

## Kryptowährungen – auch virtuell?

Kick-back-Provisionen  
Ersatz wofür und wann?

Irrtümlich geleistetes Arbeitsentgelt  
Gutgläubiger Verbrauch

Einklagung nicht fälliger Forderungen  
Kostentragung

Anwaltsprivileg  
Im Kartellrecht

Die neue Zahlungsdienste-RL  
für Banken durch die Bank

Neues zur Umsatzsteuer  
EuGH im Überblick

# Kryptowährungen und ihr Rechtscharakter – eine Suche im Bermuda-Dreieck<sup>1)</sup>

*Bei Kryptowährungen handelt es sich um ein mächtiges Phänomen mit beachtlichem Potential, welches die Rechtsordnung bislang gekonnt übersehen hat. Erste bruchstückhafte Regulierungsversuche stecken noch in den Kinderschuhen. Angesichts der bestehenden Rechtsunsicherheit befinden sich User, Anbieter und die Rechtswelt ausnahmsweise einmal im selben Boot, welches allerdings zurzeit noch orientierungslos in einem juristischen Bermuda-Dreieck treibt. Rechtswissenschaft und Praxis sind wie kaum zuvor herausgefordert, die bislang verabsäumte und dringend fällige Einordnung in das Rechtssystem vorzunehmen. Mit den folgenden Überlegungen soll eine Positionierung aus öffentlich-rechtlicher Sicht vorgeschlagen werden.*

CHRISTIAN PISKA

## A. Status quo

Bitcoin, Ethereum, Litecoin, Ripple, Dogecoin & Co wecken Emotionen und spalten die Gesellschaft. Während Notenbankpräsidenten mitunter gerne vor diesen digitalen Phänomenen warnen,<sup>2)</sup> jubeln Wirtschaftsgurus vom „next big thing“ nach dem Internet in den 90er-Jahren.<sup>3)</sup> Fragt man Wirtschaft und User nach dem Rechtscharakter von Bitcoin & Co, sind sich diese einig: Es handelt sich um Währungen. Nur verständlich, dass auch erste institutionelle Einordnungsversuche auf dieser Welle schwimmen und den Begriff der „virtuellen Währung“ ins Spiel gebracht haben. Aber sind diese ersten Definitionsversuche auch zielführend? Und tragen sie dem Rechtscharakter dieses digitalen Phänomens angemessen Rechnung? *Buchleitner* und *Th. Rabl*<sup>4)</sup> haben für das Privatrecht treffend aufgezeigt, dass die Krypto-Community sich nicht im rechtsfreien Raum befindet. Dies gilt gleichermaßen für den Bereich des öffentlichen Rechts. Eine Bestimmung des rechtsdogmatischen Standorts von Bitcoin & Co ist hier überfällig, ganz besonders im Hinblick auf eine Identifizierung der relevanten Rechtsschutzmechanismen.

## B. Funktionelle Betrachtung – Bitcoin & Co als Währung

Wenn man den allgemeinen Sprachgebrauch von Usern und Medien heranzieht, stellt man fest, dass sich, da „Bitcoin“ sinngemäß nichts anderes als „digitale Münze“ bedeutet, die Termini „Kryptowährungen“ und „virtuelle Währungen“ herausgebildet und etabliert haben. Mit diesen Begriffen belegt, kann man sich gut vorstellen, welchem Zweck Bitcoin & Co dienen: Ihr Wert, der sich in jeder beliebigen offiziellen Währung, also in Geld, ausdrücken lässt, unterliegt Marktmechanismen und sie sind für den Erwerb von Gütern oder die Inanspruchnahme von Dienstleistungen einsetzbar – vorausgesetzt, der Vertragspartner ist bereit, Kryptowährungen zu ak-

zeptieren. Damit besteht kein Zweifel, dass virtuelle Währungen im Kreis von Personen, die sie anerkennen, eine ähnliche wirtschaftliche Funktion wie offiziell anerkannte Zahlungsmittel, also insb das von Zentralbanken emittierte Geld, erfüllen können.

Orientiert man sich an der reinen Funktion dieses Phänomens, wären Bitcoin & Co als Währungen einzuordnen. Währungen sind jedoch nach herkömmlichem Rechtsverständnis staatlich zentriert, dh, sie basieren, da sie von der jeweiligen Zentralbank emittiert werden, auf hoheitlicher Grundlage und unterliegen obrigkeitlichen, währungspolitischen Steuerungsmechanismen,<sup>5)</sup> die in verschiedenen Bereichen des öffentlichen Rechts grundgelegt sind.<sup>6)</sup> Währungen werden damit durch hoheitliche Normen eingesetzt und zum offiziellen (gesetzlichen) Zahlungsmittel erklärt.

Bitcoin & Co können zwar uU die Funktion einer solchen traditionellen Währung erfüllen,<sup>7)</sup> sind aber als von ihren privaten Schöpfern gezielt staatsfern ausgestaltete Konstrukte,<sup>8)</sup> keine offiziellen Instrumente wie gesetzliche Zahlungsmittel. Damit er-

Dr. *Christian Piska* ist ao. Univ.-Prof. für öffentliches Recht am Juridicum in Wien.

- 1) Mein herzlicher Dank gilt Frau Mag. *Greta Maier* und Herrn Mag. *Friedrich Schröder* für ihre wertvolle Unterstützung bei der Überarbeitung dieses Artikels.
- 2) Aussage *Nowotny* in Die Presse v 30. 5. 2017; Vorstandsmitglied der deutschen Bundesbank *Thiele* in WELT AM SONNTAG Nr 19/2017 v 7. 5. 2017, 43.
- 3) Vgl auch *Blocher*, The next big thing: Blockchain – Bitcoin – Smart Contracts, AnwBl 2016, 612.
- 4) Siehe *Buchleitner/Th. Rabl*, Blockchain and Smart Contracts, ecolex 2017, 4.
- 5) Vgl etwa <https://de.wikipedia.org/wiki/Währung>; *Linzner*, Bitcoin – Eine Analyse von Kryptowährungen und deren Anwendung im Onlinehandel, Diplomarbeit TU Wien (2016) 1 ff.
- 6) ZB NationalbankG 1984; BWG; BFinG; AEUUV.
- 7) Nämlich va dann, wenn sie von den an einem Geschäft beteiligten Wirtschaftssubjekten akzeptiert werden.
- 8) Bitcoin wurde am 1. 11. 2008 von *Satoshi Nakamoto* in einem White Paper vorgestellt, 2009 wurde dazu eine Open-Source-Referenzsoftware veröffentlicht. Eine dezentral verwaltete Datenbank (Block-

füllen sie schon die Basiskomponente einer Währung, nämlich die hoheitliche Grundlage und Beeinflussung durch staatliche Organe, nicht einmal im Ansatz. Eine *herkunftsbezogene Betrachtung* führt also zu der Einsicht, dass diese Inventionen *keine Währungen* im volkswirtschaftlichen und rechtsdogmatischen Sinn<sup>9)</sup> und damit kein Gegenstand obrigkeitlicher Währungspolitik sind.

### C. Herkunftsbezogene Betrachtung – Bitcoin & Co als privates Wirtschaftsgut

Kryptowährungen wurde bewusst ein staatsfernes Konzept zugrunde gelegt.<sup>10)</sup> Sie werden aufgrund bestimmter, von den Inventoren vorgegebenen aufwändigen Programmroutinen im elektronischen Weg erzeugt, uzw unter Einsatz erheblicher, energieintensiver Rechenleistung (sog „mining“).<sup>11)</sup> Das Ergebnis eines solchen Produktionsprozesses ist zwar rein digitaler Natur, aber eindeutig identifizier- und zuordenbar. Es befindet sich in der Verfügungsmacht seines Erzeugers<sup>12)</sup> und kann auf den einschlägigen bestehenden Märkten weitergegeben und gehandelt werden. Diese Strukturanalyse zeigt, dass Kryptowährungen die *Qualität eines privaten Wirtschaftsguts* haben. Letztlich handelt es sich um von Privatrechtssubjekten hergestellte, physisch nicht berührbare *digitale Produkte*.

Diese strukturelle Erkenntnis führt zu so mancher Klarstellung und zeigt, warum die Einordnung von Kryptowährungen in vorhandene kapital- und finanzmarktrechtliche Kategorien einfach nicht möglich ist. Die existierenden Regelwerke sind letztlich nicht auf die spezifische Natur von Kryptowährungen als private Erzeugnisse zugeschnitten. Sinn und Zweck des Kapitalmarktrechts ist es, vereinfacht gesprochen, Anleger bei der Investition in Unternehmen zu schützen und durch eine ausreichende Informationsbasis ein Level Playing Field zu schaffen. Emittenten sammeln Kapital ein, das sie dann nach eigenem Ermessen verwenden. Genau jener Anknüpfungspunkt fehlt jedoch bei virtuellen Währungen. Es gibt keinen Emittenten, keine zentrale Stelle. Deshalb wird in der Regel auch die Subsumtion von Kryptowährungen unter Begriffe wie Geld<sup>13)</sup>, e-Geld<sup>14)</sup>, Finanz- bzw Zahlungsinstrument<sup>15)</sup> usw in konkreten Untersuchungen aufgrund geltender Rechtsnormen im Prinzip verneint.<sup>16)</sup>

### D. Definitionsversuche

Derzeit hält man sich in Europa auf nationaler Ebene mit gesetzgeberischen Vorstößen zur rechtlichen Einordnung von Kryptowährungen noch stark zurück.<sup>17)</sup> Auf EU-Ebene gibt es bislang zwei Ansätze. Der erste Versuch wurde vom EuGH anlässlich eines Verfahrens über die Auslegung der UmsatzsteuerRL vorgenommen,<sup>18)</sup> in dem er das hier interessierende Phänomen zunächst einmal als „virtuelle Währung“ bezeichnet und damit verständlicherweise an den allgemeinen Sprachgebrauch anschließt. Er rekurriert vorrangig auf funktionelle Aspekte, wenn er festhält, dass Bitcoins „keinem anderen Zweck als dem der Verwendung als Zahlungsmittel“ dienen. Eine herkunftsbezogene Betrachtung bringt der EuGH nur

im Ansatz ins Spiel, wenn er von der Akzeptanz durch „bestimmte Wirtschaftsteilnehmer“ und von einer „vertraglichen Währung“ spricht. Damit wird aber nicht die grundlegende juristisch-dogmatische Bedeutung von Bitcoins aufgegriffen. Dem EuGH ging es nur um die Frage des Sinns und Zwecks einer spezifischen Ausnahme der UmsatzsteuerRL, die eine bloß wirtschaftlich-funktionelle Analyse der Kryptowährung Bitcoin verlangte.<sup>19)</sup> Damit ist diese Definition des EuGH für eine grundsätzliche Einordnung dieses Phänomens nicht zielführend.

Der Entwurf zur 5. GeldwäscherRL geht hier schon einen Schritt weiter. Dort lautet die vorgeschlagene Definition: „*Virtuelle Währungen sind eine digitale Darstellung eines Werts, die von keiner Zentralbank oder öffentlichen Stelle emittiert wurde und nicht zwangsläufig an eine echte Währung angebunden ist, aber von natürlichen oder juristischen Personen als Zahlungsmittel akzeptiert wird und auf elektronischem Wege übertragen, gespeichert und gehandelt werden kann.*“<sup>20)</sup> Sie ist – entsprechend der Zielsetzung des RL-Entwurfs – betont weit konturiert und versucht mehr oder weniger erfolgreich, gewisse Eigenschaften von Kryptowährungen herauszuarbeiten.

Diese sind im Wesentlichen ihre digitale Natur, die Konzeption als Wertträger („*digitale Darstellung eines Werts*“), der Umstand der fehlenden hoheitlichen Fundierung sowie die Marktfähigkeit, insb die Beherrsch-

chain) dient als Bitcoin-Software, in der alle Transaktionen verzeichnet sind.

- 9) *Linzner*, Bitcoin – Eine Analyse von Kryptowährungen und deren Anwendung im Onlinehandel, Diplomarbeit TU Wien (2016) 8 f.
- 10) *Nakamoto*, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System (2008).
- 11) Vgl zu diesem Vorgang ausführlich *Völkel*, Privatrechtliche Einordnung der Erzeugung virtueller Währungen, in diesem Heft S 639.
- 12) *Völkel*, Privatrechtliche Einordnung virtueller Währungen, ÖBA 2017, 385.
- 13) *Eberwein* (Hrsg), Bitcoins (2014) 39.
- 14) E-Geld (zB die erfolglose Quick-Bankomatkartenfunktion) ist prinzipiell als Forderung gegen bestimmte dritte Anbieter konstruiert. Da Bitcoin & Co digitalen Bestand haben, ohne dass dadurch im Peer-to-peer-Netzwerk eine Forderung gegen einen dritten Akteur entsteht, passt dieses Konzept nicht; *Eberwein* (Hrsg), Bitcoins (2014) 41.
- 15) *Eberwein* (Hrsg), Bitcoins 49 f.
- 16) Näher *Völkel*, in diesem Heft S 639. Ob Bitcoin & Co unter den Begriff des „Zahlungsmittels“ iSd § 1 Abs 1 Z 6 BWG fallen, wird von *Falschleimer/Klausberger* in *Eberwein* (Hrsg), Bitcoins 52 bejaht, erscheint aber fraglich, weil prinzipiell jedes Tauschgut, das in bestimmten Kreisen akzeptiert wird, als Zahlungsmittel in Frage käme. Zahlungsmittel wie Kreditkarten sind – anders als Bitcoin & Co – selbst kein Wertträger.
- 17) *Sixt*, Bitcoins und andere dezentrale Transaktionssysteme (2017) 119.
- 18) EuGH 22. 10. 2015, C-264/14, *Hedqvist*, laut dem zusammengefasst Bitcoin unter den Ausnahmetatbestand des Art 135 Abs 1 der UmsatzsteuerRL fällt.
- 19) Für eine – mangels eindeutigen Wortlauts der UmsatzsteuerRL erforderliche – teleologische Auslegung hatte der EuGH nämlich bloß zu ermitteln, ob der Eintausch von Bitcoin in eine offizielle Währung (und umgekehrt) genauso zu beurteilen war wie der Eintausch von offiziellen Währungen untereinander, was er im Anschluss an die gleichartigen Ausführungen der GA *Kokott* letztlich – zutreffend – bejahte.
- 20) Art 1 Abs 2 lit c Vorschlag v 5. 7. 2016 für eine RL des EP und des Rates zur Änderung der RL (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der RL 2009/101/EG, COM (2016) 450 final.

barkeit und Handelbarkeit („auf elektronischem Wege übertragen, gespeichert und gehandelt werden kann“). Betont wird auch die von den Rechtssubjekten selbst gesteuerte, dzt noch stark eingeschränkte Akzeptanz von Bitcoin & Co. Damit wird sowohl an die Funktion, die Kryptowährungen erfüllen, als auch an ihre Herkunft angeknüpft. Letztlich lässt jedoch die undifferenzierte Verwendung des Begriffs der „virtuellen Währung“ am Ende offen, welchen Rechtscharakter die 5. Geldwäscherl diesen Phänomenen zumisst. Diese Definition enthält also einige Klarstellungen, nimmt aber letztlich keine rechtsdogmatische Positionierung vor.

## E. Konsequenzen

Da handfeste Erkenntnisse über die Rechtsnatur der boomenden Kryptowährungen bislang fehlen, ist ein Vorschlag für eine grundsätzliche Einordnung in das Rechtssystem längst überfällig. Basis einer Klassifizierung müssen die nüchtern auf den Punkt gebrachten Eigenschaften dieses Phänomens sein. Werturteilsbehaftete Statements, mögen sie euphorisch oder gefahrenorientiert-pessimistisch sein, sind für eine dogmatische Beurteilung fehl am Platz.<sup>21)</sup>

## F. Bitcoin & Co im System des Verfassungs- und Unionsrechts

### 1. Kompetenzrecht

Die spezifischen Eigenschaften von Bitcoin & Co als private Instrumente, die Werttransfers ohne den Einsatz hoheitlich durchregulierter Mechanismen ermöglichen, lassen die Prüfung von Kompetenztatbeständen auf ihre Eignung zur Regelung dieses Phänomens nicht gerade als leichte Übung erscheinen. Der Umstand, dass Kryptowährungen als privates Gut anzusehen sind, das auf bestehenden Märkten in Gewinnabsicht gehandelt werden kann, lässt aufgrund dieser klassischen Konstruktion prinzipiell eine Nahebeziehung zum Gewerbetreiben auffallen.<sup>22)</sup> Dass es zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Kompetenztatbestands keine digitalen Güter gab, könnte im Rahmen intrasystematischer Fortentwicklung berücksichtigt werden. Kompetenzen wie Geld-, Kredit-, Börse- und Bankwesen liegt ein Konzept zugrunde, das prinzipiell auf hoheitlich fundierten Währungssystemen aufbaut; sie wären – etwa im Rahmen einer Versteinerung – daraufhin zu untersuchen, ob ähnliche staatsferne Konstruktionen wie Bitcoin & Co (zB Parallelwährungen zu Inflationszeiten etc) beim Inkrafttreten der Kompetenzartikel bereits einschlägigen Regelungen unterworfen waren. Beziehungen von Nutzern untereinander (zB vertragsrechtliche Aspekte) ließen sich auf Basis des Zivilrechtswesens treffen.

### 2. Wirtschaftliche Grundrechte

Da Bitcoin & Co Erzeugnisse privater Wirtschaftssubjekte sind und einen Wert haben, der auf einschlägigen Märkten realisierbar ist, sind sie vermögenswerte Privatrechte, die in den Schutzbereich des Grundrechts auf Eigentum fallen.<sup>23)</sup> Kryptowährungen befinden sich trotz ihrer rein digitalen Natur im Regelfall auch in der Verfügungsmacht des Berechtigten;<sup>24)</sup> die feh-

lende physische Wahrnehmbarkeit schadet hier nicht.<sup>25)</sup> Da jede Einheit einer Kryptowährung auf dasselbe Konzept zurückgreift, ist anzunehmen, dass auch die dahinter stehende digitale Konstruktion vor staatlichen Eingriffen und Veränderungen geschützt ist. Der Erwerb und die Weitergabe von Kryptowährungen erfolgt durch vertragliche Vereinbarungen im Rahmen der Privatautonomie und ist damit gleichermaßen durch das Eigentumsgrundrecht geschützt.<sup>26)</sup> Da Kryptowährungen mit Gewinnabsicht gehandelt werden können, können ihre Produktion, ihre Nutzung sowie ihre Weitergabe auch in den Schutzbereich des Grundrechts auf Erwerbsfreiheit fallen.

Jede Beschränkung der Struktur, der Erzeugung, des Besitzes, der Weitergabe oder der freien Wertbildung von Bitcoin & Co durch hoheitliche Maßnahmen können einen Eingriff in das *Eigentumsgrundrecht* oder in das Grundrecht auf *Erwerbsfreiheit* bedeuten. Es ist demnach essentiell festzuhalten, dass das Bestehen eines *öffentlichen Interesses* (wie die Vermeidung der Gefahren von Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung) allein für die Verfassungsmäßigkeit einer solchen Regulierung nicht reicht; die Erlassung von Regelungen für dieses Phänomen liegt nicht im freien Ermessen des Gesetzgebers. Alle derartigen Beschränkungen durch staatliche oder unionsrechtliche Vorschriften sind einer *eingehenden Verhältnismäßigkeitsprüfung* zu unterziehen.<sup>27)</sup>

### 3. Unionsrechtliche Grundfreiheiten

Fallen grenzüberschreitende Transaktionen mit Bitcoin & Co unter den freien Kapital- und Zahlungsverkehr, erfassen sie die Warenverkehrsfreiheit oder handelt es sich gar um einen Anwendungsfall der Dienstleistungsfreiheit?<sup>28)</sup> Stellt man die Funktion

21) In diese Richtung auch die Schlussanträge der GA Kokott im Verfahren C-264/14, Rz 44, wo sie, mit Blick auf das von der dt Bundesregierung ins Spiel gebrachte Gefahrenpotential von Kryptowährungen, festhält, es gehe bei der Frage der umsatzsteuerrechtlichen Qualifikation von Bitcoins nicht um die Frage, ob sie „eine ‚gute‘ oder ‚schlechte‘ Währung“ darstellen.

22) Interessant erscheint, dass das BMVFW zurzeit die Ansicht vertritt, dass der Verkauf oder die Vermittlung von Bitcoin & Co kein Handelsgewerbe darstellt und somit keine Konzessionspflicht nach der GewO besteht (WKO, Die Kryptowährung [2017] 4).

23) Sowohl körperliche als auch unkörperliche Sachen werden als Vermögensgegenstände, Eigentum im objektiven Sinn iSd § 353 ABGB angesehen (Zeiller, Comm II/1, 108f). Bei Bitcoins handelt es sich um unkörperliche Sachen (Holzner in Rummell/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 292 ABGB).

24) Näher Völkel, Privatrechtliche Einordnung virtueller Währungen, ÖBA 2017, 385.

25) So ua VfSlg 15.448; 15.129; EGMR, Van Marle, EuGRZ 1988, 35; EGMR, Klein, NL 2011, 73.

26) VfSlg 12.227; 14.500.

27) Zu möglichen Eingriffen in das Grundrecht auf Datenschutz vgl im Ansatz Schock, Virtuelle Währungen – Ein Blick über die Grenzen, in diesem Heft S 636.

28) Als Dienstleistung, wenn auch explizit nur auf Basis von Art 2 Abs 1 der UmsatzsteuerRL sah der EuGH den Umtausch von Bitcoins in „konventionelle Währungen“ an (EuGH 22. 10. 2015, C-264/14, Skatteverket vs David Hedqvist, Rz 26), dies jedoch aufbauend auf der Überlegung, dass es sich nicht um die „Lieferung von Gegenständen“ iS dieser Bestimmung handle. Den Schluss, der EuGH wolle hier die Dienstleistungsfreiheit angewendet wissen, lässt diese Aussage daher nicht ohne Weiteres zu.



von Kryptowährungen, nämlich ihre Eignung für zahlungsähnliche Werttransfers, in den Vordergrund, scheint dies zunächst in Richtung der Kapitalverkehrsfreiheit zu weisen. Dem steht jedoch die mangelnde Eignung als Währung im traditionellen – rechtlichen – Sinn bzw als gesetzliches oder allgemein akzeptiertes Zahlungsmittel im Weg. Eine strukturelle Betrachtung bringt auch hier mehr Klarheit: Als durch einen aufwändigen digitalen Produktionsprozess hergestelltes privates Erzeugnis ohne jede hoheitliche Fundierung führen die wesentlichen Strukturmerkmale von Kryptowährungen geradewegs zum *Warenbegriff* des AEUV. Die Qualität von Bitcoin & Co als Erzeugnis mit Marktwert wiegt mE schwerer als die wirtschaftliche Funktion als Zahlungsmittel oder als die bloß digitale Natur, die an elektronische Geldflüsse zu erinnern scheint. Wer diese Parallele für entscheidend hält, übersieht nämlich, dass Kryptowährungen selbst – wie andere Erzeugnisse auch – unmittelbare Wertträger sind, wohingegen elektronische Überweisungen bloß Forderungsrechte gegen die durchführenden Bankinstitute begründen.<sup>29)</sup> Der EuGH sieht den – bei marktfähigen Kryptowährungen naturgemäß gegebenen – Wert einer Sache als Indiz der Wareneigenschaft an, ohne diese Voraussetzung zwingend zu fordern.<sup>30)</sup> Berücksichtigt man, dass sogar Elektrizität als Ware iSd Art 34 AEUV qualifiziert wurde,<sup>31)</sup> zeigt dies, dass die Möglichkeit, eine Ware physisch anzufassen, letztlich kein zwingendes Einordnungskriterium ist.<sup>32)</sup> Auch die Judikatur des EuGH zur Kapitalverkehrsfreiheit weist – trotz kasuistischer Strukturen – in ihren tragenden Linien in die skizzierte Richtung. Banknoten und Münzen fallen demnach dann unter die Kapitalverkehrsfreiheit des Art 63 AEUV, wenn sie gesetzliche Zahlungsmittel sind oder auf den Märkten der Mitgliedstaaten wie gesetzliche Zahlungsmittel behandelt werden (zB Krugerrand).<sup>33)</sup> Bitcoin & Co sind weit davon entfernt; sie werden bislang nur von einem geringen Anteil der Wirtschaftssubjekte akzeptiert und sind von ihrem Konzept her bewusst staatsfern konstruiert. Wertträger wie Münzen, die einmal gesetzliche Zahlungsmittel waren, dies aber inzwischen nicht mehr sind (zB aufgrund von Währungsumstellungen), wurden vom EuGH jedoch unter den Warenbegriff subsumiert.<sup>34)</sup> Die Lehre geht daher auch ganz allgemein davon aus, dass nur gesetzliche Zahlungsmittel unter die Vorschriften des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs fallen; „fehlt die gesetzliche Zahlungsmittelseigenschaft, sind sie unter die Warenverkehrsfreiheit zu fassen“.<sup>35)</sup> So hat auch der Sprecher der FMA, Klaus Grubelnik, Bitcoin grundsätzlich als „eine alternative Währung, die in Wahrheit als Ware gilt“, bezeichnet.<sup>36)</sup>

Auf Basis dieser Ansicht sind Bitcoin & Co grundsätzlich von staatlichen Kapitalverkehrsbeschränkungen auszunehmen, da diese sich auf offizielle Währungen beziehen. Derartige Kontrollen (Einschränkung der Geldbehebung an Bankomaten etc) wurden bislang nur von Zypern (2013) und Griechenland (2015) angesichts der Staatsschuldenkrise eingeführt; sie erfassten bloß den Euro, jedoch keine Kryptowährungen (welche jedoch daraufhin in den betroffenen Ländern stark nachgefragt wurden).

## G. Raus aus dem Bermuda-Dreieck!

Bitcoin & Co sind nur ihrer Funktion nach Währungen; um als solche im rechtlichen Sinn anerkannt zu werden, müssten sie von einer Zentralbank emittiert werden und der staatlichen Kapitalmarktpolitik unterliegen. Ihrer Herkunft und Struktur nach sind sie – bewusst staatsfern gestaltete – *Ergebnisse digitaler Produktionsprozesse privater Rechtssubjekte*. Diese Erkenntnis zeigt zunächst einmal, dass die Verwendung des Begriffs „Kryptowährung“ eher zur Verfälschung als zur Klarstellung geeignet ist, wenn es um die rechtsdogmatische Positionierung dieses Phänomens geht. Als digitale Erzeugnisse privatrechtlicher Wirtschaftssubjekte gehören Bitcoin & Co vielleicht überall, aber nicht dorthin, wo Instrumente staatlicher Währungspolitik wirken dürfen. Diese als vermögenswerte Privatrechte anzusehenden Produkte bergen die Möglichkeit, verschiedene Rechtsschutzmechanismen in Gang zu setzen: Sie unterfallen dem Schutz des *Eigentumsgrundrechts* sowie des Grundrechts auf *Erwerbsfreiheit*, und unterliegen ihrer Art nach dem Schutz der *Warenverkehrsfreiheit*.

29) Dazu näher *Völkel*, in diesem Heft S 639.

30) Abfall wurde auch im Fall von wertlosen Beseitigungsabfällen (negativer Wert) als Ware qualifiziert; vgl *Mayer*, WHI-Paper 1/04, Die Warenverkehrsfreiheit im Europarecht – eine Rekonstruktion 8 ff; EuGH 9. 7. 1992, C-2/90, *Kommission/Belgien*, Slg 1994, I-4431 Rz 26 ff; 8. 11. 2007, C-221/06, *Stadtgemeinde Frohnleiten und Gemeindebetriebe Frohnleiten*.

31) Vgl zB *Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht (2000) 28.

32) *Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht 26, bezeichnet diesen Zugang deshalb zutreffend als bloße „Faustformel“.

33) EuGH 23. 11. 1978, Rs 7/78, Slg 1978, 2247, Rz 27/28 (*Thompson*); *Schneider* in *Mayer/Stöger*, Kommentar zu EUV und AEUV, Art 63 AEUV Rz 16.

34) EuGH 23. 11. 1978, Rs 7/78, Slg 1978, 2274f, Rz 23/25 (*Thompson*); *Schneider* in *Mayer/Stöger*, Kommentar zu EUV und AEUV, Art 63 AEUV Rz 16.

35) *Hindelang*, WHI-Paper 02/2014, Kommentierung der Vorschriften zum Kapital- und Zahlungsverkehr im AEUV, Art 63 Rz 197.

36) *DiePresse* v 27. 5. 2017, Bitcoin: Rekordkurse und Kontosperrern in der Sandkiste.

### SCHLUSSTRICH

*Ziel muss sein, das Schweigen der Rechtswissenschaft zu brechen, um Bitcoin & Co aus dem Bermuda-Dreieck zu evakuieren. Doch die Rechtswissenschaft kann das massive Problem des Fehlens jeglicher, auf Kryptowährungen zugeschnittener, Bestimmungen nicht allein lösen. In unmittelbarer Zukunft wird auch sorgfältig abzuwägen sein, inwieweit die EU und ihre Mitgliedstaaten durch spezifische neue Regelungen (wie zB das Schaffen von sog „Sandboxes“) eine solide Basis für User und Unternehmer in diesem Geschäftsbereich schaffen. Dabei wird es iS der anzuwendenden Grundrechtsschranken und der Warenverkehrsfreiheit entscheidend sein, dass nur verhältnismäßige, angemessene Maßnahmen gesetzt werden, die der staatsfernen Konstruktion der Kryptowährungen gebührend Rechnung tragen und zu einer Regulierung mit Augenmaß führen.*