Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

2C 345/2015

Urteil vom 24. November 2015

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Zünd, Präsident,
Bundesrichter Seiler, Donzallaz, Stadelmann, Haag,
Gerichtsschreiberin Mayhall.

Verfahrensbeteiligte
A._____ GmbH,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Fürsprecher Michael Kunz,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Ausnahme von der Unterstellung unter das BankG

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II,
vom 23. März 2015.

Sachverhalt:

A.
Die A._____ GmbH, eine direkt der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA unterstellte Finanzintermediärin (DUFI; Art. 14 und 18 Geldwäschereigesetz vom 10. Oktober 1997 [GwG, SR 955.0]) mit Sitz in U._____/LU, erbringt Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr, namentlich die Ausgabe und Verwaltung von physischen und elektronischen Zahlungsmitteln aller Art. In der Schweiz bietet sie das Zahlungsmittel X._____ sowie die damit verbundenen Produkte Y._____ und Z._____ (Versionen: V._____ und W._____) an. Bei der X._____ handelt es sich um eine nicht wieder aufladbare Prepaidkarte zu Fr. 25.–, Fr. 75.– oder Fr. 150.–, die mit einem 16-stelligen PIN-Code ausgestattet ist. Ein Endverbraucher kann an einem Verkaufspunkt für maximal Fr. 1'500.– solche Karten erwerben. Y._____ ist ein online-S̈ammelkontov̈on X._____-Guthaben und ist nicht anonym. Registrierte Benutzer laden die gekauften X._____s mittels Eingabe der PIN in ihr Y._____-Konto hoch. Zur Auswahl stehen dabei eine S̈tandardversionünd eine ünlimitierteV̈ersion. Für das Y._____-Konto im Status S̈tandardsind für Aufladungen und Zahlungen ein Transaktionslimit von jeweils Fr. 1'500.–, ein Guthabenlimit von Fr. 3'000.– sowie
ein Lade- und Umsatzlimit von Fr. 5'000.– pro Kalenderjahr vorgesehen. Für das Y._____-Konto im Status Ünlimitedsind für Aufladungen und Zahlungen ein Transaktionslimit von jeweils Fr. 1'500.– und ein Guthabenlimit von Fr. 3'000.– vorgesehen. Das jährliche Lade- und Ausgabelimit ist hingegen unlimitiert.

B.
Nach vorgängigen Gesprächen ersuchte die A._____ GmbH im Hinblick auf eine geplante Erweiterung ihres Dienstleistungsangebots die FINMA um Erlass einer Feststellungsverfügung zur Klärung offener Fragen. Am 21. März 2014 verfügte die FINMA, soweit vorliegend noch umstritten:

Ï. Es wird festgestellt, dass Gelder, welche von der A._____ GmbH unter den geplanten Leistungen von Y._____ von Kunden entgegengenommen werden, als Einlagen im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG zu qualifizieren sind, soweit
a. das maximale Y._____-Guthaben pro Kunde mehr als Fr. 3'000.– betragen kann;
b. Y._____-Guthaben von einem Kunden auf das Y._____-Zahlungskonto eines anderen Kunden überwiesen werden können.¨

C.
Mit Beschwerde vom 17. April 2014 an das Bundesverwaltungsgericht beantragte die A._____ GmbH u.a. die Aufhebung von Ziff. 1 der Verfügung vom 21. März 2014. Mit Urteil vom 23. März 2015 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab.

D.
Die A._____ GmbH erhebt mit Eingabe vom 24. April 2015 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Antrag, der angefochtene Entscheid sei, soweit die Unterstellung unter das Bundesgesetz vom vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (BankG; SR 952.0) betreffend und Ziffer 1 der Verfügung der FINMA vom 21. März 2014 bestätigt wurde, aufzuheben. Es sei festzustellen, dass Gelder, welche von der A._____ GmbH unter den geplanten Leistungen von Y._____ von Kunden auf Zahlungskonten entgegengenommen werden, nicht als Einlagen im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG, sondern als Guthaben auf Zahlungskonten im Sinne von Art. 1 Abs. 3 BankG zu qualifizieren seien, selbst wenn a) das maximale Y._____-Guthaben pro Kunde mehr als Fr. 3'000.– betrage; b) das Y._____-Guthaben von einem Kunden auf das Y._____-Konto eines anderen Kunden überwiesen werden könne.
Die FINMA beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Das Bundesverwaltungsgericht verzichtet auf Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.

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

1.2. Zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Art. 89 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdeführerin, die am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat und mit ihren Anträgen unterlegen ist, ist zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.3. Das Bundesgericht prüft frei die richtige Anwendung von Bundesrecht (Art. 95 lit. a, Art. 106 Abs. 1 BGG). Die Verletzung von Grundrechten untersucht es in jedem Fall nur insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 139 I 229 E. 2.2 S. 232; 134 II 244 E. 2.2 S. 246). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz kann von Amtes wegen oder auf Rüge hin berichtigt oder ergänzt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Artikel 95 beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG). Offensichtlich unrichtig festgestellt ist ein Sachverhalt, wenn

er willkürliche Feststellungen beinhaltet (BGE 137 I 58 E. 4.1.2 S. 62). Obwohl nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt, beruht auch eine unvollständige Sachverhaltsfeststellung auf einer Rechtsverletzung. Was rechtserheblich ist, bestimmt das materielle Recht; eine in Verkennung der Rechtserheblichkeit unvollständige Erstellung der für die rechtliche Beurteilung massgeblichen Tatsachen
stellt demzufolge eine Verletzung materiellen Rechts dar (BGE 136 II 65 E. 1.4 S. 68, 134 V 53 E. 4.3 S. 62; MEYER, Wege zum Bundesgericht - Übersicht und Stolpersteine, ZBJV 146/2010 S. 857).
Die dem Bundesgericht eingeräumte Befugnis zur Sachverhaltsergänzung oder -berichtigung entbindet die Beschwerdeführerin nicht von ihrer Rüge- und Substanziierungspflicht (BGE 133 IV 286 E. 6.2 S. 288). Die Beschwerdeführenden müssen rechtsgenügend dartun, dass und inwiefern der festgestellte Sachverhalt in diesem Sinne mangelhaft erscheint und die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG). Rein appellatorische Kritik an der Sachverhaltsermittlung und an der Beweiswürdigung genügt den Begründungs- bzw. Rügeanforderungen nicht (vgl. BGE 139 II 404 E. 10.1 S. 445 mit Hinweisen).

2.

2.1. Die Vorinstanz hat mit Recht ein aktuelles, praktisches und schutzwürdiges Feststellungsinteresse der Beschwerdeführerin an der Klärung ihrer Unterstellungspflicht bejaht (Art. 25 VwVG; BGE 139 V 143 E. 3 S. 147 f.; Urteil 2C 423/2012 vom 9. Dezember 2012 E. 4; HÄNER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009, N. 16 zu Art. 25 VwVG; zur Abgrenzung der Feststellungsverfügung gemäss Art. 25 VwVG von der Feststellungsverfügung mit Sanktionscharakter gemäss Art. 32 FINMAG HSU/ BAHAR/RENNINGER, Basler Kommentar zum Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 28 zu Art. 32 FINMAG). In der Sache hat sie zunächst erwogen, in zeitlicher Hinsicht sei die Rechtslage im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung (21. März 2014) massgebend; deshalb sei noch die bis 31. Dezember 2014 in Kraft gewesene alte Bankverordnung vom 17. Mai 1972 (aBankV; AS 1972 871) anwendbar, nicht die seit 1. Januar 2015 in Kraft stehende neue Bankverordnung vom 30. April 2014 ([rev]BankV; SR 952.02). Materiell führte sie aus, die Beschwerdeführerin wolle das maximale Guthaben je Kontoinhaber von mehr als Fr. 3'000.– sowie Überweisungen zwischen Inhabern von Y._____-Konten zulassen. Das falle nicht unter die
Ausnahmen von Art. 3a Abs. 3 lit. a aBankV und widerspreche FINMA-RS 08/3 Ṗublikumseinlagen bei Nichtbankenv̈om 20. November 2008 (FINMA-RS 08/3), Ziff. 18bis. Dieses Rundschreiben stelle eine zulässige Konkretisierung des Gesetzes und eine grosszügige Auslegung von Art. 3a Abs. 3 aBankV dar. Eine weitergehende Lockerung sei unzulässig. Die damit verbundene Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit habe in Art. 1 Abs. 2 BankG, Art. 3a aBankV sowie Art. 7 Abs. 1 lit. b FINMAG eine genügende gesetzliche Grundlage und sei zum Schutz der Kunden gerechtfertigt und verhältnismässig.

2.2. Im Grundsatz ist auch im öffentlichen Recht jenes Recht anwendbar, welches bei Verwirklichung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhaltes in Kraft stand (Art. 1 SchlT ZGB; BGE 140 V 136 E. 4.2.1 S. 139; 139 V 335 E. 6.2 S. 338; 137 V 105 E. 5.3.1 S. 108; 132 V 215 E. 3.1 S. 220; 129 II 497 E. 5.3.2 S. 522). Auf in der Vergangenheit abgeschlossene Sachverhalte ist daher ein später in Kraft getretenes neues Recht vorbehältlich besonderer Übergangsbestimmungen nicht anwendbar (BGE 137 II 409 E. 7.4.5 S. 417). Auf zeitlich offene Dauersachverhalte ist hingegen grundsätzlich bis zum Inkrafttreten der Rechtsänderung das alte Recht, nachher das neue Recht anwendbar (Art. 3 und Art. 4 SchlT ZGB; BGE 133 II 97 E. 4.1 S. 102 f.; Urteil 2C 318/2012 vom 22. Februar 2013 E. 3.3, nicht publ. in BGE 139 II 121; WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I 2012, S. 263 ff.).

2.3. Eine andere Frage ist, ob ein Gericht bei einem Dauersachverhalt eine zwischen der angefochtenen Verfügung und dem Gerichtsurteil erfolgte Rechtsänderung zu berücksichtigen hat. Nach ständiger sozialversicherungsrechtlicher Praxis wird auch bei der Beurteilung von Dauersachverhalten grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verfügung eingetretenen Sachverhalt abgestellt (BGE 132 V 215 E. 3.1.1 S. 220) und demzufolge auch nur auf die bis zu diesem Zeitpunkt geltende Rechtslage; nachher eingetretene Änderungen bilden Gegenstand einer neuen Verfügung. Abgesehen von dieser speziellen sozialversicherungsrechtlichen Praxis hat jedoch gestützt auf Art. 110 BGG zumindest ein kantonales Gericht einen ihm unter-

breiteten (Dauer-) Sachverhalt bis zum Zeitpunkt seines Urteils zu beurteilen (vgl. Urteile 2C 728/2014 vom 3. Juni 2015 E. 2.2.3 und 2C 745/2014 vom 27. März 2015 E. 2.1), jedenfalls soweit der Sachverhalt in prozessual zulässiger Weise vorgebracht wurde (BGE 135 II 369 E. 3.3 S. 374; Urteil 2C 961/2013 vom 29. April 2014 E. 3.4). Analoges gilt auch für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (BGE 139 II 534 E. 5.4.1 S. 542), wo dies entweder aus der unbeschränkten Sachverhaltskognition (Art. 49
VwVG; SCHINDLER, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, N. 30 zu Art. 49 VwVG; ZIBUNG/HOFSTETTER, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009, N. 36 und 50 zu Art. 49 VwVG) oder aus dem Devolutiveffekt der Beschwerde (Art. 54 VwVG; SEILER, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009, N. 19 zu Art. 54 VwVG) abgeleitet wird. Diese Überlegung trifft insbesondere auch auf Feststellungsverfügungen zu, die mit dem Zweck ergehen, dem Adressaten Rechtssicherheit für sein künftiges Verhalten zu vermitteln; dieser Zweck könnte nicht erreicht werden, wenn das Gericht die Rechtslage ausschliesslich nach dem Recht beurteilt, das im Zeitpunkt seines Urteils nicht mehr in Kraft ist (vgl. BGE 135 II 313 E. 2.1.2 S. 316; 129 II 497 E. 5.3.3 S. 522; Urteil 2C 650/2012 vom 21. Januar 2013 E. 3.2).

2.4. Die Beschwerdeführerin beantragt somit zu Recht, dass das Bundesgericht seinem Urteil die seither geänderte Rechtslage zugrunde legt. Materiell hat dies für das vorliegende Verfahren keine Auswirkungen, weil sich die massgeblichen Rechtsfragen (vgl. dazu unten, E. 5.1.1) unter altem und neuem Verordnungsrecht in derselben Weise stellen und die formell-gesetzlichen Regelungen im massgeblichen Zeitraum nicht geändert haben.

3.

3.1. Entscheide, die der Beschwerde an das Bundesgericht unterliegen, müssen insbesondere die massgebenden Gründe tatsächlicher Art enthalten (Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG). Für die Beurteilung, ob das von der Beschwerdeführerin betriebene Geschäft Einlagencharakter im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG aufweist und folglich die dem angefochtenen Urteil zu Grunde liegende und im vorinstanzlichen Verfahren inhaltlich (mit-) angefochtene Feststellungsverfügung der FINMA vom 21. März 2014 (Devolutiveffekt, BGE 134 II 142 E. 1.4 S. 144; zum Begriff des Streitgegenstands vgl. BGE 136 II 457 E. 4.2 S. 463; 133 II 35 E. 2 S. 38; Urteil 2C 961/2013 vom 29. April 2014 E. 3.3) zu bestätigen oder aufzuheben ist, sind vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellungen zu deren Geschäftsmodell unerlässlich, zumal diese für das bundesgerichtliche Verfahren grundsätzlich verbindlich sind (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Vorinstanz hat keine eigenen Feststellungen zum Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin getroffen, doch beruhen die erstinstanzlich durch die FINMA mit Verfügung vom 21. März 2014 erhobenen Sachverhaltselemente zum Geschäftsmodell auf den eigenen Angaben der Beschwerdeführerin vom 21. Juni 2013 und sind im vorinstanzlichen Verfahren unbestritten
geblieben. Der Sachverhalt geht in diesem Punkt klar und unter gewahrtem Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin aus den Akten hervor, weshalb das Bundesgericht ihn, soweit unbestritten geblieben (vgl. zu den umstrittenen Sachverhaltselementen unten, E. 5.1.2) selber ergänzen kann (Art. 105 Abs. 2 BGG; Art. 107 Abs. 2 BGG; BGE 131 II 470 E. 2 S. 476; CORBOZ, Commentaire de la LTF, 2. Aufl. 2014, N. 19 zu Art. 107 BGG).

3.2. Gemäss den unbestritten gebliebenen Feststellungen der FINMA bietet die Beschwerdeführerin prepaid Zahlungslösungen für den Kauf von Waren und Dienstleistungen über das Internet bei ausgewählten Webshops an. Dabei können die Kunden eine nicht wieder aufladbare und mit einem Code ausgestattete Prepaidkarte (X._____) zu Fr. 25.–, Fr. 75.– oder Fr. 150.– in Verkaufsstellen wie Kioske oder Tankstellen erwerben. Die Kunden können anschliessend dieses Guthaben mittels Eingabe des Codes auf ein Online-Konto (Y._____) laden; für die Bezahlung von Waren und Dienstleistungen eines Webshops wird nur mehr der Benutzername und das Passwort des Kunden benötigt. In Erweiterung des bisherigen Angebots plant die Beschwerdeführerin die Erhöhung des maximalen (elektronischen) Guthabens pro Kunde auf Fr. 5'000.–, die Möglichkeit der Überweisung von elektronischen Guthaben auf das Online-Konto eines anderen Kunden, die Rückerstattung durch die Webshops von elektronischen Guthaben bei Retouren oder Reklamationen im Zusammenhang mit dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen, Auszahlungen bzw. Gutschriften der Webshops auf das Onlinekonto eines Kunden im Zusammenhang mit Spielen, Wetten und dergleichen sowie die Überweisung des
elektronischen Guthabens auf dem Onlinekonto auf ein Bankkonto des Kunden (Rückzahlung) oder ein Kre-

ditkartenkonto des Kunden.

4.
Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerdeschrift an das Bundesgericht geltend, sie unterstehe als Finanzintermediärin im Sinne von Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG; sowie als Betreiberin eines Zahlungssystems im Sinne von Art. 15 des Bundesgesetzes über die Schweizerische Nationalbank vom 3. Oktober 2003 (NBG; SR 951.11). Bereits aus diesem Grund bestehe kein Bedürfnis, sie der bankengesetzlichen Regelung zu unterstellen.

4.1. Zur Argumentation betreffend Unterstellung unter das GwG und das NBG ist in allgemeiner Hinsicht zu bemerken, dass Lebenssachverhalte regelmässig mehreren Gesetzen unterstehen können. Eine Normenkollision, welche zur Nichtanwendung der einen Norm führt, liegt nur vor, wenn mehrere Normen denselben Sachverhalt unter identischen Gesichtspunkten unterschiedlich regeln. Wenn hingegen verschiedene Normen ein und denselben Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesichtspunkten regeln, d.h. Rechtsfolgen an unterschiedliche Tatbestandsmerkmale anknüpfen oder unterschiedliche Ziele verfolgen, liegt eine positive oder kumulative Normenkonkurrenz bzw. Normenkumulation vor, d.h. es sind beide Normen kumulativ anwendbar (BGE 141 II 66 E. 2.4.1 S. 73 f.).

4.2. Dies ist insbesondere bei Betreibern von Zahlungssystemen der Fall. Innovative Zahlungssysteme sind volkswirtschaftlich ausserordentlich bedeutsam, weil sie dazu beitragen, Geldtransferkosten zu senken und den Zugang zu Finanzdienstleistern zu verbessern; bankenexterne Alternativsysteme sind regelmässig die einzigen Intermediäre, welche im grenzüberschreitenden Verkehr in der Lage sind, Zahlungen in Länder mit unterentwickelten Bankeninfrastrukturen zu tätigen (KRISTIN WAHLERS, Die rechtliche und ökonomische Struktur von Zahlungssystemen inner- und ausserhalb des Bankensystems, 2013, S. 252 f.). Das dieser Funktion inhärente Risiko von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung rechtfertigt ihre Unterstellung unter die geldwäschereirechtlich verankerten Sorgfaltspflichten (Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG; WAHLERS, a.a.O., S. 248; vgl. dazu unten, E. 4.3). Werden über ein Zahlungssystem Transaktionen bedeutender Betragsvolumina abgewickelt, können sie zudem bei operationellen oder technischen Schwierigkeiten Kredit- oder Liquiditätsprobleme bei Marktteilnehmern auslösen oder Zahlungsschwierigkeiten einzelner Teilnehmer über das System auf andere Teilnehmer übertragen, was die Unterstellung systemisch bedeutsamer Zahlungssysteme unter eine eigentliche Aufsicht der Schweizerischen Nationalbank rechtfertigt (Art. 20 Abs. 2 NBG; BODMER/KLEINER/LUTZ, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Loseblattausgabe, 23. Nachlieferung 2015, N. 43 zu Art. 1 bis BankG; vgl. dazu unten, E. 4.4.1). Neuere Zahlungssysteme weisen teilweise Elemente auf, die sie, je nach individueller Ausgestaltung, in die Nähe von Anbietern von Geschäften mit Einlagencharakter rücken lassen; dies gilt insbesondere für Einzahlungen von Kunden, welche im Voraus geleistet und im Hinblick auf eine künftige Verwendung auf einen Datenträger gespeichert werden (‚prepaid'-Element, BODMER/KLEINER/LUTZ, a.a.O., N. 24 zu Art. 1 bis BankG). Hier gilt es jeweils im Einzelfall über die Anwendbarkeit der betreffenden spezialgesetzlichen Finanzmarktgesetze zu entscheiden. Als Vorgabe im Sinne des objektiv-rechtlichen Gehalts der grundrechtlich geschützten Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 1 und 4, Art. 27, Art. 35 Abs. 1 BV; HOTTELIER, Discussion d'arrêts actuels, Tribunal fédéral, IIe Cour public, 3 avril 2015 [2C 819/2014], X. SA c. Ville de Genève, in: AJP 4/2015 S. 1307) erfordert die Gleichbehandlung von direkten Konkurrenten (BGE 140 I 218 E. 6.2 S. 229; 138 I 289 E. 2.3 S. 292; MÜLLER/
SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, S. 1056 ff.), Anbieter der gleichen Branche, die sich mit demselben Angebot an das gleiche Publikum richten, um dasselbe Bedürfnis zu befriedigen, denselben Regeln zu unterstellen (‚same business, same risks, same rules'; ausdrücklich zur Anwendbarkeit dieses Grundsatzes im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen vgl. RAYROUX/ VOGT SCHOLLER/TSCHERRIG, FHB Verwaltungsrecht, 2015, S. 179). Eine Ausnahme der Betreiber von Zahlungssystemen von den bankengesetzlichen Anforderungen an die Einlagensicherung im Sinne des Anleger- und Gläubigerschutzes (Art. 5 FINMAG) ist sachlich nur insofern gerechtfertigt, als ihr Geschäft nicht dieselben betriebsbedingten Risiken aufweist (WAHLERS, a.a.O., S. 251 f.). Dass die Beschwerdeführerin dem GwG untersteht oder aber als (systemisch nicht relevantes) Zahlungssystem gegenüber der Schweizerischen Nationalbank Auskunftspflichten (Art. 15 Abs. 2 NBG; BODMER/KLEINER/LUTZ, a.a.O., N. 15 zu Art. 1 bis BankG) zu erfüllen hat, schliesst daher nicht von vornherein aus, dass sie zusätzlich auch dem BankG untersteht (RIMLE, Recht des schweizerischen Finanzmarkts, 2004, S. 22 Rz. 41). Vielmehr ist rügegemäss zu prüfen, ob die Regelung gemäss GwG bzw.

NBG
nach Anknüpfungssachverhalten und verfolgtem Regelungsziel dem BankG als spezialgesetzliche Bestimmungen vorgehen.

4.3. Dem BankG unterstehen gemäss seinem Art. 1 Abs. 1 die Banken, Privatbankiers (Einzelfirmen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften) und Sparkassen (zur Definition des bankenmässigen Passivgeschäfts vgl. unten, E. 6.5). Das BankG dient in erster Linie dem Gläubiger- und dem Anlegerschutz sowie dem Schutz der Funktionsfähigkeit des Finanzmarktes als Ganzem und des Ansehens des Finanzplatzes Schweiz (Art. 1 lit. d, Art. 5 FINMAG; BGE 137 II 431 E. 2.2.3 S. 439 f.; 136 II 43 E. 3.2 S. 46 f.; 131 II 306 E. 3.1.2 S. 314 f.; OLIVER ARTER, Bankenaufsichtsrecht in der Schweiz, 2008, S. 13 ff.). Das GwG bezweckt demgegenüber, wie schon sein Titel ausdrückt, die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor, ein Stück weit aber auch den Funktionsschutz (Art. 1 GwG; Art. 1 lit. f, Art. 5 FINMAG; WINZELER, in: Basler Kommentar zum Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 5 zu Art. 5 FINMAG). Zu diesem Zweck unterwirft das Gesetz die ihm unterstellten Finanzintermediäre den Sorgfaltspflichten gemäss den Art. 3 ff. GwG und der Aufsicht gemäss den Art. 12 ff. GwG. Auf die unterstellten Finanzintermediäre finden daher gegebenenfalls kumulativ die übrigen auf spezialgesetzlichen Bestimmungen des
Finanzmarktrechts und die damit einhergehende Aufsicht Anwendung (vgl. Art. 2 Abs. 2 GwG); insbesondere unterliegt eine Bank ungeachtet ihrer geldwäschereirechtlichen Sonderpflichten weiterhin dem Anwendungsbereich des BankG (Art. 2 Abs. 2 lit. a GwG). Dasselbe gilt auch für die übrigen, in Art. 2 Abs. 3 GwG enumerierten finanzintermediären Tätigkeiten. Umgekehrt dürfen Personen, die Zahlungsverkehrsdienstleistungen erbringen, nicht schon deshalb, weil sie dem GwG unterstehen, ohne bankenrechtliche Bewilligung (Art. 3 ff. BankG) eine nach diesem Gesetz bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben; sie fallen nur solange nicht unter das BankG, als sie nicht unterstellungspflichtige Tätigkeiten ausüben. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr im Sinne von Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG erbringt, schliesst daher nicht aus, dass ihre Tätigkeit auf Grund der individuellen Ausgestaltung (‚prepaid'-Element) zugleich einen Einlagencharakter im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG aufweisen kann und damit kumulativ unter den sachlichen Anwendungsbereich beider Gesetze fällt.

4.4. Analoges gilt für die Aufsicht über Betreiber von Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystemen aus Gründen der Systemstabilität durch die Schweizerische Nationalbank (Art. 15 Abs. 2, Art. 20 Abs. 1 und 2 NBG) oder aus Gründen des Gläubiger- und Anlegerschutzes durch die FINMA (Art. 1 bis BankG).

4.4.1. Vor dem Inkrafttreten des revidierten NBG unterstanden Betreiber von Zahlungs- und Effektenabwicklungssystem keiner Aufsicht, sofern sie nicht als Banken oder Effektenhändler zu qualifizieren waren (BAHAR/STUPP, in: Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl. 2013, N. 1 zu Art. 1 bis BankG). Als eine der wichtigsten Neuerungen hat das revidierte NBG vom 3. Oktober 2003 zwecks Vorbeugung systemischer Risiken (ARTER, Elektronische Bezahlvorgänge, in: Schlauri et al [Hrsg.], Internet-Recht und Digitale Signaturen, 2005, S. 141; MARIO GIOVANOLI, Virtuelles Geld und globaler Finanzmarkt: Herausforderungen für den Juristen an der Schwelle des dritten Jahrtausends, SZW 1999 125 ff., 136) und damit aus Gründen des Systemschutzes bzw. aus monetären Überlegungen (Art. 14 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 1 NBG; Botschaft vom 26. Juni 2002 über die Revision des Nationalbankengesetzes [Botschaft NBG], BBl 2002 6148 f., 6206 f.) eine Überwachung solcher Systeme eingeführt (NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl. 2010, S. 399); nicht Aufgabe der SNB ist der Anleger- und der Gläubigerschutz (Botschaft NBG, 6170 ff., 6218 f.; Art. 5 in Verbindung mit Art. 1 e contrario FINMAG; HÄNNI/STÖCKLI, Schweizerisches
Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2013, S. 297 f.; NOBEL, Finanzmarktrecht, S. 399; vgl. zu Art. 1 bis BankG unten, E. 4.4.2). Zwecks Systemüberwachung werden Betreiber von Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystemen in drei Kategorien eingeteilt (vgl. KRAMER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Loseblattausgabe, 23. Nachlieferung 2015, N. 40 zu Art. 1 bis BankG; Botschaft vom 3. September 2014 zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz [Botschaft FinfraG], BBl 2014 748 ff., 7494) : Sämtliche Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme haben gegenüber der Schweizerischen Nationalbank eine statistische Auskunftspflicht zu erfüllen (Art. 15 Abs. 2 NBG). Betreiber von Zahlungssystemen mit hohen Betragsvolumina oder Effektenabwicklungssysteme haben der Schweizerischen Nationalbank auf Verlangen alle notwendigen Auskünfte zu erteilen, Unterlagen zur Verfügung zu stellen und Einsicht in die Einrichtungen vor Ort zu ge-

währen (Art. 20 Abs. 1 NBG; Art. 18 ff. der Verordnung vom 18. März 2004 zum Bundesgesetz über die Schweizerische Nationalbank [NBV; SR 951.131]). Gehen von einem Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystem Risiken für die Stabilität des Finanzsystems aus, kann die Schweizerische Nationalbank Mindestanforderungen an
deren Betrieb aufstellen (Art. 20 Abs. 2 NBG; Art. 22 ff. NBV).

4.4.2. Aus Gründen des Anleger- und des Gläubigerschutzes kann die FINMA auch Betreiber von Zahlungssystemen im Sinne von Art. 19 NBG in dieser Eigenschaft ihrer Aufsicht unterstellen (Art. 1 bis BankG, in der Fassung gemäss NBG vom 3. Oktober 2003; Botschaft NBG, BBl 2002 6172, 6277; KRAMER, a.a.O., N. 9 zu Art. 1 bis BankG; möglich ist auch eine Unterstellung von Effektenabwicklungssystemen unter das Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 [SR 954.1; BEHG], Botschaft FinfraG, 7495); die Zahlungssysteme unterliegen dann hinsichtlich ihrer Stabilität der Überwachung durch die Schweizerische Nationalbank und unter dem Aspekt des Anleger- und Gläubigerschutzes der mikroprudentiellen Institutsaufsicht durch die FINMA (Botschaft FinfraG, 7557). Insofern die bankengesetzlichen Vorschriften über die Geschäftstätigkeit, insbesondere über die Eigenmittel und die Liquidität, auf Zahlungssysteme nicht zugeschnitten sind, kann die FINMA Anpassungen vornehmen (Art. 1 bis Abs. 3 BankG), was, in Übereinstimmung mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 1 und 4, Art. 27 BV), eine sachgerechte Regulierung ermöglicht (KRAMER, a.a.O., N. 39 zu Art. 1 bis BankG). Zu vermeiden sind insbesondere aufsichtsrechtliche Doppelspurigkeiten. Zwar dient die Statistik der SNB darüber hinaus auch weiteren Zwecken, namentlich der Tätigkeit der Bankenaufsicht, um Überschneidungen mit Statistiktätigkeiten der Bankenaufsicht zu vermeiden (Botschaft NBG; BBl 2002 6204 f.), und arbeiten Nationalbank und Bankenaufsicht in der Ausübung ihrer jeweiligen Aufgabe zusammen (Art. 23 bis BankG; Art. 2, Art. 50 NBG; NOBEL, Schweizerische Nationalbank und FINMA im spannungsvollen Wechselspiel, St. Galler Bankrechtstagung 2009, S. 181 ff.); das ändert aber nichts an der unterschiedlichen Zielsetzung und der jeweiligen Verantwortlichkeit der beiden Behörden (BBl 2002 6172 f.; BAHAR/STUPP, a.a.O., N. 2, 8, 13 zu Art. 1 bis BankG; ZOBL/KRAMER, a.a.O., S. 376).

4.5.

4.5.1. Die Botschaft NBG nahm auch Bezug auf das S̈onderproblem: E-Geld (Electronic Money) (̈BBl 2002 6168 ff.). Sie führte aus, die Frage, ob Ausgabe und Verwaltung elektronischer Zahlungsmittel einer staatlichen Regulierung bedürfen, werde seit einiger Zeit diskutiert. Die Entwicklung von E-Geld sollte das reibungslose Funktionieren der Zahlungsverkehrssysteme nicht gefährden. Da elektronische Werte, die auf vorausbezahlte Karten geladen und in Computern gespeichert sind, ökonomisch gesehen Bankeinlagen ähneln, gebe es keinen Grund, weshalb Systemrisiken nicht auch entstehen könnten, wenn E-Geld in grossen Mengen zum Einsatz kommen sollte. Eine solche Entwicklung könnte dazu führen, dass auch E-Geld-Systeme gesamtwirtschaftlich relevant werden. Falls E-Geld eine solche Bedeutung gewinnen sollte, müsse die Nationalbank über die gesetzliche Möglichkeit verfügen, im Interesse einer wirksamen Umsetzung der Geldpolitik sowie der Reduktion des Systemrisikos auf die Ausgestaltung von Zahlungssystemen mit elektronischem Geld so einzuwirken, dass ihre Verlässlichkeit und Sicherheit gewährleistet ist. E-Geld werde in der Bilanz der Emittenten als Verbindlichkeit ausgewiesen, die aus der Hereinnahme von Bargeld oder Buchgeld der Kundinnen
und Kunden erwachse und zum Nennwert an die Stellen, die E-Geld als Zahlungsmittel akzeptieren, zahlbar sei. Es wäre deshalb Sache der Bankenaufsicht, den Schutz der Kundinnen und Kunden (E-Geld-Inhaber) und des Handels vor einer allfälligen Insolvenz der Emittenten von E-Geld sicherzustellen. Die finanzielle Integrität des Emittenten könnte insbesondere gefährdet sein, wenn die Vorauszahlungen der Kundinnen und der Kunden bis zu ihrer Nutzung für Zahlungszwecke nicht solide oder nicht fristenkongruent angelegt werden. Dieses Problem sei mit dem Gläubigerschutz bei herkömmlichen Banken vergleichbar. Die Eidgenössische Bankenkommission habe allerdings entschieden, dass die Ausgabe von elektronischem Geld nicht als gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen zu qualifizieren ist. Damit sei die Ausgabe von elektronischem Geld in der Schweiz unter gewissen Voraussetzungen nicht bewilligungspflichtig (m.H. auf EBK, Jahresbericht 1998, S. 55 f.). Eher in den Bereich der Bankenaufsicht bzw. des Strafrechts würde auch der Schutz des Publikums vor Betrugsrisiken, die von E-Geld-Systemen ausgehen können, gehören. Ebenso gehöre der Schutz vor dem Missbrauch von E-Geld-Systemen für Zwecke der Geldwäscherei in den Bereich der hiefür

zuständigen Aufsichtsorgane. In der Bundesversammlung wurde diese Frage nicht besonders diskutiert.

4.5.2. Entgegen der Rechtslage in der Europäischen Union (vgl. dazu unten, E. 7.2) hat der schweizerische Gesetzgeber somit nach bisher geltendem Recht keine Sondergesetzgebung über das so genannte elektronische Geld (E-Geld) geschaffen. Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich vielmehr, dass der Gesetzgeber den Betrieb von Zahlungssystemen grundsätzlich bewilligungsfrei ermöglichen will, bei ausgewiesenem Bedarf hingegen, wie etwa aus Gründen der Systemrelevanz des Zahlungssystems - mit Einschluss von E-Geld - für eine geldpolitische Systemaufsicht durch die Nationalbank und eine allenfalls massgeschneiderte mikroprudentielle Institutsaufsicht durch die FINMA optierte. Die Regelung erfolgte vor dem Hintergrund, dass bereits nach der Praxis der früheren EBK solche Zahlungssysteme nicht ohne weiteres der Bankenaufsicht unterstanden (dazu oben, E. 4.4.1), aber, bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen, dennoch ein Aufsichtsbedarf bejaht wurde (ZOBL/KRAMER, a.a.O., S. 375). Diese vom Gesetzgeber bevorzugte Lösung des Dilemmas der aufsichtsrechtlichen Einordnung der Betreiber von Zahlungssystemen wird auch nach Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 19. Juni 2015 über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatenhandel - in dessen Zuge Art. 1 bis BankG aufgehoben (BBl 2014 7707) und die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen des NBG abgeändert bzw. durch Art. 81 ff. FinfraG ergänzt werden (BBl 2015 4987-4991; BBl 2015 4956-4960; Botschaft FinfraG, 7498) - in den Grundzügen weiterhin Bestand haben (Botschaft FinfraG, 7557), benötigt ein Zahlungssystem als Finanzmarktinfrastruktur doch auch künftig nur eine Bewilligung der FINMA, wenn die Funktionsfähigkeit des Finanzmarktes oder der Schutz der Finanzmarktteilnehmerinnen und -teilnehmer eine solche erfordert und das Zahlungssystem nicht durch eine Bank betrieben wird (Art. 4 Abs. 2 FinfraG; Botschaft FinfraG, 7517; NOBEL, Finanzmarktrecht: Neue Architektur - Neuer Wein?, in: BJM 2015 S. 142). Auch das Konzept der dualistischen Aufsicht wird beibehalten werden: Die FINMA wird die dauernde Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen überwachen, soweit deren Einhaltung nicht durch die Überwachung (Art. 23 revNBG) der besonderen, für systemisch bedeutsame Zahlungssysteme geltenden Anforderungen (Art. 23 FinfraG) durch die Schweizerische Nationalbank erfasst wird (Art. 83 FinfraG).

4.6. Nicht zulässig ist nach dem Gesagten der Schluss, sämtliche Zahlungssysteme, die nicht nach Art. 1 bis BankG diesem Gesetz unterstellt wurden, seien ohne weiteres dessen Anwendungsbereich entzogen. Massgeblich bleibt, dass eine Unterstellung gestützt auf Art. 1 bis BankG (bzw. künftig gestützt auf Art. 4 Abs. 2 FinfraG) in der Eigenschaft als Betreiber eines Zahlungssystemserfolgt; dies schliesst nicht aus, dass das ausgeübte Geschäft zudem einen Einlagencharakter aufweisen kann und aus diesem Grund in Anwendung von Art. 1 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 3 BankG eine Bewilligung als Bankerforderlich ist. Im Folgenden ist daher anhand des BankG zu prüfen, ob das Projekt der Beschwerdeführerin eine bewilligungspflichtige gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG darstellt.

5.

5.1.

5.1.1. Die Beschwerdeführerin beanstandet gleichermassen die Verfassungs- und Gesetzmässigkeit von FINMA-RS 08/3, Ziff. 18bis, wie von Art. 5 Abs. 3 lit. e revBankV. Sie bestreitet, dass die FINMA oder der Bundesrat als Verordnungsgeber die Abgrenzung zu Einlagen von den Kriterien des geringen Umfangs der Gelder (bzw. vom Maximalbetrag von Fr. 3'000.–) und von der Einschränkung auf den künftigen Bezug von Waren und Dienstleistungen (mithin vom Verbot von P2P-Zahlungen) abhängig machen dürfe, für diese Kriterien fehle eine Delegation im BankG. Schon nach der Interpretation des BankG seien die Guthaben auf den Y._____-Konten nicht als Einlagen zu qualifizieren; als reine Verwalter von Guthaben der Kunden auf Abwicklungskonti im Sinne von Art. 1 Abs. 3 BankG würden sie nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 1 Abs. 2 BankG, sondern unter Art. 1 Abs. 3 BankG fallen, weshalb sie keine unterstellungspflichtige Tätigkeiten ausübe. Die von der Vorinstanz angewendeten Kriterien gemäss FINMA-RS 08/3, Ziff. 18bis, seien gesetzes- und verfassungswidrig (unten E. 8). Die vor der Vorinstanz noch umstrittenen weiteren Anordnungen sind vor Bundesgericht nicht mehr angefochten.

5.1.2. In Bezug auf den Sachverhalt bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz habe zahlreiche, für

die Auslegung von Art. 1 Abs. 2 BankG unerlässliche Sachverhaltselemente, auf welche sie - die Beschwerdeführerin - hingewiesen habe, nicht erwähnt und damit von ihren Erwägungen ausgeschlossen, nämlich: Die Guthaben der Kunden würden nicht verzinst; sie würden auf separaten Konten der Beschwerdeführerin bei einer Bank verwaltet, seien zweckgebunden und dürften nur für Zahlungen verwendet werden, welche die Kunden in Auftrag gegeben hätten; Barauszahlungen an Kunden seien ausgeschlossen, Umwandlungen seien einzig durch Überweisungen auf ein auf den Namen des Kunden lautendes Bankkonto möglich; der Anteil an überwiesenen Kundenguthaben betrage nur 0,14 %. Die Guthaben würden nur sehr kurze Zeit auf den Konten verbleiben (84 % der Guthaben für bloss einen Tag, 99 % für weniger als einen Monat); die Beschwerdeführerin gelte als Betreiberin eines Zahlungssystems im Sinne von Art. 15 Abs. 2 NBG und müsse der Nationalbank periodisch statistische Angaben liefern. Diese Sachverhaltselemente müssten in eine gesetzmässige Beurteilung einfliessen, was nicht genügend erfolgt sei. Weder die FINMA noch die Vorinstanz hätten zu diesen
Vorbringen Stellung genommen.
Soweit die vorgebrachten Elemente das Tatsächliche des Rechtsstreites betreffen, ist mit der Beschwerdeführerin davon auszugehen, dass die Vorinstanz die entsprechenden Feststellungen nicht getroffen hat. Festzustellen hat ein Gericht jedoch nur den rechtserheblichen Sachverhalt. Eine fehlende Sachverhaltsfeststellung ist deshalb zum vornherein nur rechtsverletzend unvollständig, wenn eine rechtserhebliche Tatsache nicht festgestellt wurde. Ob die von der Beschwerdeführerin genannten Sachverhaltselemente rechtserheblich sind, wird, als Frage des materiellen Rechts (oben, E. 1.3), im Zusammenhang mit der rechtlichen Beurteilung zu prüfen sein (vgl. unten E. 7.4.3).

5.2.

5.2.1. Gemäss Art. 1 Abs. 2 BankG dürfen natürliche und juristische Personen, die nicht diesem Gesetz unterstehen, keine Publikumseinlagen gewerbsmässigentgegennehmen, wobei der Bundesrat Ausnahmen vorsehen kann, sofern der Schutz der Einleger gewährleistet ist (vgl. dazu Art. 5 Abs. 2 und 3 BankV). Die Auflage von Anleihen gilt von Gesetzes wegen nicht als gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen (Art. 1 Abs. 2 BankG; zum auf die Ausgabe und die Inverkehrsetzung gerichteten Emissionsgeschäft [Primärmarkt]vgl. ZUFFEREY, in: Commentaire romand, Code des obligations II, Code des obligations art. 530-1186, 1. Aufl. 2008, N. 4 zu Intro. art. 1156-1186 CO; KÜNG/HUBER/KUSTER, Kommentar zum Börsengesetz, Bd. I, Erstlieferung 1998 [Nachlieferung 2002, 2004, 2006], S. 95, S. 104 f., S. 112). Gemäss Art. 1 Abs. 3 BankG unterstehen insbesondere nicht dem Gesetz die Börsenagenten und Börsenfirmen, die nur den Handel mit Wertpapieren und die damit unmittelbar im Zusammenhang stehenden Geschäfte betreiben, jedoch keinen Bankbetrieb führen (lit. a; Ausnahme des durch das BEHG geregelten Effektenhandelsgeschäfts als auf die Zulassung von und den gewerbsmässigen Handel mit Effekten ausgerichteten Sekundärmarkt; BODMER/KLEINER/LUTZ,
Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Loseblattausgabe, 23. Nachlieferung 2015, N. 24 zu Art. 1 BankG; ZUFFEREY, a.a.O., N. 5 zu Intro. art. 1156-1186 CO; KÜNG/HUBER/KUSTER, a.a.O., S. 112, anschaulich Art. 8 BEHG in Verbindung mit Art. 17 Abs. 1 des Kotierungsreglements SIX Swiss Exchange), sowie die Vermögensverwalter, Notare und Geschäftsagenten, die lediglich die Gelder ihrer Kunden verwalten und keinen Bankbetrieb führen (lit. b).

5.2.2. Gemäss Art. 3a Abs. 3 aBankV galten insbesondere nicht als Einlage im Sinne des BankG die Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellten oder als Sicherheitsleistung übertragen wurden (lit. a), sowie Habensaldi auf Kundenkonti von Effekten- oder Edelmetallhändlern, Vermögensverwaltern oder ähnlichen Unternehmen, welche einzig der Abwicklung von Kundengeschäften dienen, wenn dafür kein Zins bezahlt wurde (lit. c).

5.2.3. Nach ihrer Tätigkeitsaufnahme ersetzte die FINMA das EBK-RS 96/4 durch das FINMA-RS 2008/3. Darin führte sie aus:
Rz. 10: Die Bankenverordnung geht grundsätzlich davon aus, dass alle Verbindlichkeiten Einlagecharakter haben. Art. 3a Abs. 3 Bst. a-d BankV zählt abschliessend die Ausnahmen auf.¨

Sodann lautet Ziff. 18 bis (wie vorher EBK-RS 96/4 Ziff. 18 bis, in der seit 1. Juli 2004 geltenden Fassung; vgl.

hinten E. 7.3) :

ë) Zahlungsmittel und Zahlungssysteme

Keinen Einlagecharakter haben Gelder, welche einem Zahlungsmittel oder Zahlungssystem (Bezahlkarten, Internetbezahlmöglichkeiten, Mobiltelefonbezahlsysteme, etc.) zugeführt werden, sofern

- sie einzig dem künftigen Bezug von Waren oder Dienstleistungen dienen,
- das maximale Guthaben pro Kunde je Herausgeber eines Zahlungsmittels oder Zahlungssystembetreiber nie mehr als CHF 3'000.- beträgt, und
- für sie kein Zins bezahlt wird. Rabatte oder andere geldwerte Vorteile dürfen nur auf den Waren und Dienstleistungen gewährt werden und nicht von der Höhe des Guthabens abhängen (Art. 3a Abs. 3 Bst. a und c BankV).¨

Das FINMA-RS 2008/03 wurde seither nicht geändert.

5.2.4. In der seit 1. Januar 2015 in Kraft stehenden (rev) BankV werden die Publikumseinlagen in Art. 5 Abs. 1 wie folgt definiert:

Ï Als Publikumseinlagen gelten die Verbindlichkeiten gegenüber Kundinnen und Kunden mit Ausnahme derjenigen nach den Absätzen 2 und 3.¨

In Art. 5 Abs. 3 lit. c revBankV wird in den Grundzügen die Regelung von Art. 3a Abs. 3 lit. c aBankV (Habensaldi auf Kundenkonti, die einzig der Abwicklung von Kundengeschäften dienen, wenn dafür kein Zins bezahlt wird) übernommen. Der Inhalt von Ziff. 18 bis RS-2008/3 wurde sinngemäss in Art. 5 Abs. 3 lit. e revBankV überführt; demnach gelten nicht als Einlagen:

ë. Gelder, die in geringem Umfang einem Zahlungsmittel oder Zahlungssystem zugeführt werden und einzig dem künftigen Bezug von Waren oder Dienstleistungen dienen und für die kein Zins bezahlt wird;.

Gewerbsmässig handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt oder sich öffentlich zur Entgegennahme von Publikumseinlagen empfiehlt, selbst wenn daraus weniger als 20 Einlagen resultieren (Art. 6 BankV).

5.3. Die vorliegend vorfrageweise zu prüfenden Verordnungsbestimmungen über die Ausnahme vom bankenrechtlichen Einlagenbegriff (Art. 5 Abs. 3 lit. c und lit. e BankV) wurden durch den Bundesrat gestützt auf die Delegationsgrundlage von Art. 1 Abs. 2 BankG erlassen (vgl. oben, E. 5.2.1, E. 5.2.2). Das Bundesgericht kann Verordnungen des Bundesrates vorfrageweise auf ihre Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit prüfen. Bei unselbstständigen Verordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen (Art. 182 BV), prüft es, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Soweit das Gesetz den Bundesrat nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, befindet das Gericht auch über die Verfassungsmässigkeit der unselbständigen Verordnung. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Ermessensspielraum für die Regelung auf Verordnungsstufe eingeräumt, so ist dieser Spielraum nach Art. 190 BV für das Bundesgericht verbindlich; es darf in diesem Falle bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern beschränkt sich auf die Prüfung, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten
Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetzes- oder verfassungswidrig ist (BGE 136 II 337 E. 5.1 S. 348; 131 II 13 E. 6.1 S. 25 f., 129 II 162 E. 2.3 S. 166 f.; je mit Hinweisen; TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl. 2011, S. 148 f.). Zudem dürfen sie keine Bestimmungen enthalten, die als wichtige rechtsetzende im Sinne von Art. 164 BV zu qualifizieren sind (zur Delegationsschranke vgl. BGE 141 II 169 E. 3.2, 3.3 S. 171 f.; mit zahlreichen Hinweisen). Analoges gilt für die Verordnungen und Rundschreiben (als kodifizierte Verwaltungspraxis; WINZELER, in: Basler Kommentar zum Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 19 zu Art. 7 FINMAG; Botschaft vom 1.

Februar 2006 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, BBl 2006 2861) der FINMA (Art. 7 Abs. 1 FINMAG), wobei sich diese nicht nur an die Gesetze, sondern auch an die Verordnungen des Bundesrates zu halten haben. Sie dürfen Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen näher ausführen oder konkretisieren, aber nicht abändern (BGE 137 II 371 E. 5 S. 375 ff.; Urteil 2C 98/2013 vom 29. Juli 2013 E. 6, Pra 78/2014 S. 568; WINZELER, a.a.O., N. 3 ff. zu Art. 7 FINMAG). Das Bundesgericht überprüft vorfrageweise, ob diese Schranken eingehalten sind, mithin ob sich eine Verordnung auf eine gesetzliche Delegationsbestimmung stützen kann oder verneinendenfalls, ob sie sich darauf beschränkt, die gesetzlichen Bestimmungen auszuführen. Die Zweckmässigkeit der getroffenen Anordnung entzieht sich hingegen der gerichtlichen Kontrolle (BGE 139 II 460 E. 2.3 S. 464 f.).

6.

6.1.

6.1.1. Der gesetzliche Begriff der Publikumseinlage von Art. 1 Abs. 2 BankG muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach seinem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus; es lehnt es ab, die einzelnen Auslegungselemente hierarchisch zu ordnen (BGE 141 II 220 E. 3.3.1 S. 225; 141 III 155 E. 4.2 S. 156; 140 III 206 E. 3.5.4 S. 214). Die Gesetzesmaterialien sind nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel dazu, den Sinn der Norm zu erkennen (BGE 139 II 404 E. 4.2 S. 416; 138 II 217 E. 4.1 S. 224; 137 III 217 E. 2.4.1 S. 221). Bei der Auslegung neuerer Bestimmungen kommt den Materialien eine besondere Bedeutung zu, weil diesfalls keine für den historischen Gesetzgeber nicht vorhersehbare veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung nahelegen (BGE 141 II 262 E. 4.1 S. 272; 139 III 98 E. 3.1 S. 100; 138 II 440 E. 13 S. 453; 133 III 497 E. 4.1 S. 499). Die Auslegung des Gesetzes ist demnach zwar nicht entscheidend historisch zu orientieren, im Grundsatz aber dennoch auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten (BGE 140 I 305 E. 6.2 S. 311). Autonom vollzogenes EU-Recht ist, in Übereinstimmung mit dem Ziel des Gesetzgebers, eine parallele Regelung zu schaffen, europarechtskonform auszulegen (BGE 137 II 199 E. 4.3.1 S. 209; JUTZI, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Recht der kollektiven Kapitalanlagen, in: AJP 1/2015 S. 10; SEILER, Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, in: ZBJV 150/2014 S. 304 ff.; WIEGAND/BRÜLHART, Die Auslegung von autonom nachvollzogenem Recht der Europäischen Gemeinschaft, Schweizer Schriften zur Europäischen Integration, 1999, S. 28, Fn. 69).

6.1.2. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut soll nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür sprechen, dass dieser nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt; solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben (BGE 141 II 262 E. 4.2 S. 272; 140 II 289 E. 3.2 S. 292; 140 II 129 E. 3.2 S. 131). Die Gesetzesauslegung hat sich dennoch vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an den Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis (BGE 141 III 155 E. 4.2 S. 156; 140 I 305 E. 6.1 S. 310; 141 II 262 E. 4.1 S. 272). Der Auslegungsvorgang soll zu einem vernünftigen, praktikablen und befriedigenden Ergebnis führen, das dem Problemlösungsbedarf Rechnung trägt, ohne die Wertungsentscheidungen des geschichtlichen Normsetzers zu missachten (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 208).

6.2. Der Begriff der Publikumseinlagen (¨dépôts du public¨; ¨depositi del pubblico¨) ist im BankG selbst nicht definiert. Die ursprüngliche Version des Gesetzes (BS 10 337) sowie die Änderung vom 11. März 1971 (AS 1971 808) kannten diesen Begriff noch nicht, sondern denjenigen der Annahme fremder Gelder. Das Bundesgericht erwog dazu, es sei eine weite Auslegung angemessen; das BankG bezwecke in erster Linie den Schutz der Gläubiger; es solle nach Möglichkeit verhindert werden, dass Publikum, das Anlagemöglichkeiten suche, angezogen werde und dann zu Schaden komme, weil eine genügende Aufsicht über die Gesellschaft fehle. Unternehmungen, die sich irgendwie öffentlich zur Entgegennahme von Geldern empfehlen, sollen deshalb der

strengen bankengesetzlichen Kontrolle unterstellt werden (BGE 105 Ib 348 E. 10c S. 365).
Die heute geltende Fassung von Art. 1 Abs. 2 BankG geht auf die Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft vom 15. Juni 1992 (BBl 1992 V 520) zurück. Darin wurde ausgeführt (S. 693), in der Richtlinie 77/780/EWG (Erste Richtlinie 77/780/EWG des Rates vom 12. Dezember 1977 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, [Erste Bankenrichtlinie], ABl L 322, 17. Dezember 1977, S. 30-37) würden Kreditinstitute definiert als Unternehmen, deren Tätigkeit darin bestehe, Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegen zu nehmen und Kredite für eigene Rechnung zu gewähren. Diese Definition entspreche in den massgeblichen Punkten dem traditionellen Begriff der Bank, wie er für die Schweiz in Art. 2 lit. a (a) BankV definiert werde. Nach Artikel 3 der Zweiten Bankenrichtlinie (Zweite Richtlinie 89/646/EWG des Rates vom 15. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und zur Änderung der Richtlinie 77/780/EWG [Zweite Bankenrichtlinie], ABl L 386, 30. Dezember 1989, S. 1-13) seien die Mitgliedsstaaten verpflichtet, jenen Gesellschaften, die dem Gesetz nicht
unterstellt sind, die gewerbsmässige Entgegennahme von Einlagen des Publikums zu untersagen. Ausgenommen seien Fälle, in denen der Schutz der Einleger speziell geregelt sei. Im Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens (Botschaft vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 805) wurde die in der Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft vorgeschlagene Fassung wieder übernommen (BBl 1993 I 876, 970-974). Diese wurde in der Fassung vom 18. März 1994 zum Gesetz (AS 1995 246). Die Unterstellung von E-Geld-Zahlungssystemen unter die Bankenaufsicht wurde im Rahmen dieser Revision nicht ausdrücklich thematisiert.
Auch in der EU wird die Rückzahlbarkeit der Gelder als wesentliches Element des Einlagebegriffs betrachtet (JUNG/BISCHOF, Europäisches Finanzmarktrecht, 2015, S. 63 f.). Die Zweite Bankenrichtlinie, auf welche der Bundesrat in der Botschaft zur heute geltenden Fassung von Art. 1 Abs. 2 BankG abgestellt hatte, definierte zwar den Begriff der Ëinlageñicht; gemäss ihrem Art. 3 war es aber den Personen oder Gesellschaften, die keine Kreditinstitute sind, untersagt, die Tätigkeit der Entgegennahme von Einlagen oder anderen rückzahlbaren Geldern des Publikums gewerbsmässig zu betreiben.Ëin K̈reditinstitutïm Sinne der aktuell geltenden Regelungen (Art. 3 Abs. [1]Ziff. 1 der Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG, ABl L 176, 27. Juni 2013, S. 338-436; Art. 4 Abs. [1]Ziff. [1]der Verordnung [EU]Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über die Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung [EU]
Nr. 646/2012, ABl L 176, 27. Juni 2013, S. 1-337) ist ein Ünternehmen, dessen Tätigkeit darin besteht, Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegenzunehmen und Kredite für eigene Rechnung zu gewähren, womit zum Ausdruck gebracht wird, dass die Rückzahlbarkeit zum Wesen der Einlage gehört. In Art. 2 Abs. (1) Ziff. 3 der Richtlinie 2014/49/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Einlagensicherungssysteme ist die Ëinlageëfiniert als Güthaben, das sich aus auf einem Konto verbliebenen Beträgen oder aus Zwischenpositionen im Rahmen von normalen Bankgeschäften ergibt und vom Kreditinstitut nach den geltenden gesetzlichen und vertraglichen Bedingungen zurückzuzahlen ist, (ähnlich bereits in der Vorgängerrichtlinie, Art. 1 Ziff. 1 der Richtlinie 94/19/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 1994 über Einlagensicherungssysteme, ABl L 135, 31. Mai 1994, S. 5-14: Ëinlage: ein Guthaben, das sich aus auf einem Konto verbliebenen Beträgen oder aus Zwischenpositionen im Rahmen von normalen Bankgeschäften ergibt und vom Kreditinstitut nach den geltenden gesetzlichen und vertraglichen Bedingungen zurückzuzahlen ist, sowie Forderungen, die das Kreditinstitut durch Ausstellung
einer Urkunde verbrieft hat.̈).

6.3. Das Bundesgericht hat sich wiederholt mit dem Begriff der Entgegennahme von Publikumseinlagen befasst. Nach seiner Rechtsprechung besteht die Entgegennahme von Publikumseinlagen darin, dass das Unternehmen Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, d.h. selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird (BGE 136 II 43 E. 4.2 S. 48 f.; 132 II 382 E. 6.3.1 S. 391; Urteile 2C 89/2010, 2C 106/2010 vom 10. Februar 2011 E. 3.1, nicht publ. in BGE 137 II 284; 2C 671/2014 vom 18. Dezember 2014 E. 2.1; 2C 929/2010 vom 13. April 2011 E. 2.1; 2A.218/1999, 2A.219/1999 vom 5. Januar 2000 E. 3b/bb). Grundsätzlich gelten sämtliche Verbindlichkeiten als Einlagen, sofern sie nicht auf Grund einer zulässigen rechtsatzmässigen Regelung von diesem Begriff ausgenommen worden sind (Art. 1 Abs. 2 BankG; Art. 5 Abs. 1, Art. 5 Abs. 3

BankV; 136 II 43 E. 4.2 S. 48 f.; 132 II 382 E. 6.3.1 S. 391; Urteile 2C 671/2014 vom 18. Dezember 2014 E. 2.1; 2C 89/2010, 2C 106/2010 vom 10. Februar 2011 E. 3.1, nicht publ. in BGE 137 II 284; 2C 929/2010 vom 13. April 2011 E. 2.1; 2C 74/2009 vom 22. Juni 2009 E. 2.2.1). In BGE 132 II 382, auf den sich die Vorinstanz wie auch die Beschwerdeführerin berufen, hat das Bundesgericht unter Berufung auf
die Urteile 2A.218/1999 / 2A.219/1999 vom 5. Januar 2000 die Bewilligungspflicht grundsätzlich insoweit für ein Verrechnungssystem verneint, als sich dieses darauf beschränkte, die von den Teilnehmern beantragten Umbuchungen vorzunehmen und Barauszahlungen ausgeschlossen blieben, womit die Zentrale weder Gläubigerin noch Schuldnerin der auf den Teilnehmerkonten verbuchten Guthaben werden konnte (E. 6.3.2). Unter Bezugnahme auf die inzwischen erlassene Ziff. 18 bis des EBK-RS 96/4 erwog es jedoch, das dem Urteil zu Grunde liegende System sprenge diese Ausnahmeregelung: Über das Depotkonto könnten Leistungen von anderen Teilnehmern des Systems direkt bezahlt und eigene Rechnungen von diesen mittels Überweisung beglichen werden. Der Promotor propagiere mit Provisionen und Dividendenëin lebenslanges Einkommen. Auf Begehren hin könne sich der Kontoinhaber sein Guthaben auszahlen lassen. Es seien somit unter Renditeversprechungen Ein- und Auszahlungen auf das Depotkonto möglich, wobei die Emittentin zur Schuldnerin der empfangenen Leistung werde. Die Guthaben seien wie ein Kontokorrentkonto einer Bank zu behandeln und würden gesamthaft nicht unter die Ausnahmen von Art. 3a Abs. 3 lit. a BankV bzw. Rz. 18 bis EBK-RS 96/4 fallen, zumal
sich darauf regelmässig auch Guthaben von über Fr. 3'000.– befunden hätten.

6.4. Die Literatur gibt in der Regel keine positive Definition der Einlage, sondern beschränkt sich darauf, die in der Verordnung enthaltenen Ausnahmen wiederzugeben (RIMLE, a.a.O., S. 13 ff.; TAISCH, Finanzmarktrecht, 2. Aufl. 2010, S. 95 f.; MICHAEL KUNZ, Regulation of Electronic Banking in Switzerland, 2001, S. 17 ff.; zur Definition über das bankmässige Passivgeschäft vgl. EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl. 2011, S. 490 ff.) oder auszuführen, grundsätzlich alle Publikumsgelder würden als Einlagen gelten (NOBEL, Finanzmarktrecht, S. 536 ff., ARTER, a.a.O. [2008], S. 91, 97; LARS SCHLICHTING, Legge sulle banche, annotata e commentata, 2013, S. 3). Vor der Ergänzung des EBK-RS 96/4 mit Ziff. 18 bis wies die Literatur teilweise kommentarlos auf die Situation hin, wie sie sich nach dem Entscheid der EBK von 1998 (unten E. 7.3) ergab (IYNEDJIAN, La monnaie électronique, SZW 2000, S. 174; ROLF H. WEBER, E-Commerce und Recht, Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, 2. Aufl. 2010, S. 603). Teilweise wurde angemerkt, prepaid-Systeme seien als kritisch einzustufen, weil der Kunde voraus bezahlen müsse (KUNZ, a.a.O., S. 18); das Fehlen einer hoheitlichen Überwachung sei nicht
unproblematisch, das Gesetz würde eine Unterstellung erlauben, was aber eine Verordnungsänderung bedingen würde (ROLF H. WEBER, Elektronisches Geld, 1999, S. 89 f.; vgl. auch MICHAEL KUNZ, Jedem sein eigenes elektronisches Geld? Zur Frage nach dem Regulierungsbedarf, NZZ 9. Januar 1999 S. 27); es wurde auch auf Bestrebungen der EBK hingewiesen, die Aufsicht zu verbessern (NOBEL, Finanzmarktrecht, 2. Aufl. 2004, S. 506 ff., 644 ff.). Nach Erlass der Ziff. 18 bis von EBK-RS 96/4 wies die Literatur auf diese Bestimmung hin (KLEINER/BODMER/LUTZ, a.a.O., N. 33 zu Art. 1 BankG; KRAMER, a.a.O., N. 24 ff. zu Art. 1 bis BankG; SCHLICHTING, a.a.O., S. 3), allenfalls ergänzt mit dem Hinweis, es handle sich um eine pragmatische Lösung, die auf einer lockeren Auslegung von Art. 3a Abs. 3 aBankV beruhe und unverhältnismässige Aufsicht verhindere (ARTER, a.a.O. [2008], S. 94 Fn 534, [2005], S. 138 ff.; STEFAN KRAMER, Rechtsprobleme des Interbanken-Zahlungsverkehrs, SSBR Schweizer Schriften zum Bankrecht Bd. Nr. 80, 2005, S. 10; BAHAR/ STUPP, a.a.O., N. 16 zu Art. 1 BankG).

6.5. Am bisherigen Einlagenbegriff (oben, E. 6.3) ist festzuhalten. Als Einlagen im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG gelten, wie zutreffend in Art. 5 Abs. 1 BankV umschrieben, sämtliche nicht ausgenommenen Verbindlichkeiten gegenüber Kundinnen und Kunden in der Form, dass der Empfänger der Leistung zu deren Rückzahlungsschuldner wird. Gesetzlich untersagt ist den Nichtbanken die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen (vgl. dazu Art. 1 Abs. 2 BankG, Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 BankV, Art. 6 BankV). Das Verbot der Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Nichtbanken untersagt demnach das bankenmässige Passivgeschäft (EMCH/RENZ/ARPAGAUS, a.a.O., S. 490 ff.); für seine Anwendbarkeit ist nicht erforderlich, dass parallel dazu auch das Aktivgeschäft betrieben wird. Mit dem Verbot der gewerbsmässigen Annahme von Publikumseinlagen wird das aufsichtsrechtliche System geschlossen: Wer gewerbsmässig Publikumsgelder annimmt, ist bewilligungs- und aufsichtspflichtig und gilt damit als Bank; Unternehmen oder Private, die

keine Banken sind und dieser Pflicht nicht unterliegen, dürfen keine solchen Gelder annehmen (Urteil 2C 929/2010 vom 13. April 2011 E. 2.1; BODMER/KLEINER/LUTZ, a.a.O., N. 30 und 72 zu Art. 1 BankG; BAHAR/STUPP,
a.a.O., N. 7 zu Art. 1 BankG).

7.

7.1. Die Vorinstanzen gehen davon aus, dass die hier streitigen Dienstleistungen grundsätzlich unter den Begriff der Publikumseinlage fallen und damit dem Gesetz unterstehen, solange nicht eine der in der Verordnung und dem Rundschreiben geregelten Ausnahmen vorliegt. Die Beschwerdeführerin ist demgegenüber der Auffassung, dass ihre Tätigkeit gar nicht unter den Begriff der Einlage fällt und damit dem Gesetz nicht unterstellt werden kann. Die Kriterien der Höhe des Guthabens und der Überweisung auf Konten anderer Kunden seien aufsichtsrechtlich nicht nachvollziehbar, weil sie nichts mit dem Kriterium der Rückzahlbarkeit zu tun hätten, und hätten keine gesetzliche Grundlage. Der Gesetzgeber habe auf eine aufsichtsrechtliche Regelung der Zahlungsdienstleistungen verzichtet.
Gemäss den oben stehenden Erwägungen gilt als entscheidendes Merkmal der Einlage das Eingehen einer Verbindlichkeit in dem Sinn, dass der Empfänger der Leistung selbst zu deren Rückzahlungsschuldner wird. Zu prüfen ist in einem ersten Schritt (E. 7.2-7.4), ob dieses Kriterium auf so genannte elektronische Zahlungsmittel zur Anwendung gelangt und das projektierte Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin den Begriff der Einlage gemäss Art. 1 Abs. 2 BankG erfüllt. Ist der Einlagebegriff erfüllt, wird geprüft, ob eine Ausnahmebestimmung greift (E. 8).

7.2. In der EU kam die Kommission 1998 zum Ergebnis, dass die Ausgabe von E-Geld an sich angesichts seiner spezifischen Eigenschaften als elektronischer Ersatz für Münzen und Banknoten nicht als Entgegennahme von Einlagen angesehen werden könne, die nur Kreditinstituten erlaubt sei; dennoch bestünden gewisse Risiken, die eine besondere Aufsichtsregelung rechtfertigten, weshalb sie eine besondere Richtlinie für E-Geldinstitute vorschlug (ABl C 317/7 vom 15. Oktober 1998). In der Folge wurde die Richtlinie 2000/46/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 18. September 2000 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten (ABl L 275/39 vom 27. Oktober 2000) erlassen (vgl. IYNEDJIAN, a.a.O., S. 173 f.), welche später ersetzt wurde durch die Richtlinie 2009/110/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten, zur Änderung der Richtlinien 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2000/46/EG (ABl L 267/7 vom 10. Oktober 2009). Diese geht davon aus, dass die Ausgabe von E-Geld als solche keine Entgegennahme von Einlagen im Sinne der (mittlerweile aufgehobenen) Richtlinie
2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute ist und demzufolge nicht dieser Richtlinie untersteht (Erwägungsgründe 13 und 25; Art. 6 Abs. (3), und zwar obwohl sie zwingend rücktauschbar sind, mithin die Emittenten den Wert des Guthabens auf Verlangen des Inhabers jederzeit zurückerstatten müssen (Erwägungsgrund 18 sowie Art. 11). Zur Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen für E-Geld-Institute und Kreditinstitute finden die relevanten Vorschriften der Zahlungsdienstrichtline (Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG, ABl L 319, 5. Dezember 2007, S. 1-36; vgl. zur geplanten Änderung Zahlungsdienste im Binnenmarkt, Legislative Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 8. Oktober 2015 zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2013/36/EU und 2009/110/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG) für E-Geld-Institute
unbeschadet der Vorschriften der E-Geld-Richtlinie Anwendung (WAHLERS, a.a.O., S. 66). Sie müssen zudem bestimmte Anfangskapital- und Eigenmittelanforderungenerfüllen (Art. 4 und 5 E-Geldrichtlinie) und Geldbeträge, die sie für die Ausgabe von E-Geld entgegen genommen haben, sichern (Art. 7 E-Geld-Richtlinie).

7.3. In der Schweiz kam die frühere Bankenkommission im Jahr 1998 - wie die Botschaft NBG, vgl. oben, E. 4.4.1 - ebenfalls zum Ergebnis, dass die Ausgabe an sich von elektronischem Geld unter gewissen Voraussetzungen nicht bewilligungspflichtig sei und auch Nichtbanken offen stehe; entscheidend war dabei die

konkrete Ausgestaltung, nämlich dass die auf das Geschäftskonto der Emittentin einbezahlten Beträge ausschliesslich zur Umwandlung in elektronisches Geld oder zur Rückumwandlung in Giralgeld verwendet wurden und die Gelder nicht verzinst wurden. Zugleich wies die Bankenkommission auf die Regelungsbestrebungen in der EU hin; ob diese neue Richtlinie Auswirkungen auf die Ausgabe von elektronischem Geld in der Schweiz haben werde, lasse sich vorläufig nicht abschliessend beurteilen (Jahresbericht EBK 1998 S. 55 f.).
In der Folge wurde die Frage der aufsichtsrechtlichen Unterstellung von E-Geldinstituten innerhalb der Bankenkommission weiterhin diskutiert (vgl. Jahresberichte der Bankenkommission 2000 S. 18 ff., 2003 S. 44). Auf den 1. Juli 2004 ergänzte die Bankenkommission ihr Rundschreiben Ṗublikumseinlagen bei Nichtbanken̈(EBK-RS 96/4) um eine Ziff. 18 bis. Danach galten Gelder, die einem Zahlungsmittel oder Zahlungssystem zugeführt werden, unter gewissen Voraussetzungen nicht als Einlagen (Jahresbericht der Bankenkommission 2004 S. 38; Jurius, EBK setzt Änderungen des EBK-RS 96/4 für neue Zahlungsmittel und Vereine und Stiftungen in Kraft, in: Jusletter 5. Juli 2004).

7.4. Auf Grund der gesetzlichen Vorgaben erweist sich demnach die Regelung elektronischer Zahlungsmittel in der Schweiz als liberaler als diejenige in der EU: Die Ausgabe und die blosse Verwaltung elektronischer Zahlungsmittel ist, wie der Betrieb eines Zahlungssystems, grundsätzlich bewilligungsfrei möglich. Dies schliesst allerdings nicht aus, dass bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen - wie etwa die Erfüllung der Kriterien des bankenmässigen Passivgeschäfts oder die Systemrelevanz des Zahlungssystems - eine Unterstellung unter spezialgesetzliche finanzmarktrechtliche Regelung erfolgt. Zu prüfen ist, ob das projektierte Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin unter den Einlagenbegriff gemäss Art. 1 Abs. 2 BankG fällt.

7.4.1. Die Beschwerdeführerin bringt vor, ihre Tätigkeit unterscheide sich wesentlich von dem in BGE 132 II 382 (vgl. oben, E. 6.3) zu beurteilenden Geschäftsmodell: Bei ihr bestünden keine Renditeversprechungen und Ein- und Auszahlungen seien nicht wie beim einem Kontokorrenten möglich. Sie verpflichte sich, im Auftrag und auf Rechnung der Kunden Zahlungen an Dritte zu leisten, welche X._____ als Zahlungsmittel akzeptieren. Barauszahlungen in gesetzlichen Zahlungsmitteln seien ausgeschlossen. Die Kunden könnten ihre Guthaben nicht als Geldschuld auszahlen lassen. Sie sei daher nicht Rückzahlungsschuldnerin.

7.4.2. In der Tat ist ein Zahlungssystem, wie es die Beschwerdeführerin betreibt, mit den von der Rechtsprechung bisher beurteilten Modellen nicht ohne weiteres vergleichbar. Die Guthaben der Kunden haben zumindest auf den ersten Blick nicht die gleiche Funktion wie die traditionellen Bankeinlagen: Die Kunden wollen nicht Investitionen tätigen, für welche ihnen eine Rendite in Aussicht gestellt wird, und auch nicht in erster Linie Geld anlegen, sondern sie erwerben ein Zahlungsmittel, um auch ohne Bankkonto oder Kreditkarte Güter oder Dienstleistungen ohne Bargeld bezahlen zu können. Die einbezahlten Gelder haben deshalb keinen typischen Einlagencharakter (KRAMER, a.a.O., N. 24 zu Art. 1 bis BankG).

7.4.3. Wie die Beschwerdeführerin allerdings einräumt, hat sie sich in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen unbestrittenermassen dazu verpflichtet, ihren Kundinnen und Kunden ihr Y._____-Guthaben jederzeit auf ein Bankkonto der Kundin oder des Kunden auszuzahlen. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass die Ausnahmebestimmungen vom Einlagebegriff auch dann noch zur Anwendung gelangen würden, wenn die Benützer von Prepaid-Systemen die Möglichkeit haben, das Guthaben auf ein Konto bei der Bank zu übertragen, ohne direkt von der Buchungszentrale die Auszahlung verlangen zu können (KRAMER, a.a.O., N. 25 zu Art. 1bis BankG; OLIVIER FAVRE, Verwaltungsrecht, FHB-Fachhandbuch, 2015, S. 39 Fn. 26). Indessen können die Kundinnen und Kunden die Gelder von den Bankkonten, auf die sie die Überweisung veranlasst haben, auch wieder bar beziehen. Auch wenn kein Anspruch auf direkte Barauszahlung besteht, so verfügen die Kundinnen und Kunden bei bestehender Verpflichtung auf Auszahlung auf ein auf ihren Namen lautendes Bankkonto dennoch über einen Rückforderungsanspruch gegenüber der Beschwerdeführerin, weshalb diese selbst als Rückzahlungsschuldnerin der empfangenen Leistung anzusehen ist und demnach Einlagen im Sinne von Art. 1
Abs. 2 BankG entgegennimmt (Bestätigung der Rechtsprechung von BGE 132 II 382 E. 6.3.3 S. 393). Die weiteren Elemente, welche die Vorinstanz gemäss der Auffassung der Beschwerdeführerin in rechtsverletzender Weise nicht festgestellt hat (vgl. dazu oben, E. 5.1.2) erweisen sich als für die Qualifikation als Einlage nicht erheblich; dies gilt insbesondere für die Frage, ob ein Zins entrichtet wird. Selbstredend fällt die Bezahlung

von Zinsen (als eine gegenüber der Kundin oder dem Kunden bestehende Verpflichtung) ebenfalls unter den Einlagenbegriff (vgl. EMCH/RENZ/ARPAGAUS, a.a.O., S. 490); entscheidend für die Erfüllung des Einlagenbegriffs ist jedoch bereits die Rückzahlungsverpflichtung für die empfangene Leistung an sich, die nicht begriffsnotwendig verzinslich sein muss. Dass gemäss den Vorbringen der Beschwerdeführerin faktisch nur ein sehr geringer Teil der Guthaben umgetauscht wird (im Jahre 2013 nur 0,14 % der Guthaben), ändert am rechtlichen Bestand des Rückforderungsanspruchs nichts, ebenso wenig der Umstand, dass gemäss Darstellung der Beschwerdeführerin die meisten Guthaben nur kurze Zeit auf den Konten verbleiben.

7.4.4. Diese rechtliche Qualifikation rechtfertigt sich auch aus Gründen der verfassungskonformen Auslegung von Art. 1 Abs. 2 BankG im Sinne der Wettbewerbsneutralität und der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten. Die Beschwerdeführerin ermöglicht mit ihrem P2P-Geschäfte nicht nur das Bezahlen von Waren und Dienstleistungen, sondern auch Rückerstattungen und andere Zahlungen zwischen zwei oder mehreren (natürlichen) Personen. Sie setzt damit vermehrt Anreize für die Kundinnen und Kunden, die Guthaben nicht bloss als Zahlungssystem zu benützen, sondern als eigentliches Kontokorrent. Die Grenze zu einem traditionellen Bankkonto wird dadurch fliessend, weshalb aus denselben Risikoüberlegungen grundsätzlich dieselben Regelungen Anwendung finden sollen.

7.4.5. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Überweisungen könnten künftig auch vollständig ausgeschlossenen werden, was freilich einen Abbau von Kundenrechten bedeuten würde. Sie weist darauf hin, dass die Rückzahlbarkeit EU-rechtlich vorgeschrieben sei; trotz der Rückforderbarkeit würden die elektronischen Zahlungsguthaben der Kunden EU-rechtlich nicht als Einlage gelten. Der Verzicht auf die Rückzahlbarkeit würde einen Unterschied zu der in der EU geltenden Regelung bedeuten.
Die EU-Kommission war in ihrem Vorschlag vom 21. September 1998 zu einer Richtlinie über E-Geldinstitute davon ausgegangen (Art. 2 Abs. 4), die Rücktauschbarkeit elektronischen Geldes stelle für sich allein noch keinen hinreichenden Grund dar, die einbezahlten Gelder als Einlagen im Sinne der Richtlinien über die Kreditinstitute (vgl. vorne E. 7.2). Im Vertrag zwischen Emittent und Benutzer müsse festgelegt werden, ob der Betrag rückzahlbar sei. Der Wirtschafts- und Sozialausschuss zweifelte in seiner Stellungnahme vom 12. November 1998 (ABl C 101/64 vom 12.4.1999), ob die Qualifikation als Nicht-Einlage zutreffend sei, und vertrat die Meinung, dass die Rücktauschbarkeit im Sinne des Verbraucherschutzes zwingend vorzusehen sei (Ziff. 3.2.2-3.2.4). In der definitiven Fassung der Richtlinie 2000/46/EG wurde einerseits daran festgehalten, dass die Entgegennahme eines Geldbetrags für elektronisches Geld im Sinne der Richtlinie nicht als Einlage gelte (Art. 2 Abs. 3), andererseits aber die Rücktauschbarkeit zwingend vorgeschrieben (Art. 3). Dasselbe gilt auch in der aktuell geltenden Richtlinie 2009/110/EG (Art. 6 Abs. 3 und Art. 11), welche die Richtlinie 2000/46/EG ersetzt hat und ihrerseits vor einer Änderung steht (vgl.
Zahlungsdienste im Binnenmarkt, Legislative Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 8. Oktober 2015 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2013/36/EU und 2009/110/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG, Art. 111 [Änderung der Richtlinie 2009/110/EG]).

7.4.6. Nachdem sich Art. 1 Abs. 2 BankG bewusst an die EU-rechtliche Lage anlehnt (vorne E. 6.2), würde es an sich nahe liegen, diese EU-rechtliche Qualifikation auch im schweizerischen Recht zu übernehmen. Allerdings ist zu beachten, dass in der EU E-Gelder nur deswegen vom Anwendungsbereich der für Kreditinstitute geltenden Bestimmungen ausgenommen wurden, weil sie von spezielleren Regelungen (E-Geld-Richtlinie und Zahlungsdienstrichtlinie) erfasst und den darin enthalten Marktzulassungs-, Überwachungs-, Liquiditäts- und Eigenmittelvorschriften unterstehen (oben, E. 7.2). Damit besteht auf der EU-Ebene ein besonderes Aufsichtsinstrument für elektronische Zahlungsmittel. Ein solches Aufsichtssystem zum Schutze der Kundinnen und Kunden von prepaid-Kartenanbietern existiert in der Schweiz nicht. Würden hier - wie in der EU - die Einzahlungen durchwegs nicht als Publikumseinlagen qualifiziert, bestünde, selbst wenn nicht reine Zahlungsdienstleistungen, sondern inhaltlich mit dem bankenmässigen Passivgeschäft vergleichbare Leistungen angeboten werden, überhaupt keine auf den Gläubiger- und Anlegerschutz ausgerichtete aufsichtsrechtliche Regelung. Dieser grundlegende Unterschied zwischen dem schweizerischen und dem EU-rechtlichen
Aufsichtssystem führt dazu, dass nicht unbesehen auf die EU-rechtliche Qualifikation der Einlagen abgestellt werden kann.

8.
Fällt das projektierte Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin somit unter den Einlagenbegriff von Art. 1 Abs. 2 BankG, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob es - insbesondere weil keine Gefährdung der Einleger besteht - gesetzlich oder auf dem Verordnungsweg (zulässigerweise) von diesem Begriff wieder ausgenommen worden ist.

8.1. Die Beschwerdeführerin kritisiert zunächst, die Vorinstanz habe sich ausschliesslich auf Art. 1 Abs. 2 BankG bezogen und nicht auf dessen Abs. 3. Der zu beurteilende Sachverhalt falle aber unter Art. 1 Abs. 3 BankG, so dass Art. 1 Abs. 2 BankG gar nicht anwendbar sei. Die Beschwerdeführerin übersieht dabei, dass die Ausnahmebestimmung von Art. 1 Abs. 3 lit. b BankG nur auf reine Abwicklungskonti Anwendung findet, die einzig dazu dienen, die notwendige Liquidität zur Abwicklung eines Hauptgeschäftes zur Verfügung zu stellen. Tritt eine Person hingegen - wie vorliegend die Beschwerdeführerin - nur als Vermittlerin bzw. als Intermediärin auf, ist der Anwendungsbereich der Ausnahmebestimmung von Art. 1 Abs. 3 BankG nicht eröffnet (BODMER/KLEINER/LUTZ, a.a.O., N. 62 zu Art. 1 BankG; BAHAR/STUPP, a.a.O., N. 51 zu Art. 1 BankG). Aus diesem Grund kann auch die die gesetzliche Ausnahmeregelung von Art. 1 Abs. 3 BankG konkretisierende Verordnungsbestimmung von Art. 5 Abs. 3 lit. c BankV (vormals Art. 3a Abs. 3 lit. c aBankV) nicht erfüllt sein.

8.2. Art. 1 Abs. 2 BankG ermächtigt den Bundesrat, bestimmte Aktivitäten, die an sich unter den Begriff der Publikumseinlagen fallen würden, aus Gründen eines bereits gewährleisteten Einlegerschutzes wieder davon auszunehmen, mithin den Geltungsbereich des Gesetzes einzuschränken. Er hat von dieser Zuständigkeit in Art. 3a Abs. 3 und 4 aBankV bzw. Art. 5 Abs. 2 und 3 revBankV Gebrauch gemacht (vgl. oben, E. 5.2.1, E. 5.2.2). Das bisherige Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin wurde von der FINMA gestützt auf Art. 5 Abs. 3 lit. e BankV und das diese Verordnungsbestimmung konkretisierende Rundschreiben Ëinlagen Nichtbankenv̈om bankenrechtlichen Einlagenbegriff ausgenommen und damit als nicht unterstellungspflichtig qualifiziert. Das projektierte Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin sieht hingegen eine Anhebung der maximalen Guthabenlimite auf Y._____-Konten über Fr. 3'000.– und die Möglichkeit von Überweisungen von Guthaben zwischen Y._____-Konti verschiedener Kunden vor (sog. P2P-Geschäft).

8.3. Die streitige Dienstleistung erfüllt die Anforderungen von FINMA-RS 08/3, Ziff. 18 bis, nicht: Einerseits dienen die Guthaben, wenn sie auf ein anderes Kundenkonto überwiesen werden können, nicht einzig dem künftigen Bezug von Waren oder Dienstleistungen (erster Spiegelstrich); andererseits wird die Limite von Fr. 3'000.– überschritten (zweiter Spiegelstrich). Mittlerweile ist das Erfordernis, dass die Gelder einzig dem künftigen Bezug von Waren oder Dienstleistungen dienen, ausdrücklich in Art. 5 Abs. 3 lit. e BankV enthalten, ebenso das Erfordernis, dass es sich um Gelder ïn geringem Umfangẗandeln muss. Streitig und zu prüfen ist rügegemäss die Verordnungs- (Art. 5 Abs. 3 lit. e BankV), Gesetzes- (Art. 1 Abs. 2 BankG) und Verfassungskonformität (Art. 27, Art. 94 BV) der im FINMA-RS 08/3 kodifizierten Verwaltungspraxis.

8.3.1. Festzuhalten ist vorab, dass das Bundesgericht die sich aus den bundesgesetzlichen Vorschriften über das Bankenrecht ergebenden Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) anzuwenden hat (Art. 190 BV). Die Beschwerdeführerin macht denn auch nicht geltend, die Bewilligungspflicht des bankenmässigen Passivgeschäfts (Art. 1 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 BankG) an sich verletze ihre Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist (Art. 106 Abs. 2 BGG).

8.3.2. Die Verordnungsbestimmungen über die Ausnahmen vom bankengesetzlichen Einlagenbegriff (Art. 5 Abs. 3 BankV) sind, als Ausnahmebestimmungen von eingreifenden aufsichtsrechtlichen gesetzlichen Bestimmungen (Art. 1 Abs. 2 BankG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 BankG) nicht geeignet, die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) der Beschwerdeführerin zu tangieren, führen sie doch in ihrem Anwendungsbereich zu einer Ausnahme vom bewilligungspflichtigen Bereich. Die Beschwerdeführerin macht auch nicht geltend, der Bundesrat habe mit dem Erlass von Art. 5 Abs. 3 BankV seine ihm mit Art. 1 Abs. 2 BankG eingeräumte Verordnungskompetenz (zur Ausnahme bestimmter Tatbestände vom Einlagenbegriff) überschritten, wäre doch, ohne diese Ausnahmebestimmungen, die Tätigkeit der Beschwerdeführerin ohne Weiteres auf Grund des erfüllten Einlagenbegriffes (oben, E. 7) als unterstellungspflichtige Tätigkeit anzusehen. Zu prüfen ist nachfolgend nur, ob

sich die im FINMA-RS 08/03, Ziff. 18bis, kodifizierte Verwaltungspraxis an den Rahmen der Ausnahmebestimmung von Art. 5 Abs. 3 lit. e BankV hält.

8.3.2.1. Das in Art. 5 Abs. 3 lit. e revBankV verankerte Kriterium des Zwecks - künftiger Bezug von Waren und Dienstleistungen - geht letztlich auf Art. 1 Abs. 3 BankG und die vormalige Ausnahmebestimmung von Art. 3a Abs. 3 lit. a aBankV zurück (vgl. BGE 132 II 382 E. 6.3.3 S. 392 f.; BAHAR/STUPP, a.a.O., N. 16 zu Art. 1 BankG) und will die bewilligungsfreie Abwicklung des reinen Zahlungsverkehrs für ein Warengeschäft und den Bezug von Dienstleistungen ermöglichen; ausgeschlossen sind Tätigkeiten als Vermittler oder Intermediär (vgl. oben, E. 8.1). Dieses in der Verordnungsbestimmung von Art. 5 Abs. 3 lit. e BankV enthaltene Kriterium ist somit in einem Bundesgesetz (Art. 1 Abs. 3 BankG) angelegt, weshalb es selbst im Rahmen einer vorfrageweisen Überprüfung einer unselbstständigen Verordnung auf ihre Verfassungsmässigkeit hin durch das Bundesgericht anzuwenden ist (Art. 190 BV; TSCHANNEN, a.a.O., S. 148). Insofern sich die Beschwerde gegen eine Qualifizierung als Einlage im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG mit der Begründung richtet, die Vorinstanz habe Art. 5 Abs. 3 lit. e BankV und das darauf gestützte FINMA-RS 08/3 zu eng ausgelegt, erweist sie sich als unbegründet.

8.3.2.2. Das strittige Kriterium des ğeringen Umfangsğemäss Art. 5 Abs. 3 lit. e BankV geht auf die Delegationsgrundlage (Art. 1 Abs. 2 BankG) zurück. Die Ermächtigung des Bundesrates, Ausnahmen vom bankenrechtlichen Einlagenbegriff auf dem Verordnungsweg einzuführen, ist auf Tatbestände beschränkt, in welchen der Einlegerschutz bereits gewährleistet ist und sich eine Unterstellung unter die bankengesetzlichen Anforderungen somit nicht rechtfertigt. Unverhältnismässig ist eine solche Unterstellung insbesondere für Gelder, die in geringem Umfang einem Zahlungssystem zugeführt werden (BAHAR/ STUPP, a.a.O., N. 16 zu Art. 1 BankG). Dass die FINMA als fachkundige Behörde diesen Betrag in ihrer die Verordnungsbestimmung von Art. 5 Abs. 3 lit. e BankV konkretisierenden Verwaltungspraxis (FINMA-RS 08/3, Ziff. 18 bis) auf Fr. 3'000.– festgesetzt hat, liegt (als Beurteilungsspielraum bei der Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., 4. Aufl. 2014, S. 222) in ihrem technischen Ermessen (BGE 135 II 356 E. 3.1 S. 360), dessen Ausübung das Bundesgericht im Rahmen der akzessorischen Prüfung einer unselbstständigen bundesrätlichen Verordnung nicht überprüft (vgl. oben, E. 5.3.1). Schliesslich ist darauf
hinzuweisen, dass gemäss Ziff. 34 des FINMA-RS 08/3 die Entgegennahme von Einlagen zulässig ist, wenn eine dem Bankengesetz unterstellte Bank die Rückzahlung der Einlagen garantiert. Auf diese Weise kann dem Schutzgedanken, der dem Bankengesetz zugrunde liegt, Rechnung getragen werden, ohne auf unverhältnismässige Weise in die Wirtschaftsfreiheit der Zahlungssystembetreiber einzugreifen. Die Beschwerdeführerin hat es somit in der Hand, mit einer derartigen Ausfallgarantie ihr Geschäftsmodell zu betreiben, ohne selber eine Bankenbewilligung einholen zu müssen.
Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet und ist abzuweisen.

9.
Bei diesem Verfahrensausgang trägt die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Parteientschädigungen werden nicht gesprochen (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 24. November 2015

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

Der Präsident: Zünd

Die Gerichtsschreiberin: Mayhall