführungen siehe NAGEL (FN 19), 77 f.

- (ii) pro Kalenderjahr mit mehr als 20 Vertragsparteien Geschäftsbeziehungen aufnimmt, die sich nicht auf eine einmalige Tätigkeit beschränken, oder pro Kalenderjahr mindestens 20 solche Beziehungen unterhält;
- (iii) unbefristete Verfügungsmacht über fremde Vermögenswerte hat, die zu einem beliebigen Zeitpunkt CHF 5 Mio. überschreiten; oder
- (iv) Transaktionen durchführt, deren Gesamtvolumen CHF 2 Mio. pro Kalenderjahr überschreitet.

Eine Berufsmässigkeit in Zusammenhang mit der Hilfe bei der Übertragung von virtuellen Währungen wäre somit erfüllt, wenn einer der oben erwähnten Grenzwerte überschritten wird. Wie bereits vorstehend erwähnt, können Dienstleistungen in Zusammenhang mit virtuellen Währungen auch unter andere GwG-Tatbestände fallen, wie zum Beispiel die Geld- und Wertübertragung. Sofern dies der Fall ist, gälte die entsprechende Tätigkeit grundsätzlich immer, das heisst unabhängig vom Ausmass, als berufsmässig. Einzige Ausnahme ist die Ausübung dieser Tätigkeit für nahestehende Personen, mit der nach Art. 7 Abs. 4 GwV ein Bruttoerlös von mehr als CHF 50'000 erzielt werden muss, damit Berufsmässigkeit gegeben ist (vgl. Art. 9 GwV).

IV. Fazit

Die durch den Bundesrat mit Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV eingeführte Bestimmung enthält zwei Tatbestandsvarianten. Während die Tatbestandsvariante I (Hilfe bei der Übertragung von virtuellen Währungen *mit* Verfügungsmacht) lediglich vorbestehendes Recht konkretisiert, hat der Bundesrat mit der Tatbestandsvariante II neu Dienstleister im DLT-Bereich dem GwG unterstellt, die helfen, virtuelle Währungen zu übertragen, *ohne* Verfügungsmacht über die virtuellen Währungen zu haben (Tatbestandsvariante II).

Die Abkehr vom bisher geltenden (alleinigen) Erfordernis der Verfügungsmacht stellt einen Paradigmenwechsel dar, der nicht in einer Verordnung, sondern in einem Gesetz im formellen Sinne hätte erfolgen müssen. Grund dafür ist, (i) dass zahlreiche Dienstleister im DLT-Bereich von der neuen Bestimmung betroffen sind (grosser Adressatenkreis), (ii) die betroffenen Dienstleister ihre Dienstleistungen neu nicht mehr anbieten dürfen, sofern sie sich nicht einer SRO anschliessen und die Sorgfaltpflichten gemäss GwG erfüllen (starker Eingriff in die bisherige Rechtsstellung der Adressaten), und (iii) die aus einer GwG-Unterstellung folgenden Kosten (z.B. für

Identifizierung der Vertragspartei, Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten, Transaktionsmonitoring usw.) erheblich sind (erhebliche finanzielle Folgen für die Adressaten).

Selbst wenn man die Ansicht vertreten würde, dass es sich bei Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV nicht um eine wichtige rechtsetzende Bestimmung im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV handelt, hat deren Erlass durch den Bundesrat das Prinzip der Gewaltenteilung verletzt. So handelt es sich nach Ansicht der Autoren bei Tatbestandsvariante II nicht um eine gesetzesvollziehende, sondern um eine gesetzesvertretende Bestimmung. Und es liegt keine Delegationsnorm im GwG für eine Rechtsetzungskompetenz vor, auf die sich der Bundesrat hätte stützen können.

Ginge man entgegen der vorliegenden Meinung der Autoren davon aus, dass der neue Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV nicht gegen übergeordnetes Recht verstösst, so sind die Tatbestandsmerkmale der Verordnungsbestimmung in der Tatbestandsvariante II u.E. wie folgt auszulegen (neben den allgemeinen Voraussetzungen):

- *Hilfe bei der Übertragung*: Die Hilfe bei der Übertragung von virtuellen Währungen *ohne* Verfügungsmacht setzt unter Anderem voraus, dass der Dienstleister eine Unterstützungsleistung erbringt, die für die Übertragung der virtuellen Währungen Voraussetzung ist. Dabei reicht nicht jede Unterstützungsleistung aus, sondern es werden nur solche Unterstützungsleistungen von der neuen Verordnungsbestimmung erfasst, welche für die Übertragung von virtuellen Währungen zwingend notwendig sind. Es muss somit ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Nutzer und dem Dienstleister bzw. dessen technischer Infrastruktur bestehen. Kann der Nutzer hingegen selbstständig virtuelle Währungen übertragen, ohne dass er in irgendeiner Form vom Dienstleister bzw. von dessen Dienstleistungen abhängig ist, liegt u.E. keine Hilfe bei der Übertragung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV vor.
- *Dauernde Geschäftsbeziehung*: Es muss eine dauernde Geschäftsbeziehung vorliegen, die sich sowohl aus einem expliziten als auch aus einem stillschweigenden Vertragsverhältnis ergeben kann und dem Dienstleister eine (verfügungsmachtfreie) Eingriffs- und Kontrollmöglichkeit über Transaktionen des Nutzers einräumt.