

Michael Kunz

Technologieneutralität – falsch verstanden

Anmerkungen zur FINMA-Aufsichtsmitteilung 2/2019

Kryptowährungen wie Bitcoin werden gemeinhin als digitales Bargeld bezeichnet, mit welchem auch online Zahlungen anonym durchgeführt werden können. Mit einem Federstrich hat die FINMA in einer Aufsichtsmitteilung anonyme Zahlungen mit Kryptowährungen verboten, soweit in die Transaktion Finanzintermediäre in der Schweiz involviert sind. Sie begründet ihre neue Praxis mit der Technologieneutralität des Aufsichtsrechts. In ihrer Argumentation vergleicht sie jedoch nicht nur Äpfel mit Birnen, sondern missachtet auch noch klare gesetzliche Grundlagen. Die Technologieneutralität verkommt so zu einem Deckmäntelchen für eine tatsächlich technologiediskriminierende Praxis. Die wahren Gründe dafür bleiben im Dunkeln.

Beitragsart: Essay

Rechtsgebiete: Kapitalmarktrecht, Aufsichtsrecht

Zitiervorschlag: Michael Kunz, Technologieneutralität – falsch verstanden, in: Jusletter 18. November 2019

[1] Die Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA hat kürzlich mit ihrer Aufsichtsmitteilung 2/2019¹ rigorose Einschränkungen für Transaktionen mit Kryptowährungen eingeführt. So soll u.a. für alle Transaktionen mit Kryptowährungen die bereits im klassischen Bankzahlungsverkehr geltende sog. Reiseregeln anwendbar sein. Diese besagt, dass Absender-Finanzintermediäre bei Überweisungen zusammen mit dem Geld bestimmte Informationen über Absender und Empfänger auf die Reise schicken, damit der Empfänger-Finanzintermediär seinen Sorgfaltspflichten, insbesondere zur Einhaltung von Sanktionen, nachkommen könne. Die Aufsichtsmitteilung setzt Leitlinien der FATF vom Juni 2019 zum Umgang mit virtuellen Vermögenswerten und Finanzdienstleistern für Kryptoassets um.² Im Unterschied zu den FATF-Leitlinien sieht die Aufsichtsmitteilung keine Schwellenwerte vor. Sie gilt somit auch für Klein- und Kleinstbeträge.

[2] Wie die FINMA in ihrer Aufsichtsmitteilung zutreffend ausführt, existieren auf der Blockchain noch keine etablierten technischen Verfahren, um die Reiseregeln umzusetzen. Solange ein von der FINMA beaufsichtigtes Institut die Angaben im Zahlungsverkehr jedoch nicht erhalte und nicht senden könne, erlaubten die geltenden Schweizer Bestimmungen (welche?) den Zahlungsverkehr von und an externe Wallets nur, wenn diese einem eigenen Kunden des Finanzintermediärs gehörten. Eine Überweisung von und an eine externe Wallet eines Dritten sei allerdings nur dann möglich, wenn das beaufsichtigte Institut den Dritten zuvor wie bei einer eigenen Kundenbeziehung identifiziert, den wirtschaftlich Berechtigten festgestellt und die Verfügungsmacht des Dritten über die externe Wallet durch geeignete technische Massnahmen überprüft habe. Dies gelte insbesondere auch bei Wechselgeschäften (Fiat vs. Zahlungstoken et vice versa oder zwischen Zahlungstoken), wenn in die Transaktion eine externe Wallet involviert sei. Finde dort eine Überprüfung des Dritten (d.h. des Kunden als Wallet-Inhaber) nicht statt, würde wiederum die Reiseregeln gelten. Die FINMA verbietet damit ab sofort anonyme Zahlungen mit Kryptowährungen.

[3] Als Begründung für die neue Regelung führt die FINMA in ihrer Aufsichtsmitteilung die erhöhten Risiken von Kryptowährungen für Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung und den entsprechenden Bericht der interdepartementalen Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (KGGT) an.³ Die KGGT erkannte in ihrem Bericht die Anonymität bei Token-Transaktionen als grösstes Risiko.

[4] Die FINMA weist in ihrer Aufsichtsmitteilung zu Blockchain-Anwendungen routinemässig auf die technologieneutrale Anwendung des Aufsichtsrechts hin. Die erwähnten Regelungen für Transaktionen mit Kryptowährungen lassen jedoch ernsthafte Zweifel aufkommen, ob die FINMA den Begriff technologieneutral korrekt versteht und anwendet.

[5] Soweit ersichtlich ist der Begriff bei der FINMA erstmals in einem Referat des Direktors Mark Branson zum Thema «Technologischer Wandel und Innovation in der Finanzindustrie» im September 2015 aufgetaucht und wurde auch bereits in den Jahresberichten 2015 und 2016 erläutert. Das Aufsichtsrecht solle technologischen Entwicklungen neutral gegenüberstehen und sie weder aktiv fördern noch behindern. Die Regulierung solle einen fairen Wettbewerb zwischen

¹ FINMA-Aufsichtsmitteilung 02/2019 Zahlungsverkehr auf der Blockchain, 26. August 2019 (<https://www.finma.ch/de/~/-/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/4dokumentation/finma-aufsichtsmitteilungen/20190826-finma-aufsichtsmitteilung-02-2019.pdf?la=de>).

² Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers (<https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/guidance-rba-virtual-assets.html>).

³ National Risk Assessment: Risiko der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung durch Krypto-Assets und Crowdfunding, Oktober 2018 (<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/56167.pdf>).

allen Marktteilnehmern ermöglichen – unabhängig davon, ob eine Dienstleistung analog oder digital erbracht werde. Seither wurde der Begriff schon fast inflationär bemüht. Stand Oktober 2019 zeigt eine Google-Suche auf der FINMA-Webseite bereits 49 Einträge an.

[6] Technologieneutralität ist kein eigenständiges Verfassungs-, Regelungs- oder Auslegungsprinzip, sondern eine Konsequenz des verfassungsmässigen Anspruchs auf Gleichbehandlung. Die FINMA ist als Verwaltungsbehörde verpflichtet, den Anspruch auf Gleichbehandlung von Amtes wegen anzuwenden. Der Anspruch auf Gleichbehandlung verlangt, dass Rechte und Pflichten der Betroffenen nach gleichem Massstab festgesetzt werden. Gleiches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Unterschiedlichen Regelungen müssen somit rechtlich erhebliche Unterschiede zugrunde liegen und Tatbestände, die sich wesentlich unterscheiden, dürfen nicht gleich geregelt werden.

[7] Die FINMA vergleicht nun aber in ihrer Aufsichtsmitteilung teilweise Äpfel mit Birnen. Die Reiseregeln bei Banküberweisungen beziehen sich auf dauernde Geschäftsbeziehungen zwischen Banken und ihren Kunden (Äpfel). Transaktionen mit Kryptowährungen können im Rahmen von dauernden Geschäftsbeziehungen (Äpfel) oder Kassageschäften (Birnen) erfolgen. Soweit die FINMA mit ihrer Aufsichtsmitteilung die Reiseregulation auf Wechsel- und andere Kassageschäfte anwenden will, hat dies nichts mit Technologieneutralität zu tun, im Gegenteil. Sie wendet auf Kassageschäfte (Birnen) mit Kryptowährungen andere Regeln an als für Kassageschäfte (Birnen) mit Bargeld.

[8] Die unterschiedlichen Regelungen für dauernde Geschäftsbeziehungen und Kassageschäfte sind bereits im Geldwäschereigesetz vorgesehen. Der Gesetzgeber hat gemäss Art. 3 Abs. 2 und Art. 4 Abs. 2 Bst. c GwG für Kassageschäfte ungeachtet bzw. trotz der bekannten Gefahr der Anonymität von Bargeld und der damit verbundenen erhöhten Gefahr für Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung bei Kassageschäften Sorgfaltspflichten erst ab einem erheblichen Wert vorgesehen. Dieser wurde von der FINMA für Wechselgeschäfte bei direkt unterstellten Finanzintermediären auf Fr. 5'000 und für die übrigen Kassageschäfte auf Fr. 25'000 festgelegt. Der Schwellenwert für Banken liegt ebenfalls bei Fr. 25'000, wird per 1. Januar 2020 allerdings auf Fr. 15'000 herabgesetzt werden.

[9] Der Gesetzgeber hat also bei Kassageschäften unterhalb der Schwellenwerte bewusst in Kauf genommen, dass damit Terrorismus finanziert oder Geld gewaschen werden kann, ohne dass der Finanzintermediär dies erkennt, weil er die Pflichten gemäss Art. 3 – 7 GwG nicht einhalten muss. Finanzintermediäre können zudem bei allen Kassageschäften unterhalb der Schwellenwerte den Geschäftspartner mangels Identifizierung nicht mit Sanktionslisten abgleichen und riskieren dadurch die Verletzung von Sanktionsbestimmungen. Kassageschäfte unterhalb der Schwellenwerte eignen sich deshalb hervorragend zur Verschleierung der Herkunft, der Verschleierung der Bestimmung als auch der Verschleierung der Verfügungsmacht über die Vermögenswerte. Dadurch sind Finanzintermediäre bei Kassageschäften systemisch dem Risiko ausgesetzt, Finanzsanktionen zu verletzen, Geld zu waschen oder Terrorismus zu finanzieren. Dieses Risiko nehmen Finanzintermediäre bei Kassageschäften dennoch in grossem Ausmass in Kauf, weil es regulatorisch erlaubt ist. Dagegen hatte bisher auch die FINMA nichts einzuwenden, war sie doch selbst für die (teilweise viel zu hohen) Schwellenwerte verantwortlich.

[10] Erlaubt ein Geldwechsler als Finanzintermediär die Bezahlung eines Kaufpreises für Fremdwährungen von beispielsweise Fr. 2'000 mit Bargeld, mit Einzahlungsschein oder mit Bitcoin, so gelten für die verwendeten Zahlungsarten beim Kassageschäft ab sofort unterschiedliche Regeln. Zahlt der Kunde direkt (oder später am Schalter der PostFinance) in bar, muss der Finanzinter-

mediär nichts unternehmen und keine Sorgfaltspflichten einhalten. Zahlt der Kunde mit Bitcoin, muss der Geldwechsler als Empfänger der Bitcoins von der Wallet des Kunden als «Dritten» entweder die bei der Reiseregulierung erforderlichen Informationen erhalten, ansonsten er die Zahlung nicht akzeptieren darf. Oder aber er muss den Kunden wie bei einer dauernden Geschäftsbeziehung identifizieren, den wirtschaftlich Berechtigten feststellen und die Verfügungsmacht des Dritten über die externe Wallet durch geeignete technische Massnahmen überprüfen. Bei Bitcoins als Zahlungsmittel muss der Geldwechsler bei Kassageschäften Sorgfaltspflichten wie bei dauernden Geschäftsbeziehungen einhalten, bei der Bezahlung mit Bargeld nicht.

[11] Es ist nicht ersichtlich, weshalb bei diesem Kassageschäft eine Ungleichbehandlung der beiden Zahlungsmittel Bargeld und Bitcoin – als digitales Bargeld – erforderlich und erst damit zulässig wäre. Beide Zahlungsmittel eignen sich für anonyme Transaktionen, bei denen weder die Identität des Kunden noch die wirtschaftliche Berechtigung noch die Herkunft der Vermögenswerte ohne Weiteres ersichtlich ist. Weder die KGGT in ihrem Bericht noch die FINMA haben bisher dargelegt, dass bzw. weshalb das Risiko für Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung bei Kryptowährungen höher sein soll als für Bargeld. Ohne erheblich höheres Risiko ist eine Ungleichbehandlung durch die FINMA jedoch nicht zulässig. Sie müsste bei Kassageschäften für Bezahlungen in Kryptowährungen dieselben Schwellenwerte anwenden wie für Bargeld. Ohne Schwellenwerte legt sie den vom Gesetzgeber verlangten «erheblichen Wert» bei Kassageschäften auf Null fest, was gesetzeswidrig ist.

[12] Tatsächlich betreibt die FINMA hier sogar eine doppelte Diskriminierung von Kryptowährungen. Im Unterschied zu Bargeld gibt es bei Kryptowährungen, ja generell bei elektronischen Zahlungsmitteln, immer einen Paper-Trail. Bei Kryptowährungen können Strafverfolgungsbehörden aus der Blockchain mit geeigneten Analyseprogrammen die ganze Transaktionsgeschichte der erhaltenen Token herauslesen. Auch der Umstand, dass früher Mixer zur Verschleierung der Transaktionen mit diesen Token verwendet wurden, erlaubt nützliche Schlüsse, ebenso alle Transaktionen, welche über die bisher in die Übertragung der Token involvierten Wallets abgewickelt wurden. Im Unterschied zu Bargeld lassen sich bei Kryptowährungen und anderen elektronischen Zahlungsmitteln umfassende Netzwerkanalysen erstellen. Transaktionen mit diesen Zahlungsmitteln müssten deshalb gegenüber Bargeld regulatorisch privilegiert und Schwellenwerte höher angesetzt werden. Das Gegenteil ist bisher der Fall. Von Technologieneutralität ist bei Kassageschäften mit Kryptowährungen im Vergleich mit Bargeld keine Spur.

[13] Der Begriff Technologieneutralität wird zumindest in der Aufsichtsmitteilung primär als Deckmäntelchen für eine ungleiche und technologiendiskriminierende Regelung für Transaktionen mit Kryptowährungen bei Kassageschäften und damit für eine Verletzung der gesetzlichen Regelung für Kassageschäfte verwendet. Die Publikation der Aufsichtsmitteilung erfolgte wenige Tage nach dem Besuch der parlamentarischen Delegation aus den USA in der Schweiz zum Projekt der neuen Kryptowährung Libra, zwei Wochen später folgte eine Publikation der FINMA zu Libra bzw. zu Stable Coins. Der Grund für die massive Verschärfung der Regelungen für Transaktionen mit Kryptowährungen durch die FINMA lag angesichts der beschriebenen diskriminierenden Wirkungen wohl eher nicht in der behaupteten regulatorischen «Gleichstellung» der verschiedenen Technologien.