

KRYPTOWÄHRUNGEN IM FINANZMARKTRECHT UND GRUNDRECHTLICHE GRENZEN VON VERBOTEN

Jan Hospes / Walter Hötendorfer / Christof Tschohl / Markus Kastelitz

Junior Researcher, Research Institute AG & Co KG
Amundsenstraße 9, 1170 Wien, AT
jan.hospes@researchinstitute.at; <https://www.researchinstitute.at>

Senior Researcher, Research Institute AG & Co KG
walter.hoetendorfer@researchinstitute.at; <https://www.researchinstitute.at>

Wissenschaftlicher Leiter, Research Institute AG & Co KG
christof.tschohl@researchinstitute.at; <https://www.researchinstitute.at>

Senior Researcher, Research Institute AG & Co KG
markus.kastelitz@researchinstitute.at; <https://www.researchinstitute.at>

Schlagworte: *Blockchain, Kryptowährungen, Geldwäsche, BWG, FM-GwG, Handelsverbot, Grundrechte*

Abstract: *Die besondere Rechtsnatur virtueller Währungen führt zu Problemen bei der Subsumtion unter bestehende Regelungen. Teils hat der Gesetzgeber die Lücken durch eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des FM-GwG bereits geschlossen. Der Beitrag beleuchtet diese Maßnahme sowie die Frage nach einer möglichen Subsumtion von Handelsplattformen und Hot Wallet Providern unter das Bankwesengesetz. Daneben wurden, ob der fehlenden Nachverfolgungsmöglichkeiten von Transaktionen innerhalb anonymer Kryptowährungen, Forderungen nach Handelsverboten gestellt, die aus grundrechtlicher Sicht zu beleuchten sind.*

1. Einleitung

Im Zuge unserer Forschung zu regulatorischen Fragen (anonymer) Kryptowährungen¹ haben wir uns bereits mit der 5. Geldwäscherichtlinie befasst.² Diese wurde in der Zwischenzeit in Übereinstimmung mit unseren Empfehlungen in einer Novelle des FM-GwG umgesetzt. Allerdings zeigt sich, dass die Umsetzung über die Richtlinie hinausgeht, womit wir uns in diesem Beitrag beschäftigen. Da das FM-GwG seinen Anwendungsbereich maßgeblich über einen Verweis auf das Bankwesengesetz definiert, ist zuvor die Anwendbarkeit des BWG auf bestimmte Krypto-Dienstleister (Hot Wallet Provider und Handelsplattformen) zu beleuchten.

2. Anwendbarkeit des Bankwesengesetzes auf Krypto-Dienstleister

Wären Hot Wallet Provider und/oder Handelsplattformen vom Anwendungsbereich des Bankwesengesetzes (BWG)³ umfasst, unterlägen sie der vollen Bandbreite der Anforderungen des BWG. Eine Anwendbarkeit des BWG könnte insbesondere auf § 1 Abs. 1 Z 1 BWG oder auf § 1 Abs. 1 Z 6 BWG gestützt werden. Im Folgenden werden diese Tatbestände auf drei verschiedene Varianten von Dienstleistungen angewendet, die sich dadurch unterscheiden, zu welchem Zeitpunkt eine tatsächliche Blockchain-Transaktion erfolgt.

¹ Diese sowie die Forschung zu diesem Beitrag erfolgte im Forschungsprojekt VIRTCRIME (<http://vircrime-project.info>), finanziert im Förderprogramm KIRAS des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie.

² HÖTZENDORFER/HOSPES/TSCHOHL/KASTELITZ, Ermittlungsmaßnahmen und KYC in anonymen Kryptowährungen. In: Schweighofer/Kummer/Saarenpää (Hrsg.), Internet of Things. Tagungsband des 22. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS 2019, Editions Weblaw, Bern, 2019, S. 273–280. Zu den Grundlagen siehe dort.

³ Bundesgesetz über das Bankwesen (Bankwesengesetz – BWG), BGBl. I 1993/532 i.d.F. BGBl. I 2019/46.

2.1. Klassische Handelsplattformen und Hot Wallet Provider

Nach Eberwein und Geréd erfüllen die Veräußerung und der Umtausch von Bitcoins den Begriff der «Verwaltung von Zahlungsmitteln» iSd § 1 Abs. 1 Z 6 BWG, wobei mit dem Gedanken des Anlegerschutzes argumentiert wird, da Handelsplattformen, welche meist auch Hot Wallets betreiben, ebenso wie Banken einem Insolvenzrisiko unterlägen.⁴ Das grundlegende Geschäftsmodell von Handelsplattformen für Kryptowährungen bildet der Umtausch von Buchgeld in virtuelle Währungseinheiten, nicht jedoch die längerfristige Verwahrung von Buchgeld. Beschließt ein Nutzer, virtuelle Währungseinheiten anzuschaffen, überlässt er der Handelsplattform kurzfristig Buchgeld, um – im klassischen Fall – möglichst rasch virtuelle Währungseinheiten zum aktuellen Kurs zu beziehen. Sobald die virtuellen Währungseinheiten erworben wurden, sind sie in der Blockchain der Wallet des Nutzers zugeordnet und das unabhängig von einer allfälligen Insolvenz der umtauschenden Handelsplattform, weshalb ab diesem Zeitpunkt kein Ausfallrisiko mehr besteht. Die Verwahrungs- bzw. Verwaltungshandlung ist vergleichbar mit jener von gängigen Benutzerkonten von Unternehmen, welche es dem Nutzer ermöglichen, sein Konto mit Buchgeld aufzuladen, um so später in Anspruch genommene Leistungen zu bezahlen (Vorausguthaben).

In diesem Zusammenhang kann auch die Anwendbarkeit von § 1 Abs. 1 Z 1 BWG ausgeschlossen werden, welcher das Einlagengeschäft regelt. Der Verwaltungsgerichtshof sieht die zivilrechtliche Einstufung⁵ hierbei nicht als ausschlaggebend an, sondern es soll auf die wirtschaftliche Betrachtung nach dem Willen der Vertragsparteien ankommen.⁶ § 1 Abs. 1 Z 1 BWG knüpft das Einlagengeschäft an den Tatbestand der Übergabe zur Einlage und den Tatbestand der Übergabe zur Verwahrung an.

Übergabe zur Einlage ist anzunehmen, wenn rückzahlbare Gelder des Publikums (der Öffentlichkeit), die der Anlage dienen, nicht bloß gelegentlich entgegengenommen werden, wobei es auf die weitere Verwendung nicht ankommt.⁷ Primär muss ein Rückzahlungsanspruch auf den eingesetzten Betrag entstehen. Schuldverhältnisse, bei denen kein fixer Rückzahlungsbetrag vereinbart ist, sondern deren Abfindungsanspruch bei Beendigung des Vertragsverhältnisses nur auf den augenblicklichen vom Anlageerfolg abhängigen aliquoten Anteil besteht (bedingter Rückzahlungsanspruch) erfüllen den Begriff der Einlage nicht.⁸ Bei den erwähnten Benutzerkonten kann das Guthaben nur gegen eine Leistung des jeweiligen Unternehmens eingetauscht werden und wird i.d.R. auch zu diesem speziellen Zweck überlassen, welcher sich vom allgemeinen Zweck der Anlage unterscheidet. Auch bei Handelsplattformen ist das überlassene Geld für den Erwerb virtueller Währungen zweckgebunden, weshalb kein unbedingter Rückzahlungsanspruch besteht und deshalb keine Einlage vorliegen kann. Würde man bei der Verwaltung von Vorausguthaben eine Anwendbarkeit von § 1 Abs. 1 Z 1 BWG annehmen, unterlägen neben Handelsplattformen auch andere Unternehmen, welche das Einzahlen eines Guthabens zum Zweck der Zahlung später in Anspruch genommener Leistungen anbieten, dem BWG. Übergabe zur Verwaltung ist insbesondere dann gegeben, wenn der Übernehmer das empfangene Geld im Interesse des Geldgebers einzusetzen hat, wobei ihm ein gewisser Entscheidungsspielraum zustehen muss.⁹ Deshalb fallen solche Rechtsgeschäfte hierin, bei welchen der Kunde eine Ermächtigung zur Vornahme von Dispositionen über die Einlage erteilt.¹⁰ Solche Geschäfte bilden nicht das Kerngeschäft von Handelsplattformen und Hot Wallet Providern, weshalb dieser Tatbestand hier nicht anwendbar ist. Die Dispositionsbefugnis

⁴ EBERWEIN/GERÉD, Bits & Coins – Herausforderungen für sichere Zahlungsdienste im 21. Jahrhundert. In: Schweighofer/Kummer/Hötendorfer (Hrsg.), Kooperation. Tagungsband des 18. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS 2015, Österreichische Computer Gesellschaft (OCG), Wien, 2015, 631–638, S. 632.

⁵ Siehe OGH 27. 4. 1999, 4 Ob 107/99 k; OGH 24. 4. 1997, 6 Ob 69/97 h. Beim Einlagengeschäft werden wie beim Darlehen Zinsen fällig. Zweck ist aber nichtminder die Verwahrung und es gibt keinen bestimmten Rückzahlungstermin weshalb auch ein depositum irregulare (Hinterlegung einer vertretbaren Sache zur Verwahrung, bei welcher der Hinterleger kein Interesse am Erhalt derselben Stücke hat) angenommen werden könne.

⁶ VwGH 22. 2. 2006, 2005/17/0195.

⁷ VwGH 29. 11. 2013, 2013/17/0242.

⁸ VwGH 7. 10. 2010, 2006/17/0006.

⁹ VwGH 22. 2. 2006, 2005/17/0195.

¹⁰ VwGH 4. 9. 2008, 2008/17/0034.

behalten bei Handelsplattformen grundsätzlich die Nutzer. Deshalb ist auch keine Subsumtion unter den Tatbestand der Verwaltung nach § 1 Abs. 1 Z 1 BWG möglich.

Zufluss und Abfluss haben bei einem Einlagengeschäft jeweils in Geld zu erfolgen.¹¹ Bei Handelsplattformen erfolgt der Zufluss in Buchgeld oder in virtuellen Währungseinheiten. Der Begriff «Gelder» des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG umfasst Bargeld und Buchgeld.¹² Virtuelle Währungen stellen weder Bargeld noch Buchgeld dar.¹³ Erfolgt der Zufluss in virtuellen Währungseinheiten, ist sohin keine Subsumtion unter § 1 Abs. 1 Z 1 BWG möglich. Nach erfolgtem Umtausch von Buchgeld in virtuelle Währungseinheiten ist die Leistung (der Anspruch auf die Übertragung virtueller Währungseinheiten) an die Stelle des Buchgeldes getreten, weshalb im Umtauschvorgang der Abfluss zu erblicken ist. Dies gilt nicht in jenem Fall, in dem der Nutzer Buchgeld auf die Handelsplattform einlegt und, ohne dieses in virtuelle Währungseinheiten zu wechseln, wieder abzieht.¹⁴ Würde man jedoch dahingehend differenzieren, käme man zu dem unbefriedigenden Ergebnis, dass die Anwendbarkeit des BWG vom Verhalten des Nutzers abhinge. Sinnvollerweise ist daher bei der Bewertung, ob Zufluss und Abfluss vorliegen, auf den Zweck der Transaktion abzustellen, welcher im Umtausch von Buchgeld in virtuelle Währungseinheiten besteht.¹⁵ An dieser Stelle könnte man einwenden, dass Geldeinheiten, welche bei einem Kreditinstitut verwahrt werden, im Zuge von Zahlungstransaktionen auch nur gegen Leistungsversprechen umgetauscht werden und daher in diesem Fall kein Abfluss von Geld mehr vorliege. Der Unterschied besteht darin, dass diese Geldeinheiten gegen Leistungen von Dritten und nicht gegen Leistungen des Kreditinstituts selbst getauscht werden. Daher besteht hier ein Abfluss in Geld, und zwar an diese Dritten. Insgesamt sind Handelsplattformen in ihrer Grundform daher nicht unter § 1 Abs. 1 Z 1 BWG subsumierbar.

§ 1 Abs. 1 Z 6 BWG regelt Abreden, in welchen ein Dritter die Einbringlichkeit einer Leistung garantiert. Die Anwendbarkeit ist daher grundsätzlich vom Bestehen einer Hauptleistung abhängig.¹⁶ Bei dem Geschäftsmodell von Handelsplattformen bildet jedoch der Tauschvorgang selbst die Hauptleistung. Auch in dieser Konstellation ist das Ausfallrisiko des der Handelsplattform überlassenen Geldes nicht höher als bei anderen Vorausguthaben und jedenfalls nicht mit jenem des in § 1 Abs. 1 Z 8 BWG geregelten Garantiegeschäfts vergleichbar.

Hot Wallet Provider sind nicht unter § 1 Abs. 1 Z 1 BWG subsumierbar, da sie kein Buchgeld entgegennehmen. Auch § 1 Abs. 1 Z 6 BWG kann keine Anwendbarkeit begründen, da es an einem Zahlungsmittel fehlt, welches der Besicherung einer Hauptleistung dient, weshalb eine Subsumtion unter das BWG ausfällt.

2.2. Off-Chain-Transaktionen

Die obenstehenden Ausführungen gelten nur für die jeweiligen Grundformen der behandelten Cryptocurrency Services. Handelsplattformen nutzen allerdings vermehrt Off-Chain-Transaktionen.¹⁷ Hierbei wird eine Transaktion zwischen zwei Partnern nicht immanent in die Blockchain eingetragen. Vielmehr werden mehrere Transaktionen von einer Handelsplattform intern gesammelt und erst zu einem späteren Zeitpunkt als Summe dieser Transaktionen in die Blockchain eingetragen. Dies ist vergleichbar mit dem Kontokorrentsystem nach § 355 UGB.¹⁸ Aus Sicht der Transaktionspartner besteht der Vorteil insbesondere darin, dass die Gebühren niedrig gehalten werden können. Das System wirkt sich aber nachteilig auf das Insolvenzrisiko aus,

¹¹ Im Verfahren vorgebrachte Rechtsansicht der FMA. Siehe VwGH 7. 10. 2010, 2006/17/0006.

¹² LAURER In: Laurer/Borns/Strobl/Schütz M./Schütz O. (Hrsg.), BWG, § 1 BWG, Rz. 4.

¹³ KÜTÜK/SORGE, Bitcoin im deutschen Vollstreckungsrecht. – Von der «Tulpenmanie» zur «Bitcoinmanie». In: MMR 2014, C.H. Beck, München, S. 644.

¹⁴ Zu dem Fall, dass die Handelsplattform ihrerseits im Hintergrund faktisch keine Währungseinheiten erwirbt, sondern sie dem Nutzer nur buchhalterisch gutschreibt, siehe unten.

¹⁵ Auch der Verwaltungsgerichtshof lässt es beim Einlagengeschäft grundsätzlich nicht auf das «Wissen bzw. Wollen der Darlehensgeber in Bezug auf die tatsächliche Verwendung ihrer hingegebenen Gelder» ankommen. Siehe VwGH 29. November 2013, 2013/17/0242.

¹⁶ LAURER In: Laurer/Borns/Strobl/Schütz M./Schütz O. (Hrsg.), BWG, § 1 BWG, Rz. 6.

¹⁷ Meist unter Nutzung des sog. Lightning Networks.

¹⁸ Bundesgesetz über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen (Unternehmensgesetzbuch – UGB) BGBl. I 1997/114 i. d. F. BGBl. I 2019/63.

da der Käufer bis zur Validierung durch die Blockchain dem Risiko ausgesetzt ist, dass die Handelsplattform zahlungsunfähig oder gehackt wird. Sohni greift das oben genannte Argument, es gäbe beim Ankauf virtueller Währungen kein Insolvenzrisiko, in dieser Konstellation nicht mehr. Weiterhin besteht aber kein Abfluss in Geld, da auch hier eine Leistung der Handelsplattform bezogen wird und der Zweck der Transaktion eindeutig im Erwerb virtueller Währungseinheiten liegt. Wie oben beschrieben, ist der Tatbestand der Einlage nach § 1 Abs. 1 Z 1 BWG auch davon abhängig, ob die Parteien eine Abrede getroffen haben, welche die Anlage von Geldern unter einem unbedingten Rückzahlungsanspruch vorsieht. Hier ist aber kein unbedingter Zahlungsanspruch zu erblicken, sondern bloß ein Anspruch auf die synallagmatische Gegenleistung. Eine Anlage im Sinne einer Einlage nach § 1 Abs. 1 Z 1 BWG ist aufgrund der Spezialität der Leistung nicht anzunehmen. Eine Subsumtion dieser Praktiken unter § 1 BWG fällt deshalb auch hier aus.

2.3. Reine Buch-Transaktionen

Darüber hinaus ist der Fall zu betrachten, dass Handelsplattformen gekaufte Währungseinheiten überhaupt erst dann zuweisen, wenn sie der Nutzer für eine Transaktion verwenden will. In diesem Fall erhält die Handelsplattform vom Nutzer zwar Buchgeld, der Nutzer erwirbt dafür jedoch nur schuldrechtliche Ansprüche auf eine spätere Zuweisung virtueller Währungseinheiten für den Fall von deren Verwendung. Falls der Nutzer die virtuellen Währungseinheiten nicht für eine Transaktion verwendet, sondern diese später wieder in Buchgeld umtauscht, hat tatsächlich zu keinem Zeitpunkt ein Erwerb virtueller Währungseinheiten, d.h. keine Blockchain-Transaktion, stattgefunden. Auch dieses System wirkt sich nachteilig auf das Insolvenzrisiko aus, da der Käufer bis zur Validierung durch die Blockchain dem Risiko ausgesetzt ist, dass die Handelsplattform zahlungsunfähig oder gehackt wird.¹⁹ Der Zweck dieser Transaktion ist nunmehr nicht eindeutig bestimmbar. Als primäre Leistung der Handelsplattform können sowohl schuldrechtliche Ansprüche auf die Übergabe virtueller Währungseinheiten als auch die virtuellen Währungseinheiten selbst angesehen werden. Am Ergebnis vermag dies nichts zu ändern. Weiterhin verhindern der erfolgte Abfluss, das Fehlen eines unbedingten Zahlungsanspruchs, sowie die Spezialität der Leistung eine Subsumtion unter § 1 Abs. 1 Z 1 BWG. Deshalb unterliegt u.E. auch diese Form nicht dem BWG. Da nun aber ein ähnliches Insolvenzrisiko wie beim Einlagengeschäft besteht, könnte man eine analoge Anwendbarkeit von § 1 Abs. 1 Z 1 BWG erwägen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist die analoge Anwendung von Normen grundsätzlich auch im Verwaltungsrecht möglich.²⁰ Dies ist zunächst vom Bestehen einer planwidrigen Lücke abhängig, welche dann vorliegt, wenn «das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie, unvollständig, also ergänzungsbedürftig, ist und wo seine Ergänzung nicht etwa einer vom Gesetz gewollten Beschränkung widerspricht.»²¹ Daher ist zu fragen, welchen teleologischen Zwecken das BWG dient. Das BWG verfolgt nicht nur den Zweck des Anlegerschutzes, sondern will insbesondere Banken, als kritische Institutionen des Finanzsystems, vor der Insolvenz bewahren. Hierfür sprechen insbesondere die hohen Kapitalaufbringungsmaßnahmen des BWG, welche weit über jene von Kapitalgesellschaften im Allgemeinen hinausgehen, obwohl auch Letztere für Nutzer bzw. Kunden ein beträchtliches Insolvenzrisiko darstellen. Auch die makroprudenzielle Aufsicht des fünften Abschnitts des Bankwesengesetzes geht über den bloßen Anlegerschutz hinaus. Nun könnte man große Handelsplattformen als Teil des Finanzsystems ansehen.²² Schließlich kann die Insolvenz einer solchen Handelsplattform wohl auch über die Einbußen der Anleger hinausgehende Folgen haben. In diesem Fall könnte man eine planwidrige Lücke annehmen.

¹⁹ Wird diese Praxis nicht offengelegt, kann dies eine Täuschung über Tatsachen darstellen, aufgrund welcher der Nutzer eine Vermögensdisposition vornimmt. Führt dies zu einem Vermögensschaden auf der Seite des Nutzers, ist dies nach § 146 StGB strafrechtlich relevant.

²⁰ VwGH 18. 11. 2004, 2003/07/0124.

²¹ VwGH 17. 10. 2012, 2012/08/0050.

²² Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Juli 2019, <https://www.bundesbank.de/resource/blob/802398/8630bfff27a7afd0a2c865ee31e322482/mL/2019-07-krypto-token-data.pdf> (abgerufen am 29. Oktober 2019), S. 53.

Weiter führt der Verwaltungsgerichtshof aus,²³ dass eine Analogie im Verwaltungsrecht nur dann in Betracht kommt, wenn das Gesetz ohne eine analoge Anwendung einer Norm nicht vollziehbar wäre (=technische LÜCKE), oder wenn diese aus Gesichtspunkten des Gleichheitssatzes als geboten erscheint. Insbesondere bei sehr großen Handelsplattformen, deren Relevanz in die finanzsystemische Sphäre reicht, könnte man aus Überlegungen des Gleichheitssatzes eine Analogie annehmen. Dies wäre einzelfallabhängig zu bewerten. Überdies darf durch die analoge Anwendung einer Norm das Legalitätsprinzip nicht verletzt sein.²⁴ Da sich § 98 BWG als Strafbestimmung auf den Tatbestand des § 1 BWG bezieht, sind erhöhte Bestimmtheitsanfordernisse²⁵ anzuwenden. Die faktische Erweiterung eines Straftatbestandes mittels Rechtsanalogie ist sohin nicht mit dem Legalitätsprinzip vereinbar und daher abzulehnen. Ebenso wäre es überschießend, die 5. Geldwäscherichtlinie dadurch umzusetzen, dass man künftig Hot-Wallet-Provider und/oder Handelsplattformen in das BWG einbezieht.²⁶ Nur dort, wo die zu erfassenden Sachverhalte tatsächlich aufgrund der Notwendigkeit zur Umsetzung der Zwecke des BWG eine solche Einbeziehung erfordern, wäre diese auch gerechtfertigt. Insgesamt ist daher auch eine analoge Anwendbarkeit von § 1 BWG nicht anzunehmen.

Zudem sind die Folgen zu beachten, die eine Anwendbarkeit des BWG auf Hot Wallet Provider und/oder Handelsplattformen hätte. Diese würden weit darüber hinausgehen, was die 4. und 5. Geldwäscherichtlinie fordern. Eine Anwendbarkeit des BWG auf Wallet Provider und/oder Handelsplattformen wäre wohl im Lichte der Eigentums- und allenfalls Erwerbsfreiheit ein überschießender Grundrechtseingriff. Nur dort, wo die zu erfassenden Sachverhalte tatsächlich aufgrund der Notwendigkeit des Anlegerschutzes eine solche Einbeziehung erfordern, wäre diese auch gerechtfertigt. Eine allfällige Subsumtion unter das BWG wäre auch aus rechtspolitischer Sicht verfehlt, da die mit dem Handel mit virtuellen Währungen einhergehenden Probleme nicht durchgehend in das Regime des BWG passen. Dabei wäre es auch aus Sicht der betroffenen Unternehmen begrüßenswert, wenn ein Rechtsrahmen und die damit eingehende Rechtssicherheit bestünden. Dieser Rahmen sollte u.E. maßgeschneidert und eigenständig aufgesetzt werden und technologieoffen gestaltet sein.

3. Umsetzung der 5. Geldwäscherichtlinie durch den österreichischen Gesetzgeber

Die österreichische Umsetzung der 5. Geldwäscherichtlinie erfolgte u.a. durch die Einführung von § 2 Z 22 FM-GwG. Dieser erweitert den Anwendungsbereich des FM-GwG, welcher ansonsten besonders durch § 1 BWG definiert wird, auch auf Dienstleister, welche den Tausch einer oder mehrerer virtueller Währungen untereinander, die Übertragung von virtuellen Währungen oder die Zurverfügungstellung von Finanzdienstleistungen für die Ausgabe und den Verkauf virtueller Währungen, vornehmen. Dies geht über die Vorgaben der 5. Geldwäscherichtlinie hinaus, welche etwa Dienstleister die nur mehrere virtuelle Währungen untereinander tauschen nicht erfasst, und lehnt sich an die Empfehlungen der FATF²⁷ an.

Aus der Präambel der 5. Geldwäscherichtlinie ergibt sich, dass der europäische Gesetzgeber beim Erlass der Richtlinie seine Kompetenz auf Art. 114 AEUV stützt. Dieser Kompetenztatbestand ermöglicht es dem europäischen Gesetzgeber, Maßnahmen zu ergreifen, welche das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben. Folglich können durch diese Maßnahmen nationale Verwaltungsvorschriften angeglichen werden, wenn dies einen positiven Effekt auf die Funktion des Binnenmarkts mit sich bringt.²⁸

Art. 114 AEUV ermöglicht es dem nationalen Gesetzgeber nur innerhalb eng abgesteckter Grenzen überschießende Regelungen zu erlassen. Würde man der Rechtsansicht folgen, dass die Veräußerung und der Umtausch

²³ VwGH, 17. Oktober 2012, 2012/08/0050.

²⁴ Der Verfassungsgerichtshof sieht neben dem Legalitätsprinzip keinen Raum für Analogien im Verwaltungsstrafrecht. Siehe VfSlg 19771/2013.

²⁵ Der VfGH verlangt «eine weitgehende Umschreibung des Tatbildes im Gesetz». Siehe VfSlg 14153/1995.

²⁶ Zur Unionsrechtswidrigkeit einer überschießenden Umsetzung der 5. Geldwäscherichtlinie siehe sogleich.

²⁷ AB 644 BlgNr 26. GP, 44. Dies entspricht zwar der Forderung von HÖTZENDORFER ET AL., die aber an den europäischen Gesetzgeber zu richten ist (HÖTZENDORFER/HOSPES/TSCHOHL/KASTELITZ, Ermittlungsmaßnahmen und KYC in anonymen Kryptowährungen, S. 280).

²⁸ EuGH 9. 8. 1994, C-359/92, Rz. 37; EuGH 9. 10. 2001, C-377/98, Rz. 18.

von Bitcoins den Begriff der «Verwaltung von Zahlungsmitteln» i.S.d. § 1 Abs. 1 Z 6 BWG erfüllt, wäre dies als eine bereits bestehende Regelung in Bezug auf Handelsplattformen und Hot Wallets i.S.d. Art. 114 Abs. 4 AEUV zu werten. Demnach müssten «Erfordernisse im Sinne des Artikels 36 oder in Bezug auf den Schutz der Arbeitsumwelt oder den Umweltschutz» die Beibehaltung der überschießenden Regelung erfordern, was u.E. nicht vorliegt. Verneint man die Anwendbarkeit von § 1 Abs. 1 Z 6 BWG, läge in einer überschießenden Umsetzung eine Neuregelung nach Art. 114 Abs. 5 AEUV vor. Als Neuregelung ist eine überschießende Regelung nur dann zulässig, wenn Erfordernisse an Schutz der Umwelt oder der Arbeitsumwelt zusätzlich durch neue wissenschaftliche Erkenntnisse gestützt und spezifisch für den Mitgliedstaat sind. Solch ein Eingriff liegt bei der erwähnten Novellierung des FM-GwG nicht vor. Insgesamt ist daher zu folgern, dass hier keine überschießende Regelung durch den nationalen Gesetzgeber erfolgen darf. Insofern ist es daher unverständlich, dass der österreichische Gesetzgeber bei der Umsetzung der 5. Geldwäscherichtlinie den Anwendungsbereich nicht durch klar formulierte, dem Richtlinienwortlaut möglichst treue Tatbestände im FM-GwG absteckt hat.²⁹

4. Verbot anonymer Kryptowährungen

Das regulatorische Anliegen der Nachverfolgbarkeit und Zuordenbarkeit von Transaktionen kann durch sog. anonyme Kryptowährungen, die sich durch besondere Mechanismen zum Schutz der Identität der Nutzer auszeichnen, ausgehebelt werden.³⁰ In Diskussion sind daher sowohl ein Verbot des Besitzes, auf das hier nur knapp, als auch ein Verbot des Handels anonymer Kryptowährungen, auf das danach ausführlicher eingegangen werden soll. Als erste gesetzgebende Institution hat sich in Europa das französische Parlament näher mit anonymen Kryptowährungen beschäftigt.³¹ Um Geldwäscherei zu vermeiden, wird ein Verbot aller Kryptowährungen vorgeschlagen, welche einen Anonymisierungsmechanismus enthalten.³² Eine Anknüpfung am Anonymisierungsmechanismus ist nicht anzuraten, da sie zu deutlichen Abgrenzungsschwierigkeiten führt und insbesondere im Falle von Sanktionen im Lichte der gesteigerten Bestimmtheiterfordernisse³³ problematisch erscheint. Es wäre nicht möglich, eindeutig festzustellen, ab welchem Grad der Anonymisierung die Norm greift.³⁴ Umgekehrt liegt der eindeutige Vorteil dieses Anknüpfungspunktes in seiner Technologieoffenheit, welche etwa die Anknüpfung an Ringsignaturen nicht bieten könnte. Allenfalls könnte eine Verordnung erlassen werden, welche die verbotenen Kryptowährungen ausweist, ähnlich dem System der Suchtgifterverordnung. Zudem verdrängen Verbote die Nutzer auf illegale Märkte welche jeglicher Kontrolle entzogen sind.³⁵

5. Grundrechtliche Erwägungen zum Besitz- und Handelsverbot

5.1. Grundrecht auf Eigentum

Ein allgemeines Verbot des Besitzes anonymer Kryptowährungen wäre als Eingriff in das Eigentumsrecht nach § 5 StGG sowie Art. 1 1. Zprot EMRK zu qualifizieren, da die Rechtsposition direkt angegriffen wird. Eine Enteignung i.e.S. liegt nicht vor, da diese eine Übertragung der Rechtsposition auf ein anderes Rechtssubjekt voraussetzt. Auch eine materielle Enteignung ist nicht anzunehmen, da die Rechtspositionen aller Besitzer gleichartig beeinträchtigt werden. Eigentumseingriffe sind zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen, einem öffentlichen

²⁹ Zu erwähnen ist noch, dass der Gesetzgeber im Zuge der Umsetzung von RL 2018/843 auch § 32a FM-GwG neu geschaffen hat. Dieser sieht eine Registrierungspflicht für die gegenständlichen Dienstleister vor.

³⁰ Siehe dazu sowie zum Begriff bereits HÖTZENDORFER/HOSPES/TSCHOHL/KASTELITZ, Ermittlungsmaßnahmen und KYC in anonymen Kryptowährungen, S. 273 f.

³¹ Assemblée Nationale, Rapport d'Information N° 1624, S. 9.

³² Explizit werden Monero, PIVX, DeepOnion und Zcash genannt.

³³ VfSlg 14153/1995.

³⁴ So wirkt auch der Bitcoin bis zu einer gewissen Grenze anonymisierend, ob Monero auch zukünftig Anonymität gewährleistet, ist hingegen ungewiss.

³⁵ BAIER, Kriminalpolitische Herausforderungen durch Bitcoin und anderen Kryptowährungen – Teil 2. In: CCZ 2019, C.H. Beck, München, Rz. 162.

Interesse dienen, verhältnismäßig sind und nicht den Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung berühren. Dieser ist nach der Rechtsprechung des EuGH dann berührt, wenn dem Nutzer keine Nutzungsmöglichkeiten mehr übrig bleiben.³⁶ Maßnahmen, die nicht unverhältnismäßig und untragbar sind, verletzen nach der Rechtsprechung den Wesensgehalt aber nicht.³⁷ Die Abgrenzung zum allg. Verhältnismäßigkeitsgebot ist unscharf und selbst ein Eingriff in den Wesensgehalt des Rechts bildet keine absolute Grenze der Unverhältnismäßigkeit. Dieses Korrektiv erscheint aber relevant, da hierdurch besonders schwerwiegende Eingriffe einer strengeren Verhältnismäßigkeitskontrolle unterzogen werden. Ein generelles Verbot anonymer Kryptowährungen greift in den Wesensgehalt des Grundrechts auf Eigentum ein, da eine Mehrzahl redlicher Besitzer einer vollen Nutzungseinschränkung unterstellt würden und in vielen Fällen keine andere Nutzungsmöglichkeit bleibt. Dem ist das Gut der Kriminalitätsprävention gegenüberzustellen, welches aber angesichts der Schwere des Eingriffs weniger wiegt. Insgesamt ist, mitunter aufgrund der strengeren Verhältnismäßigkeitskontrolle, ein Verbot anonymer Kryptowährungen u.E. nicht mit dem Grundrecht auf Eigentum vereinbar.

Ein an Handelsplattformen gerichtetes Verbot, anonyme Kryptowährungen zu unterstützen, könnte für deren Besitzer einen Eingriff in das Grundrecht auf Eigentum bedeuten, welches alle privatrechtlichen Vermögenswerte schützt. Nach der Rechtsprechung liegt kein Eingriff vor, wenn die Beschränkung eine bloße wirtschaftliche Reflexwirkung hat, wie sie z.B. ein Nachfahrverbot für LKW bewirkt.³⁸ Dies ist mit einem Handelsverbot vergleichbar, da es dem Einzelnen grundsätzlich weiterhin freistünde, mit seinen Währungseinheiten zu disponieren, jedoch der Zugang zu Handelsplattformen verwehrt wäre, was wohl auch zu Werteinbußen führen würde. Eine bloße wirtschaftliche Reflexwirkung ist erst dann nicht mehr anzunehmen, wenn der Betroffene gezwungen ist, erheblichen Aufwand zu tätigen, der jedenfalls alternative Aktivitäten und alternative Mittelverwendungen ausschließt.³⁹ Dies liegt nicht vor, da Betroffenen durch das Verbot keine Pflichten auferlegt werden. Deshalb ist das Vorliegen eines Eingriffs in die Eigentumsfreiheit der Besitzer u.E. zu verneinen.⁴⁰

5.2. Grundrecht auf Erwerbsfreiheit

In Bezug auf das Handelsverbot ist auch ein Eingriff in das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit nach Art 6 StGG zu prüfen. Dieses schützt jede wirtschaftliche, auf Erwerb gerichtete Betätigung.⁴¹ Zu unterscheiden sind Ausübungsschranken sowie subjektive und objektive Antrittsschranken. Ausübungsschranken regeln Umstände des Erwerbs. Antrittsschranken regeln die Möglichkeit eines Erwerbsantritts, wobei subjektive Antrittsschranken aus eigener Kraft überwunden werden können, objektive hingegen nicht.⁴² Diese Qualifizierung wirkt sich wesentlich auf die Intensität der Kontrolle aus, welche bei einer objektiven Antrittsschranke am strengsten ausfällt. Aus Sicht einer Handelsplattform mit breitem Portfolio könnte man eine Ausübungsschranke annehmen. Schließlich machen anonyme Kryptowährungen weniger als 1% des Marktvolumens aller Kryptowährungen⁴³ aus, womit einer Handelsplattform ein großer Spielraum bliebe, sich anderweitig zu betätigen. Wollte man hingegen eine auf anonyme Kryptowährungen spezialisierte Handelsplattform eröffnen, würde das Verbot diese wirtschaftliche Betätigung vollständig verbieten. Es ist daher relevant zu erörtern, aus welcher Sicht die Schranke zu betrachten ist. Die Normierung von Ladenschlusszeiten wird

³⁶ KÖNIG, Schutz des Eigentums im europäischen Recht, Springer, Berlin, 2005, S. 140.

³⁷ EuGH 10. 7. 2003, C-20/00, Rz. 68, 70.

³⁸ VfSlg 12485/1990.

³⁹ VfSlg 18896/2009.

⁴⁰ Die Prüfung eines Eingriffs in die Grundrechte der Betreiber von Handelsplattformen erfolgt ob der sehr kasuistischen Rechtsprechung zu der Frage, ob auch die Privatautonomie an sich in den Schutzbereich des Grundrechts auf Eigentum fällt, unter Gesichtspunkten der Erwerbsfreiheit. Vgl Vfslg 12227/1989, Vfslg 15907/2000; Die Lehre nimmt einen weitergehenden Schutz an: KORINEK, Wirtschaftliche Freiheiten. In: Merten, Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1: Grundrechte in Österreich, C. F. Müller, 2013, S. 642.

⁴¹ VfSlg 20209/2017.

⁴² VfSlg 17682/2005.

⁴³ Marktkapitalisierungen zum Stichtag 16. April 2019: Monero: \$1.068.889.914, Zcash: \$389.876.391. Gesamtvolumen > \$150.000.000.000 (<https://coinmarketcap.com/>).

i.d.R. als bloße Ausübungsschranke angesehen.⁴⁴ Bei einem Geschäftsmodell, welches auf nächtliche Öffnungszeiten setzt, würde dies aber eine objektive Antrittsschranke bedeuten. Der VfGH hat ausgesprochen, dass das Verbot des Versandhandels mit elektronischen Zigaretten eine Ausübungsschranke darstellt.⁴⁵ Auch in diesem Fall wird ein Geschäftsmodell, welches sich auf den Versand elektronischer Zigaretten spezialisiert, vollkommen unterbunden. Begründend führt der VfGH aus, dass das Verbot bloß an die Art des Vertriebes anknüpfe und es dem Betrieb daher freisteht, eine andere Vertriebsart zu wählen. Als Anknüpfungspunkt seiner Beurteilung wählt der VfGH hier nicht das generelle Geschäftsmodell des Versandhandels, sondern konkret den Versandhandel mit Tabakerzeugnissen. In einer anderen Entscheidung⁴⁶ hat der VfGH erkannt, dass eine Monopolisierung des Geschäfts mit elektronischen Zigaretten, welche das Ende einer rechtmäßig ausgeübten Tätigkeit anordnet, schwerer wiegt als eine Ausübungsbeschränkung. Insgesamt lässt der VfGH durchblicken, dass es sehr wohl einen Schutz spezialisierter Erwerbsarten gibt, eine objektive Erwerbsschranke aber nur dann vorliegen kann, wenn die Verbotsregelung an Gut oder Dienstleistung anknüpft. An Umständen der Erbringung anknüpfende Beschränkungen können hingegen immer nur eine Ausübungsschranke darstellen.⁴⁷ Werden mit anonymen Kryptowährungen zusammenhängende Dienstleistungen untersagt, ist daher eine objektive Antrittsschranke anzunehmen, da der Betroffene keine Möglichkeit hat, diese aus eigener Kraft zu überwinden und das Verbot an einer Eigenschaft der zu erbringenden Dienstleistung anknüpft. Objektive Antrittsschranken müssen durch zwingende und gewichtige öffentliche Interessen gerechtfertigt und verhältnismäßig sein. Die angestrebten Ziele der Verbrechensaufklärung wiegen gewiss schwer. Eine konkrete Zweckmäßigkeitkontrolle führt der VfGH i.d.R. nicht durch, eine abstrakte Eignungsprüfung reicht hier typischerweise.⁴⁸ Das Mittel des Verbotes ist zumindest abstrakt geeignet, denn ein gänzlich Ausweichen auf Cold Wallets ist nicht möglich, da der Umtausch auf erlaubte Kryptowährungen oder Fiatgeld i.d.R. über Handelsplattformen erfolgt. Ein Verbot wäre in diesem Fall wohl auch das gelindeste noch zum Ziel führende Mittel, da weder KYC noch technische Überwachungsmethoden⁴⁹ zur vollen Transparenz führen. Bei der Wahl der Mittel hat der Gesetzgeber einen regulatorischen Ermessensspielraum.⁵⁰ Das Verbot als objektive Antrittsschranke bedarf, angesichts der abgestuften Verhältnismäßigkeitskontrolle, gewichtiger rechtfertigender Gründe. Diese vermag das Rechtsgut einer potenziell verbesserten Verbrechensaufklärung nicht zu stellen, weshalb die Verhältnismäßigkeitsprüfung u.E. zu Ungunsten der Regelung ausgeht.

5.3. Zusammenfassende Beurteilung der Verhältnismäßigkeit eines Verbots

Der liberale Charakter der Grundrechte bürdet die Begründungslast der Verhältnismäßigkeit dem Staat auf, der den Eingriff normieren will. Ein generelles Verbot ist eingriffintensiv, da eine Mehrzahl redlicher Besitzer einer vollen Nutzungseinschränkung unterstellt werden. Dem ist das Gut der Kriminalitätsprävention gegenüberzustellen. Verbote ergehen meist nur, wenn eine Gefahr für Leib und Leben droht. Angesichts der Gesamtwertung der Rechtsordnung ist das Verbot nicht gefährlicher Sachen als unverhältnismäßig einzustufen.

Im Hinblick auf die tatsächliche Bekämpfung schwerer Kriminalität sind die Verbote zwar abstrakt nicht völlig ungeeignet, aber doch in ihrer Effektivität äußerst fragwürdig. Dem gegenüber steht die Schwere des Eingriffs für eine große Zahl von Menschen, die niemals mit schwerer Kriminalität in Berührung kommen und dieselbe Technologie legal nutzen. Insgesamt ist daher ein umfassendes Besitz- und Handelsverbot anonymer Kryptowährungen u.E. mit den hier dargestellten Grundrechten nicht vereinbar.

⁴⁴ VfSlg 1558/1987.

⁴⁵ VfSlg 20151/2017.

⁴⁶ VfSlg 20002/2015.

⁴⁷ Dies erscheint sachgerecht, da eine an Gut oder Dienstleistung anknüpfende Maßnahme eher das Potenzial hat, den Erwerb zu beeinträchtigen, als eine an Umständen der Leistungserbringung anknüpfende.

⁴⁸ VfSlg 19950/2015.

⁴⁹ Vgl. HÖTZENDORFER/HOSPES/TSCHOHL/KASTELITZ, Ermittlungsmaßnahmen und KYC in anonymen Kryptowährungen, S. 274.

⁵⁰ VfSlg 12013/1989.