

Fabio Andreotti, Zürich
[...]

Per E-Mail

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Dr. Giulia Mariani
Laupenstrasse 27
CH-3003 Bern
giulia.mariani@finma.ch
regulation@finma.ch

Zürich, 10. Mai 2022

Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Konsultation zur Teilrevision der Geldwäschereiverordnung der FINMA (GwV-FINMA)

Sehr geehrte Frau Dr. Mariani,

vielen Dank für die Einladung zur Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Konsultation zur Teilrevision der der Geldwäschereiverordnung der FINMA (GwV-FINMA) gemäss Art. 10 Abs. 2 der Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz. Die vorliegende Stellungnahme äussert sich ausschliesslich zur geplanten Verschärfung des Schwellenwerts bei Geschäften mit virtuellen Währungen (Art. 51a Abs. 1^{bis} nGwV-FINMA).

1. Hintergrund und Kritik am Vorgehen

Unter dem Titel «Geschäfte mit virtuellen Währungen» (Art. 51a GwV-FINMA) muss heute ein Finanzintermediär seine Vertragspartei identifizieren, wenn eine Transaktion mit einer virtuellen Währung oder mehrere solche Transaktionen, die miteinander verbunden erscheinen, den Betrag von 1'000 Franken erreichen oder übersteigen, sofern diese Transaktionen keine Geld- und Wertübertragungen darstellen und mit diesen Geschäften keine dauernde Geschäftsbeziehung verbunden ist (Abs. 1). Der Finanzintermediär kann auf die Identifizierung der Vertragspartei verzichten, wenn er sich versichert hat, dass die Vertragspartei diejenige Person ist, die bereits bei der ersten Transaktion identifiziert wurde (Abs. 2). Der Finanzintermediär muss die Vertragspartei in jedem Fall identifizieren, wenn Verdachtsmomente für mögliche Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung vorliegen (Abs. 3).

Im Zentrum der geplanten Revision von Art. 51a GwV-FINMA steht das Tatbestandselement «Transaktionen, die miteinander verbunden erscheinen». Die FINMA schlägt vor, dass Transaktionen dann als miteinander verbunden zu betrachten sind, wenn der Schwellenwert von 1'000 Franken innerhalb eines Zeitraums von einem Monat überschritten wird (und nicht wie nach bisheriger Praxis innerhalb eines Tages). Finanzintermediäre sollen neu entsprechende technische Vorkehrungen treffen, um eine Überschreitung des Schwellenwerts zu vermeiden (Art. 51a Abs. 1^{bis} nGwV-FINMA).

Es ist hervorzuheben, dass die FINMA bereits im Herbst des letzten Jahres mittels entsprechender Instruktion an die Selbstregulierungsorganisationen (SROs) auf eine verschärfte Auslegung des vorgenannten Tatbestandselements hingewirkt hat.¹ Erst nach grossem Widerstand in der Schweizer Krypto-Community hat sich die FINMA für eine formelle Revision der GwV-FINMA verbunden mit einer öffentlichen Konsultation entschieden. Das nunmehr gewählte Vorgehen ist zwar begrüssenswert, jedoch handelt es sich entgegen der Meinung der FINMA nicht bloss um eine Klarstellung im Sinne eines «Housekeepings», sondern weiterhin um eine einschneidende Verschärfung, die einer zufriedenstellenden Begründung bedarf. Zudem scheint das Revisionsvorhaben von einem ausgeprägten Aktionismus der Finanzmarktaufsichtsbehörde geprägt zu sein: Die Sondernorm betreffend «Krypto-Geldwechsel» wurde erst per 1. Januar 2021 in Kraft gesetzt und soll nun bereits per 1. Dezember 2022 in revidierter Fassung Geltung erlangen. Eine derartige Kurzlebigkeit von Aufsichtsnormen muss ebenfalls im Licht der Rechtssicherheit gut begründet sein.

2. Mangelhafte Begründung des teilrevidierten Art. 51a GwV-FINMA

Die geplante Anpassung von Art. 51a GwV-FINMA ist nach vorliegender Ansicht in mehreren Punkten problematisch:

- **Nicht verhältnismässig**: Der Gesetzgeber sieht in Art. 7 Abs. 2 FINMAG vor, dass die FINMA nur reguliert, soweit dies mit Blick auf die Aufsichtsziele nötig ist, sowie wenn immer möglich prinzipienbasiert. Gleichermassen soll die FINMA gemäss der erwähnten Bestimmung die unterschiedlichen Grössen, Komplexitäten, Strukturen, Geschäftstätigkeiten und Risiken der Beaufsichtigten berücksichtigen (lit. c). Damit sind im Wesentlichen das verfassungsmässige Gebot der Verhältnismässigkeit und das aufsichtsrechtliche Prinzip der risikoorientierten Regulierungs- und Aufsichtstätigkeit angesprochen.²

Als Hauptanwendungsfall von Art. 51a GwV-FINMA führt die FINMA den Geldwechsel an Automaten für virtuelle Währungen an.³ Der automatenbasierte Krypto-Geldwechsel unterscheidet sich wesentlich von anderen Geschäftsmodellen des Krypto-Geldwechsels, wie etwa von demjenigen unter Bezug eines Bankkontos durch den Kunden des Geldwechslers. Die Geldwäschereirisiken sind sichtbar tiefer, wenn eine Bank dem Geldwechsel voran- bzw. nachgestellt ist. Das Risiko der Aufteilung einer über dem Schwellenwert liegenden Summe auf viele kleinere Beträge (sog. *Smurfing*) ist bei Vor- bzw. Nachschaltung einer Bank für den geldwechselnden Finanzintermediär kontrollierbar. **Die FINMA soll darum für die Frage der Anwendbarkeit der 30-Tagesregel, soweit eine solche überhaupt angezeigt ist, den mit den verschiedenen Geschäftsmodellen verbundenen Risiken angemessen Rechnung tragen.**

Ohnehin sieht Art. 51a Abs. 3 GwV-FINMA bereits heute vor, dass in Fällen, in denen Verdachtsmomente für Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung vorliegen, die Vertragspartei «in jedem Fall» zu identifizieren ist. Damit ist den in risikobasierter Hinsicht für die

¹ Siehe etwa Finews, Krypto: Finma zieht für Bitcoin-Broker die Schrauben an, 23. September 2021, <https://www.finews.ch/news/finanzplatz/48010-kryptos-finma-geldwaescherei-regulierung-schwellenwert-transaktionen>.

² Siehe hierzu FINMA, Leitlinien zur Finanzmarktregulierung, 5. Dezember 2019, 3.

³ FINMA, Erläuterungsbericht, Teilrevision der Geldwäschereiverordnung der FINMA (GwV-FINMA), 8. März 2022, 15.

Funktionsfähigkeit des Finanzmarktes problematischsten Geschäften bereits heute genügend Rechnung getragen. Den Adressaten der Regulierung soll entsprechend ein gewisses Mass an «Selbstverantwortung» verbleiben.⁴

- **Nicht empirisch abgestützt:** Die FINMA spricht von zahlreichen Hinweisen, dass Automaten für virtuellen Währungen in der Schweiz von bestimmten kriminellen Netzwerken im Drogenhandel für die Abwicklung des Zahlungsverkehrs missbraucht wurden. Als Beispiel wird ein Beitrag aus dem Tagesanzeiger vom 18. März 2021 zitiert.⁵ Der Fall «Vitamintaube» erwähnt die Verwendung der SBB-Automaten für Geld- und Wertübertragungsgeschäfte, mit welchen seit November 2016 Bitcoin gegen Schweizer Franken erworben werden können. Physische Automaten für virtuelle Währungen scheinen im Vergleich zu rein digitalen Geschäftsmodellen grundsätzlich anfälliger für Geldwäscherei zu sein. Die FINMA unternimmt aber offenbar eine Extrapolation der Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierungsrisiken von physischen Automaten auf alle Krypto-Geldwechselgeschäfte, unabhängig von der konkreten Umsetzung der Aktivität und obschon für eine solche pauschale Gleichsetzung keine überzeugenden Anhaltspunkte angeführt werden. Mängel in der praktischen Sicherstellung eines Zweiparteiengeschäfts waren für die SBB-Automaten wohl seit längerem bekannt. Folglich wurde im September 2021 die Notwendigkeit der Verwendung eines «Paper-Wallets» an solchen Automaten eingeführt.⁶ Damit wurden, soweit ersichtlich, die damaligen Mängel behoben. **Daraus hätte eigentlich gerade ein verringertes Bedürfnis nach Regulierung des Krypto-Geldwechsels mithilfe der von der FINMA in den Fokus gerückten Automaten resultieren müssen.**

Ungeachtet dessen unternimmt weder der Beitrag des Tagesanzeigers noch die FINMA (trotz der im Erläuterungsbericht erwähnten angeblich «zahlreichen Hinweise») den Versuch einer quantitativen Analyse des «Problems». Demgegenüber wird auf Quellen und Aussagen Bezug genommen, die in empirischer Hinsicht kaum über die Aussagekraft anekdotischer Evidenz hinausgehen. Regulierung sollte nicht im luftleeren Raum erfolgen (oder bloss mit Verweis auf internationale Entwicklungen), sondern muss sich auf empirische Erkenntnisse stützen, welche einen echten Handlungsbedarf im Interesse der Allgemeinheit aufzeigen. **Das Auftreten von einigen Missbrauchsfällen genügt demgegenüber für sich alleine nicht, einer ganzen Industrie restriktive Regeln aufzuerlegen.** Der im Geldwäschereigesetz realisierte Funktionschutz verlangt im Gegenteil ein Vorgehen, das der Gefahr des staatlichen Mikromanagements gesellschaftlicher Risiken und dem effizienten Einsatz knapper staatlicher und privater Ressourcen Rechnung trägt.⁷ Bei Auftreten vereinzelter Missbrauchsfälle bieten sich die Mittel der Strafverfolgung und des aufsichtsrechtlichen Enforcements gegenüber denjenigen Marktteilnehmern an, welche nachweislich gegen die geltenden Regeln verstossen. Darüberhinausgehende Regulierung vermittelt ausländischen Marktteilnehmern dagegen spürbar negative wirtschaftspolitische Signale in Bezug auf den hiesigen Krypto-Finanzdienstleistungsmarkt.

⁴ So wörtlich FINMA, Leitlinien zur Finanzmarktregulierung, 5. Dezember 2019, 3.

⁵ Tagesanzeiger, «Hippe Kleider, Typ Studentin, und das Täschli voller Drogen», 18. März 2021, <https://www.tagesanzeiger.ch/kokain-per-app-bestellt-per-kurier-ausgeliefert-806982146312>.

⁶ Entsprechend kann sich der im Beitrag des Tagesanzeigers dargestellte Sachverhalt so nicht wiederholen: «Die Transaktionen finden entweder per Kurier oder als illegale Lieferung per Post statt. Bei letzterer Methode laden die Kunden bei einem SBB-Automaten die virtuelle Währung Bitcoin auf und lassen diesen «Vitamintaube» zukommen.» (Tagesanzeiger, a.a.O.).

⁷ Zum Funktionsschutz als Zweck des GwG siehe Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG), 1. Februar 2006, BBl 2005, 2860.

- **Nicht technologie- bzw. wettbewerbsneutral:** Schliesslich ist die geplante Verschärfung auch nicht technologie- bzw. wettbewerbsneutral im Sinne des verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebots. Abweichungen vom Grundsatz der Technologie- und Wettbewerbsneutralität sind gemäss Art. 6 Abs. 3 der Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz zu begründen. Für den Bargeldwechsel gilt heute ein Schwellenwert von 5'000 Franken (Art. 51 Abs. 1 lit. a GwV-FINMA). Eine verschärfende «Klarstellung», wonach mehrere Bargeld-Transaktionen, die miteinander verbunden erscheinen, einen Monatshorizont aufweisen, ist nicht ersichtlich (und wird von der FINMA auch nicht behauptet). Im Ergebnis würde eine weitere Ungleichbehandlung resultieren, die alleine mit den Risiken bestimmter Geschäftsmodelle im Bereich des Krypto-Geldwechsels nicht begründbar sind.

Als weiteres Problem kommt hinzu, dass die Beurteilung der Technologieneutralität immer aus der Perspektive des regulatorischen *Status quo* erfolgt. Da allerdings die heutige Regulierung in vielen Punkten nicht innovationsoffen formuliert ist, führt die vermeintliche Anwendung des Prinzips der Technologieneutralität zu einer Benachteiligung neuer Technologien, welche aber neue Regulierungs- und Aufsichtsansätze benötigen würden.

- **Nicht gesetzeskonform:** Die Ungleichbehandlung könnte schliesslich auch gesetzeswidrig sein, schreibt Art. 3 Abs. 2 GwG doch vor, dass bei Kassageschäften, wozu auch der Krypto-Geldwechsel zu zählen ist, mit einer nicht bereits identifizierten Vertragspartei die Pflicht zur Identifizierung nur besteht, wenn eine oder mehrere Transaktionen, die miteinander verbunden erscheinen, «einen erheblichen Wert erreichen». **Ob bei einem monatlichen Schwellenwert von 1'000 Franken und somit wenig mehr als 33 Franken pro Tag noch vom Erreichen eines erheblichen Werts gesprochen werden kann, ist sehr zu bezweifeln.** Im Gegenteil verhindert ein solch weitgehender Eingriff den kostengünstigen und unkomplizierten Erwerb von virtuellen Währungen durch die Schweizer Bevölkerung – notabene ebenfalls ein Aufsichtsziel der FINMA.⁸

3. Fazit

Die angeführten Gründe machen es nach vorliegender Ansicht notwendig, auf die Einführung von Art. 51a Abs. 1^{bis} nGwV-FINMA zu verzichten, eventualiter aber eine abgeänderte Bestimmung einzuführen, welche unter Berücksichtigung quantitativer Daten den unterschiedlichen Risiken der jeweiligen Geschäftsmodelle im Bereich des Krypto-Geldwechsels Rechnung trägt.

Für die Berücksichtigung der vorliegenden Ausführungen im Rahmen des des Ergebnisberichts bedanke ich mich bei Ihnen.

Mit freundlichen Grüssen,

[ohne Unterschrift]

Fabio Andreotti

⁸ Siehe zum Kundenschutz FINMA, Leitlinien zur Finanzmarktregulierung, a.a.O.