

> CHRISTIAN PISKA / OLIVER VÖLKE

Blockchain und Kryptorecht

Regulierungs-Chancen de lege lata und de lege ferenda

Die Blockchain-Technologie und ihr bislang bedeutendster Anwendungsfall, Kryptowährungen wie Bitcoin oder Ether boomen wie nie zuvor. Insider sprechen vom größten Wurf seit dem Internet der Neunzigerjahre. Der vorliegende Beitrag zeigt auf, dass es für die juristische Bewältigung dieses Phänomens essentiell ist, der zunehmenden Überregulierung den Rücken zu kehren und den Weg einer **smart regulation** zu gehen. Die Rahmenbedingungen einer solchen **smart regulation** arbeitet *Piska* in diesem Beitrag thesenhaft heraus. *Völkel* widmet sich im Anschluss dem Konzept eines **Sandbox-Modells**, das neuen Applikationen der Blockchain Technologie **de lege ferenda** Aktionsspielraum bieten könnte und zeigt auf, wie die von *Piska* vorgeschlagene **smart regulation** auf Basis bestehender Rechtsnormen bereits **de lege lata** einfach umgesetzt werden kann.

I. Kryptowährungen – Spross der Blockchain-Technologie

A. Rechtliche Einordnung – funktionelle und herkunftsbezogene Betrachtung

Die Blockchain-Technologie und ihr bislang bedeutendster Anwendungsfall, Kryptowährungen wie Bitcoin oder Ethereum, erfreuen sich stetig zunehmender Beliebtheit. Stellt man ausschließlich auf die Funktion dieses neuen Phänomens ab (**funktionelle Betrachtung**), wären Bitcoin & Co als Währungen einzuordnen. Sie unterliegen Marktmechanismen und sind für den Erwerb von Gütern oder die Inanspruchnahme von Dienstleistungen einsetzbar, vorausgesetzt der Vertragspartner ist bereit, Kryptowährungen zu akzeptieren.¹ Virtuelle Währungen erfüllen damit zwar uU die Funktion einer offiziellen Währung, sind aber als von ihren privaten Schöpfern gezielt staatsfern ausgestaltete Konstrukte² keine staatlichen (offiziellen) Instrumente wie gesetzliche Zahlungsmittel. Damit erfüllen sie schon die Basiskomponente einer Währung nicht einmal im Ansatz, nämlich die hoheitliche Grundlage und Beeinflussung durch staatliche Organe. Der funktionelle Ansatz bringt daher für eine Klärung des Rechtscharakters von Kryptowährungen keine Erkenntnisse.

Eine **herkunftsbezogene Betrachtung** führt hingegen zu jenen strukturellen Einsichten, die für eine juristische Durchdringung dieses Phänomens erforderlich sind. Dieser Ansatz zeigt, dass die betrachteten Inventionen nicht-hoheitlichen Ursprungs sind und damit **keine Währungen** im volkswirtschaftlichen und rechtsdogmatischen Sinn³ darstellen. Sie bilden keinen Gegenstand obrigkeitlicher Währungspolitik, sondern werden vielmehr im elektronischen Weg von privater Seite unter Einsatz erheblicher, energieintensiver Rechenleistung produziert (sog. „mining“).⁴ Damit haben sie als handelbares Erzeugnis die Qualität eines **privaten Wirtschaftsguts**.⁵ Es handelt sich um von Privatrechtssubjekten hergestellte, physisch nicht berührbare **digitale Produkte**.⁶

B. Produktqualifikation und Wareneigenschaft

Die wesentlichen Strukturmerkmale von Kryptowährungen wie Bitcoin und Ether führen im Zusammenhang mit der Erkenntnis, dass sie – wie andere Erzeugnisse auch – unmittelbare Wertträger sind, zur Erfüllung des **unionsrechtlichen Warenbegriffs**.⁷ Die Eigenschaft als Erzeugnis mit Marktwert fällt hier viel stärker ins Gewicht als die bloße wirtschaftliche Funktion als Zahlungsmittel. Der Wert einer Sache, der bei marktfähigen Kryptowährungen naturgemäß

1 Eingehend *Piska*, Kryptowährungen und ihr Rechtscharakter – eine Suche im Bermuda-Dreieck, *ecolex* 2017, 632 (632); siehe auch *Terlau*, § 55a – Elektronisches Geld, virtuelle Währungen (Bitcoins, Ether Coins), in *Schimansky/Bunte/Lwowski* (Hg), *Bankrechts-Handbuch*⁵ (2017) Rz 142, der darauf verweist, dass Bitcoins in vielen Online- und Offline-Geschäften wie ein Zahlungsmittel akzeptiert werden.

2 Bitcoin wurde am 01.11.2008 von Satoshi Nakamoto in einem White Paper vorgestellt, 2009 wurde dazu eine Open-Source-Referenzsoftware veröffentlicht. Eine dezentral verwaltete Datenbank (Blockchain) dient als Bitcoin-Software, in der alle Transaktionen verzeichnet sind.

3 *Linzer*, Bitcoin – Eine Analyse von Kryptowährungen und deren Anwendung im Onlinehandel, Diplomarbeit TU Wien (2016) 8 f.

4 Vgl zu diesem Vorgang ausführlich *Völkel*, *Privatrechtliche Einordnung der Erzeugung virtueller Währungen*, *ecolex* 2017, 639.

5 Auch in der deutschen Literatur wird die Ansicht vertreten, bei Bitcoin handle es sich um ein Wirtschaftsgut und nicht um „Geld“, so zB *Schroeder*, Bitcoin: Virtuelle Währung – reelle Problemstellungen, *Jur-PC* 104/2014, Abs 18.

6 Eingehend *Piska*, Kryptowährungen (FN 1) 633.

7 Näher *Piska*, Kryptowährungen (FN 1) 635.

AUFSÄTZE

gegeben ist, dient dem EuGH als Indiz für die Wareneigenschaft.⁸ Wertträger wie Münzen, die einmal gesetzliche Zahlungsmittel waren, dies aber inzwischen nicht mehr sind (ähnlich Kryptowährungen, die bloß bei Akzeptanz durch das Gegenüber einsetzbar sind) wurden vom EuGH bereits unter den Warenbegriff subsumiert.⁹

Die Lehre geht daher ganz allgemein davon aus, dass nur gesetzliche Zahlungsmittel unter die unionsrechtlichen Vorschriften des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs fallen; „fehlt die gesetzliche Zahlungsmittel-eigenschaft, sind sie unter die Warenverkehrsfreiheit zu fassen“.¹⁰ Auf dieser Linie liegt auch die österreichische Finanzmarktaufsicht (FMA), deren Sprecher Klaus Grubelnik Bitcoin grundsätzlich als „eine alternative Währung“ bezeichnet, die jedoch „in Wahrheit als Ware gilt“.¹¹

C. Schutzmechanismen – Gefahrenvermeidung als überbewertetes Motiv

Die hier vorgenommene rechtliche Einordnung zeigt, welche Rechtsschutzmechanismen im Hinblick auf Kryptowährungen wirken. Zum einen darf die Warenverkehrsfreiheit nur dann eingeschränkt werden, wenn zwingende Erfordernisse vorliegen. Zum anderen ergibt sich aus der Warenqualität von Kryptowährungen und dem Umstand, dass sie einen Marktwert besitzen, ihre Eigenschaft als vermögenswerte Privatrechte, die in den Schutzbereich des Grundrechts auf Eigentum fallen.¹² Da die einzelnen Einheiten einer Kryptowährung auf die dahinter stehende Blockchain-Technologie zurückgreifen, ist diese digitale Konstruktion ebenso vor staatlichen Eingriffen und Veränderungen geschützt.

Der Erwerb und die Weitergabe von Kryptowährungen erfolgt durch vertragliche Vereinbarungen im Rahmen

der Privatautonomie, daher sind die einzelnen Einheiten einer virtuellen Währung durch das **Eigentumsgrundrecht** geschützt.¹³ Da Kryptowährungen mit Gewinnabsicht gehandelt werden können, kann ihre Erzeugung, ihre Nutzung sowie ihre Weitergabe auch in den Schutzbereich des **Grundrechts auf Erwerbsfreiheit** fallen. Jede Beschränkung der blockchain-basierten Struktur einer Kryptowährung, der Möglichkeiten ihrer Erzeugung, ihres Besitzes, ihrer Weitergabe oder der freien Wertbildung von virtuellen Währungen durch hoheitliche Maßnahmen können daher in das Eigentumsgrundrecht oder in das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit eingreifen. Allein das Bestehen eines öffentlichen Interesses wie die Vermeidung der Gefahren von Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung genügt nicht für die Verfassungsmäßigkeit einer beschränkenden Regulierung.

Der Gedanke einer im öffentlichen Interesse liegenden Gefahrenvermeidung als Motivation und Basis einer Regulierung wird heute oft als Freibrief für massive Grundrechtseingriffe herangezogen. Tatsächlich handelt es sich bei Gefahrenvermeidung nur im Ansatz um ein tragfähiges dogmatisches Argument. Letztlich kann jede Technologie, jeder Mechanismus, im Prinzip jedes Produkt nicht nur für seinen bestimmungsgemäßen gesellschaftlich gewünschten Zweck, sondern auch missbräuchlich verwendet werden. Das menschliche Leben selbst ist durch Gefahren gekennzeichnet. Keine Regelung vermag diese Gefahren vollständig auszuschalten. Letztlich ist der Mensch selbst Quelle von Gefahren. Es steht in seinem moralischen Ermessen, sich rechtskonform oder rechtswidrig zu verhalten.

Jedes Regelungssystem muss daher das Fortbestehen von Gefahren in seinen Plan mit aufnehmen, um eine angemessene, **verhältnismäßige Regulierung** zu gewährleisten. Der gegenteilige Ansatz erlegt dem Staat ein Selbstverständnis auf, das in der realen Welt scheitert und im Ergebnis eine freiheitsbedrohende Wirkung entfaltet. Die Erkenntnis, dass von einer Technologie Gefahren ausgehen, kann also für sich allein genommen unter keinen Umständen ein tragfähiges Argument für eine massive Regulierung oder gar ein Verbot bieten, sondern bloß einen Ansatz für eine verhältnismäßige, möglichst eingriffserne Regulierung, die zwar Gefahren zu vermeiden hilft, aber nicht dem irrigen Selbstverständnis verfällt, Gefahren völlig ausschalten zu können. Eine Gesellschaft, die sich dem Schutz der Freiheit verschreibt, darf diese nicht in einer Weise beschränken, die dem einzelnen Menschen die Letztverantwortung für sein Handeln nimmt.

8 Abfall wurde auch im Fall von wertlosen Beseitigungsabfällen (negativer Wert) als Ware qualifiziert; vgl. Mayer, Die Warenverkehrsfreiheit im Europarecht – eine Rekonstruktion, EuR 2003, 793 (801 ff); EuGH 09.07.1992, C-2/90, *Kommission/Belgien*, Slg 1994, I-4431, Rz 26 ff; EuGH 08.11.2007, C-221/06, *Stadtgemeinde Frohnleiten und Gemeindebetriebe Frohnleiten*, Slg 2007, I-09643.

9 EuGH 23.11.1978, C-7/78, *Thompson*, Slg 1978, 02247, Rz 23/25; *Schneider* in Mayer/Stöger (Hg), Kommentar zu EUV/AEUV (2011) Art 63 AEUV Rz 16.

10 *Hindelang*, WHI-Paper 02/2014, Kommentierung der Vorschriften zum Kapital- und Zahlungsverkehr im AEUV, Art 63, Rz 197, abrufbar unter: <http://www.whi-berlin.eu/tl_files/WHI-Papers%20ab%202013/WHI-Paper-02-2014.pdf> (Stand 16.08.2017).

11 Ontosperren in der Sandkiste, *DiePresse* 27.05.2017.

12 Sowohl körperliche als auch unkörperliche Sachen werden als Vermögensgegenstände, Eigentum im objektiven Sinn iSd § 353 ABGB angesehen (*Zeiller*, Comm II/1, 108 f). Bei Bitcoins handelt es sich um unkörperliche Sachen (*Holzner* in Rummel/Lukas [Hg], ABGB § 292 Rz 2 [Stand 01.07.2016]); näher *Piska*, Kryptowährungen (FN 1) 635.

13 VfSlg 12.227/1989, 14.500/1996.

Zu betonen ist auch, dass nicht jede Gefahr für bestimmte öffentliche Interessen jedes Mittel rechtfertigt, um ihr zu begegnen. Das Ermessen des Gesetzgebers ist hier grundrechtlich stark beschränkt. Dies scheint mitunter zunehmend in Vergessenheit zu geraten. Der Schutz öffentlicher Interessen ist stets mit geeigneten sowie mit verhältnismäßigen, angemessenen, also möglichst **eingriffsfernen Mitteln** zu bewerkstelligen, die im Zweifel den gelindesten denkbaren Maßnahmenkatalog darstellen. Alle einschlägigen Beschränkungen des Verkehrs mit Kryptowährungen durch staatliche oder unionsrechtliche Vorschriften sind damit einer **eingehenden Verhältnismäßigkeitsprüfung** zu unterziehen.¹⁴

Das größte Hemmnis für die zukunftsorientierte Blockchain-Technologie liegt jedoch der gegenwärtigen Tendenz zur massiven, sinnentleerten Überregulierung.

II. Ein Plädoyer gegen Überregulierung und Normenflut

Am Beispiel Kryptowährungen lässt sich ein allgemeines, gravierendes Problem der – zumindest in Europa – vorherrschenden Gesetzgebungstechnik zielsicher exponieren: Noch nie war der Glaube an die Macht des Gesetzes ausgeprägter als heute. Der Ansatz, auf wahrgenommene Probleme mit immer detaillierteren gesetzlichen Regelungen zu reagieren, ist ein tragendes Prinzip der europäischen Legistik geworden. Der **Hang zur Überregulierung** schlägt immer höhere Wogen und alle Erkenntnisse über die negativen Konsequenzen zu vieler, zu detaillierter und zu rasch zunehmender Normen¹⁵ scheint vergessen. Die Ursachen hierfür sind vielfältig. Es ist die steigende Neigung zur Angst in der Bevölkerung und auch ein größer werdender Hang zur Planung und Ordnung bis ins letzte Detail bemerkbar. Die positive Stimmung der späten Siebziger und Achtziger Jahre des vorigen Jahrhunderts ist längst vergessen. Die Angst vor nahezu jeder Gefahr wird geschürt, die unsere Zeit mit sich bringt, vor Terror, vor der Macht Daten sammelnder Großkonzerne, Flüchtlingen, Dieselfahrzeugen, dem Klimawandel und vielem mehr.

Regulierung vermittelt dem Bürger das Gefühl von Sicherheit. In einer von Unsicherheiten geprägten Welt ist eine solche Schaffung einer Art scheinbaren Sicherheit per Gesetz zwar verständlich aber letztlich nur trügerisch. Tatsächlich haben immer ausufernde Regeln eine **innovationsfeindliche Wirkung**, tragen massiv zur Unübersichtlichkeit des Rechtssystems bei, mindern die Akzeptanz von Normen in der Bevölkerung und **beschränken** letztlich die **Freiheitssphäre** der betroffenen Bürger und der Wirtschaftstreibenden, die durch die Allgegenwart von Regulierungen zunehmend entmündigt werden. Unser europäisches Gesellschaftsmodell ist seiner Intention nach dem Konzept des Liberalismus und damit traditionell dem Freiheitsgedanken verschrieben. Jede zusätzliche Regulierung setzt tendenziell einen Schritt weg vom liberalen Grundprinzip und ist daher aus rechtswissenschaftlicher Sicht schon im Ansatz in Frage zu stellen.

Generell sollte daher aus dogmatischer, aber auch aus rechtspolitischer Sicht dringend begonnen werden, systematisch zu prüfen, wo gezielte **Ansätze einer Deregulierung** sinnvoll sein könnten. Neue Technologien sollten nicht als Anlass für ein überbordendes Regelungskonzept genommen werden. Jeder neue Ansatz birgt das Risiko eines Systembruchs, der anfänglich oft gar nicht bedacht oder erkannt wird. Zweckmäßiger wäre es, zunächst sorgfältig zu prüfen, ob nicht auf Basis bereits bestehender Regelungen vorgegangen und so das Auslangen gefunden werden kann. Derart würden nicht nur besagte Systembrüche vermieden, sondern auch im **Interesse der Übersichtlichkeit** der Rechtsordnung gehandelt.

Auf die oben angeschnittenen Aspekte kann hier nur hingewiesen werden; gerade im Zusammenhang mit der Blockchain-Technologie und Kryptowährungen spielen sie jedoch eine eminente, zentrale Rolle, die im Zuge aller Regulierungspläne dieses Phänomens sorgfältig berücksichtigt und abgewogen werden sollten. Daher ist es unseres Erachtens von zentraler Bedeutung, vor dem Schrei nach massiver Regulierung der Blockchain-Technologie und des Konzepts der Kryptowährungen eingehend zu untersuchen, inwieweit vorhandene Regelungen des öffentlichen Wirtschaftsrechts¹⁶ oder des Privatrechts¹⁷ diese neuen Phänomene zu tragen vermögen.

14 Zu möglichen Eingriffen in das Grundrecht auf Datenschutz vgl. im Ansatz Schock, Virtuelle Währungen – Ein Blick über die Grenzen, *ecolex* 2017, 636 (638).

15 Vgl. <<https://news.wko.at/news/wien/Die-Buerokratie-kostet-uns-Zeit,-Geld-und-Kraft.html>> sowie <http://www.wienerzeitung.at/nachrichten/wirtschaft/oesterreich/678904_Land-der-Normen.html> (Stand 08.08.2017).

16 Piska, Kryptowährungen (FN 1) 634.

17 Völkel, Privatrechtliche Einordnung virtueller Währungen, *ÖBA* 2017, 385; Völkel, Erzeugung virtueller Währungen (FN 4) 639; Stadler/Chochola, Kryptowährungen: Aufklärungspflichten im Verhältnis Unternehmer – Verbraucher, *ecolex* 2017, 641; Buchleitner/Th. Rabl, Blockchain and Smart Contracts, *ecolex* 2017, 4.

Auch der europäische Gesetzgeber ist bereits auf das Phänomen der Blockchain-Technologie aufmerksam geworden und hat sich entschlossen, erste Schritte in Richtung einer Regulierung des derzeitigen Hauptanwendungsfalles der Kryptowährungen zu setzen. Zunächst liegt der Fokus auf der Geldwäschebekämpfung¹⁸ und auf der Einführung einer derzeit fehlenden Definition der Rechtsnatur von virtuellen Währungen,¹⁹ doch noch weiß niemand mit Sicherheit, wohin dieser Weg führen wird. Derzeit lässt sich nüchtern konstatieren, dass in Rechtswissenschaft und Praxis mangels systematischer und eingehender Forschung und aufgrund des Fehlens spezifischer Forschungseinrichtungen **massive Unsicherheit** über die Frage besteht, welcher Rechtsrahmen für die Blockchain-Technologie und für Kryptowährungen zu wählen ist. Erste Ergebnisse aus öffentlich-rechtlicher Sicht wurden eingangs in diesem Beitrag präsentiert,²⁰ auch in privatrechtlicher Hinsicht gibt es bereits erste Ansätze.²¹

Generell sollte sowohl auf Europäischer als auch nationaler Ebene primär danach gestrebt werden, **vorhandenes Rechtsmaterial nutzbar** zu machen und Neuregelungen nur mit größtem Augenmaß und unter genauer Beachtung grundrechtlicher Schranken²² einzuführen. Die in der Wirtschaft deutlich wahrnehmbare Tendenz, die Blockchain-Technologie und virtuelle Währungen verstärkt zu nutzen und in neuen Geschäftsfeldern einzusetzen, sollten zum Anlass genommen werden, bestehende Überregulierung grundlegend zu überdenken und im Hinblick auf Blockchain-bezogene Themen einen **bewusst minimalistischen Ansatz** zu wählen.

Was generell aus rechtswissenschaftlicher, besonders aber auch aus grundrechtlicher und legistischer Sicht zu fordern ist, möchte ich an dieser Stelle in Anlehnung an die Terminologie der Blockchain-Technologie als **smart regulation** bezeichnen. Weniger ist mehr. Ist zusätzliche Regulierung erforderlich, muss sie **klar, verständlich, vorausschauend, innovationsfreundlich** und in allen Aspekten **grundrechtskonform** ausfallen. Dieser minimalistische Ansatz dient letztlich allen Beteiligten, den Vollzugsorganen, den betroffenen Rechtssubjekten und dem Staat selbst durch höhere Akzeptanz seines Normensystems in der Bevölkerung. Thesenartig lässt sich abschließend fest-

halten, dass es Aufgabe eines liberalen Staates ist, neue Technologien mit enormem Zukunftspotential nicht zu unterdrücken sondern im Rahmen der skizzierten **smart regulation** zu fördern.

III. Sandbox-Modell – smart regulation de lege ferenda?

A. Problem der derzeitigen Krypto-Regulierung

Möchten Wirtschaftstreibende neuartige Geschäftsmodelle im Bereich Kryptowährungen umsetzen, steht zu Beginn meist die Frage, ob hierfür eine Konzessionierung durch die Finanzmarktaufsicht (FMA) erforderlich ist, etwa nach dem BWG²³ oder dem ZaDiG.²⁴ Die Konzessionierung bedeutet eine **hohe Markteintrittshürde** und vor einer Konzessionierung ist die Aufnahme des Geschäftsbetriebs unzulässig (§ 4 BWG).

Ob ein Geschäftsmodell einer Konzessionierung bedarf, ist mitunter nicht einfach ersichtlich. Änderungen in Details können bereits zu einem gänzlich unterschiedlichen Ergebnis führen. Wird vor Klärung der Konzessionsfrage der Geschäftsbetrieb aufgenommen, drohen neben der Untersagung durch die Behörde, Verwaltungs- oder gerichtliche Strafen.²⁵ Der derzeitige Mangel an klaren gesetzlichen Grundlagen führt in der Praxis zur **Hemmung von wirtschaftlicher Innovation** und einer Behinderung des Wirtschaftsstandorts Österreich.

Die Frage nach der Konzessionspflicht ist allerdings nur ein Aspekt des Problems. Das Verfahren zur Konzessionserlangung ist oft eine Hürde, die von Wirtschaftstreibenden nicht überwunden wird. Um die Erfordernisse zu schaffen, die das Gesetz (BWG, ZaDiG, etc) für die Erteilung einer Konzession vorsehen, sind **hohe Investitionen** erforderlich.²⁶ Neue Geschäftsideen bringen es jedoch mit sich, dass Erfolgsaussichten oft nicht im Vorhinein abgeschätzt werden können. Ohne Möglichkeit der **Erprobung des Geschäftsmodells** entscheiden viele Wirtschaftstreibende, keine zusätzlichen Investitionen zu tätigen und von einer Konzessionierung Abstand zu nehmen.

B. Lösung durch Schaffung eines Sandbox-Modells

Eine mögliche Lösung der beiden oben dargestellten Probleme ist gesetzliche Verankerung eines **zusätz-**

18 Vgl näher Schock, Virtuelle Währungen (FN 15) 636 ff.

19 Vgl zu positiven und negativen Aspekten dieses definitiven Regulierungsansatzes näher Piska, Kryptowährungen (FN 1) 633.

20 Vgl näher dazu Piska, Kryptowährungen (FN 1) 634.

21 Völkel, Privatrechtliche Einordnung virtueller Währungen (FN 18) 385; Völkel, Erzeugung virtueller Währungen (FN 4) 639; Stadler/Chochoła, Aufklärungspflichten bei Kryptowährungen (FN 18) 641; Buchleitner/Th. Rabl, Blockchain and Smart Contracts (FN 18) 4.

22 Vgl dazu bereits Piska, Kryptowährungen (FN 1) 634.

23 Bundesgesetz über das Bankwesen (Bankwesengesetz – BWG), BGBl 532/1993 idF BGBl I 107/2017.

24 Bundesgesetz über die Erbringung von Zahlungsdiensten (Zahlungsdienstegesetz – ZaDiG), BGBl I 66/2009 idF BGBl I 107/2017.

25 § 4 BWG; § 98 Abs 1 BWG; § 66 ZaDiG.

26 § 16 ZaDiG.

lichen Mechanismus zur Konzessionserteilung. Bei Einhaltung bestimmter und genau zu determinierender Voraussetzungen könnte Antragstellern etwa nach dem BWG oder ZaDiG die Möglichkeit auf Erteilung einer Konzession unter Anwendung bestimmter Erleichterungen eingeräumt werden. Ziel dieses erweiterten Konzessionsverfahrens wäre (a) die Klärung der Frage, ob das angestrebte Geschäftsmodell einer **Aufsicht der FMA** unterliegt und (b) bejahendenfalls die Erarbeitung der für die Konzessionierung erforderlichen Voraussetzungen, unter Aufsicht der FMA.

Mit der Eröffnung dieses erweiterten Konzessionsverfahrens würden für den Antragsteller bestimmte Rechtsfolgen eintreten. So erhielte der Antragsteller etwa als Begünstigung das vorläufige Recht, das Geschäftsmodell innerhalb bestimmter zeitlicher und/oder regionaler Grenzen auszuüben. Bis zur Beendigung des erweiterten Konzessionsverfahrens bestünde damit **Rechtssicherheit** für den Antragsteller. Dieser Begünstigung stünden freilich erweiterte Rechte der Aufsichtsbehörde (bspw Weisungsrechte, Einsichtsrechte, Untersagungsrechte) sowie Verpflichtungen des Antragstellers gegenüber (bspw Mitwirkungspflichten, Offenlegungspflichten), die eine solche Begünstigung in Hinblick auf den **Gleichheitssatz** rechtfertigen. Das Konzessionsverfahren würde mit Bescheid enden, der feststellt, ob das Geschäftsmodell der Aufsicht der FMA unterliegt und bejahendenfalls, ob die Konzession erteilt wird oder nicht. Mit Erlass des Bescheids endet das erweiterte Konzessionsverfahren.

Ein solches System der Konzessionierung ist nach der geltenden Rechtslage nicht vorgesehen. **De lege ferenda** könnte es jedoch dazu beitragen, innovative Unternehmen in Österreich zu halten oder sogar aus dem angrenzenden EU-Ausland anzulocken. Dabei gilt es freilich eine Vielzahl von Fragen zu klären, nicht zuletzt im Hinblick auf den Gleichheitssatz und die Verträglichkeit des Vorschlags mit Europarechtlichen Vorgaben.

IV. Smart regulation auf Basis bestehender Rechtsnormen

A. Gewerbeordnung als Basis einer smart regulation

Möglicherweise muss der Blick jedoch gar nicht in ferne Zukunft schweifen, wenn es um die Frage nach der **Regulierungsmöglichkeit** von Bitcoin & Co geht. Tatsächlich besteht bereits heute eine Möglichkeit für die Verwaltung, die dringend benötigten Klarstellun-

gen zu treffen. Die Basis dafür bietet die Gewerbeordnung.²⁷

Im Rahmen der Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage²⁸ zur Kryptowährung Bitcoin führte das BMWFW aus, ein der GewO unterliegendes Handelsgeschäft setze eine Handelsware als Geschäftsgegenstand voraus. Eine Handelsware sei durch das Vorhandensein eines Gebrauchsnutzens charakterisiert, der Bitcoin fehlen würde. Das Vorliegen eines Handelsgeschäfts im Sinne der GewO wäre damit ausgeschlossen. Das BMWFW hat im Zusammenhang mit Bitcoin somit zwar festgehalten, dass der Handel mit dieser virtuellen Währung nicht als Handelsgeschäft gelten könne, dies schließt jedoch die **Anwendung der GewO** per se nicht aus. Die GewO gilt, soweit nicht Ausnahmen zutreffen (§§ 2 bis 4 GewO sowie sondergesetzlich vorgesehene Ausnahmen) für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten,²⁹ auch wenn diese wegen des irreführenden Begriffsbestandteils bei virtuellen „Währungen“ vielleicht nach Finanz- oder Kapitalmarkt klingen mögen. In Österreich unterlag beispielsweise der Handel mit Warentermingeschäften und bestimmten sonstigen Derivaten bis 2007 ebenfalls nur der GewO.³⁰

B. Keine allgemeinen Ausnahmebestimmungen in der GewO

Es sind keine allgemeinen Ausnahmetatbestände der GewO ersichtlich, die allgemein auf sämtliche gewerbliche Tätigkeiten im Zusammenhang mit Kryptowährungen zutreffen könnten. Aufgrund bisheriger Klarstellungen durch die FMA³¹ wissen wir auch, dass insbesondere der Ausnahmetatbestand für den Betrieb von Bankgeschäften, Dienstleistungen nach dem WAG 2007, Zahlungsinstituten oder E-Geld-Instituten vorbehaltenen Geschäfte (§ 2 Abs 2 Z 14 GewO) nicht allgemein einschlägig ist. Freilich können einzelne Geschäftsmodelle mit virtuellen Währungen eine Konzessionierung erfordern. Es besteht jedoch **kein allgemeiner Ausnahmetatbestand**, der die Anwendung der GewO ausschließen würde.

Exkursorisch soll an dieser Stelle überhaupt die Feststellung hinterfragt werden, wonach der Handel mit virtuellen Währungen wie Bitcoin nicht unter das freie

27 Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), BGBl 194/1994 idF BGBl I 107/2017.

28 1446/AB vom 22.07.2014 zu 1578/J (XXV.GP).

29 Hanusch in Hanusch (Hg), Kommentar zur Gewerbeordnung (16 Lfg, 2010) § 1 Rz 3

30 Siehe die ErlRV 143 BlgNR XXIII. GP 32; Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger (Hg), Bankwesengesetz Kommentar (8. Lfg, 2016) § 1 Rz 79.

31 <https://www.fma.gv.at/fma-themenfokusse/bitcoin/?F=0&tx_de-quicklinks_pi1%255Bcid%255D=7> (Stand 16.08.2017).

AUFSÄTZE

Handelsgewerbe zu subsumieren wäre. Als Gedankenanstoß sei lediglich darauf hingewiesen, dass etwa die vom BMWFW selbst geführte Bundeseinheitliche Liste der freien Gewerbe³² festhält, dass das Handelsgewerbe den Verkauf elektronischer Medien ohne Datenträger umfasst, eine Qualifizierung, die auf virtuelle Währungen ebenso zutrifft.³³ Bitcoin und andere virtuelle Währungen sind im Übrigen auch nach der Ansicht der FMA³⁴ und des BMF³⁵ als Wirtschaftsgüter bzw Waren einzustufen.

Sofern nicht ein reglementiertes Gewerbe (§ 94 GewO) oder Teilgewerbe (§ 31 GewO) vorliegt, handelt es sich um ein **freies Gewerbe**, für dessen Ausübung – unbeschadet allfälliger Ausübungsvorschriften – kein Befähigungsnachweis zu erbringen ist (§ 5 Abs 2 GewO). Da sich der Handel oder auch sonstige gewerbliche Tätigkeiten im Zusammenhang mit virtuellen Währungen nicht im Katalog der reglementierten Gewerbe finden (§ 94 GewO), handelt es sich um freie Gewerbe.

C. Erlass von Ausübungsvorschriften

Für die weitere Diskussion wesentlich ist die oben hervorgehobene Einschränkung der Ausübung eines Gewerbes auf bestimmte Ausübungsvorschriften. Genau hierin liegt der Ansatzpunkt für die Umsetzung einer **smart regulation** wie von Piska vorgeschlagen. Der Verordnungsgeber hat **de lege lata** ein Instrument an der Hand, maßvolle Ausübungsregeln für Gewerbe im Zusammenhang mit virtuellen Währungen vorzusehen, wenn dies zum Schutz vor Vermögensschäden oder der Privatsphäre erforderlich ist (§ 69 Abs 2 GewO).

Der Gedanke des Schutzes vor Vermögensschäden umfasst insbesondere den Schutz des nicht hinreichend informierten Kunden vor Irreführung und Übervorteilung.³⁶ Virtuelle Währungen unterliegen aktuell noch hohen Kursschwankungen. Ihr Wert bestimmt sich durch Angebot und Nachfrage am Markt, wobei eine Reihe von Faktoren maßgeblich sind, in die dem durchschnittlichen Konsumenten wohl der Einblick fehlt. Generell besteht in der Öffentlichkeit derzeit

noch kein breites Verständnis zu den mit virtuellen Währungen verbundenen Gefahren, die bis zum Totalverlust führen können. Dies kann die Erlassung von **Regelungen zum Schutz vor Vermögensschäden** rechtfertigen. Angesichts der vollständigen Transparenz von Transaktionen bei virtuellen Währungen³⁷ (in der Regel kann jedermann in sämtliche jemals getätigten Transaktionen Einsicht nehmen) bietet sich auch ein Anknüpfungspunkt zum Erlass von Regelungen zum Schutz der Privatsphäre.

Neben Ausübungsregeln legt § 69 Abs 2 GewO fest, dass der Verordnungsgeber auch Standesregeln über die **Verhaltensweisen bei der Ausübung eines Gewerbes** vorschreiben kann. Bei der Schaffung solcher Standesregeln ist besonders auf die Gewohnheiten und Gebräuche Bedacht zu nehmen, die von ordentlichen Unternehmern in dem jeweiligen Gewerbezweig eingehalten werden; weiters auf die Anforderungen, die von Kunden üblicherweise gestellt werden sowie generell auf das Ansehen des jeweiligen Standes. Standesregeln können beispielsweise Bestimmungen über das Verhalten im Geschäftsverkehr enthalten oder das standesgemäße Verhalten gegenüber Berufsangehörigen, anderen Berufsgruppen oder sonst betroffener Dittte regeln.

Konkret kommt die **Regelungskompetenz** hinsichtlich der oben genannten Ausübungsregeln dem Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz zu; zur Erlassung von Standesregeln ist die zuständige Gliederung der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft anzuhören (§ 69 Abs 2 GewO). In der Vergangenheit wurde von dieser Regelungskompetenz mehrfach Gebrauch gemacht, etwa für das Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung,³⁸ das Reisebürogewerbe,³⁹ Inkassoinstitute, Immobilienmakler,⁴⁰ Personalkreditvermittler⁴¹ und andere.

D. Conclusio

Die Bedeutung der Regelungskompetenz nach der GewO darf nicht unterschätzt werden. Zunächst stellt das Gesetz, wie von Piska gefordert, klar, dass **Ausübungsregeln** lediglich **im erforderlichen Ausmaß** getroffen werden können. Darüber hinaus bestimmt

32 Bundeseinheitliche Liste der freien Gewerbe, abrufbar unter: <https://www.bmwfw.gv.at/Unternehmen/Gewerbe/Documents/Bundeseinheitliche_Liste_der_freien_Gewerbe.pdf> (Stand 26.07.2017).

33 Qualifizierung von Bitcoin als digitales Gut vgl *Aquilina/Stadler*, E-Commerce-Transaktionen

im B2C Bereich unter Verwendung des Zahlungsmittels Bitcoin, in Eberwein/Steiner (Hg), *Bitcoins* (2014) 98; zu Bitcoin als Sache iSd ABGB vgl *Völkel*, *Privatrechtliche Einordnung virtueller Währungen* (FN 18) 387.

34 Ontosperrin in der Sandkiste, *DiePresse* 27.05.2017.

35 1446/AB vom 22.07.2014 zu 1578/J (XXV.GP).

36 *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, *GewO3* (2011) § 69 Rz 11.

37 Vgl dazu *Völkel*, *Privatrechtliche Einordnung virtueller Währungen* (FN 18) 385.

38 BGBl II 260/1998.

39 BGBl II 401/1998 idF BGBl II 469/2009.

40 BGBl 297/1996 idF BGBl II 490/2001.

41 BGBl 505/1996.

das Gesetz weiters die Beziehung der von Landesregeln betroffenen Verkehrskreise. Diese beiden Elemente stellen sicher, dass letztlich eine **smart regulation** mit Augenmaß getroffen werden kann. Angesichts der derzeitigen rechtlichen Unsicherheiten plädieren beide Autoren dieses Artikels für eine rasche Auseinandersetzung des BM mit dieser neuen Regelungsmaterie und eine darauf folgende **Regulierung mit Augenmaß**.

> DR. CHRISTIAN M. PISKA

Ao. Univ.-Prof. für öffentliches Recht am Juridicum Wien, Schottenbastei 10-16, 1010 Wien. E-Mail: christian.piska@univie.ac.at, Web: staatsrecht.univie.ac.at.

> DR. OLIVER VÖLKE, LL.M.

Rechtsanwalt und Partner bei Stadler Völkel Rechtsanwälte, Seilerstätte 24, 1010 Wien. E-Mail: oliver.voelkel@svlaw.at, Web: www.svlaw.at.

> OLIVER VÖLKE

Initial Coin Offerings aus kapitalmarktrechtlicher Sicht

In den vergangenen Monaten hat sich eine neue Form der Unternehmens- oder Projektfinanzierung im Kryptobereich etabliert. Gemeint ist das Initial Coin Offering (ICO) oder auch das Initial Token Offering (ITO). Hierbei handelt es sich um eine neuartige Form der Mittelbeschaffung, die mit klassischen Instrumenten der Eigen- oder Fremdmittelaufbringung nicht mehr verglichen werden kann. Der vorliegende Beitrag beleuchtet die kapitalmarktrechtliche Natur von Coins und Token und behandelt die Frage, ob ICO und ITO eventuell unter das österreichische Kapitalmarktrecht zu subsumieren sind. Im Anschluss daran soll die Frage behandelt werden, ob Coins oder Token allenfalls Wertpapiere im wertpapierrechtlichen Sinn sein können.

I. Was ist ein Initial Coin Offering?

Beim Initial Coin Offering (ICO) oder Initial Token Offering (ITO) handelt es sich um eine neuartige Form der Unternehmens- oder Projektfinanzierung, die auf den Einsatz der Blockchain-Technologie setzt. In den vergangenen Monaten wurden weltweit eine Vielzahl von ICOs und ITOs abgewickelt.¹ Eine vereinheitlichende Darstellung dieses Phänomens ist nur schwer möglich. In der Regel beginnt das ICO / ITO jedoch mit der Geschäftsidee eines Unternehmens, das ein neues Produkt oder eine neue Dienstleistung anbieten möchte. Die Besonderheit liegt darin, dass zur Nutzung des

Produkts oder der Dienstleistung der Einsatz einer Kryptowährung (Coins) oder von Token notwendig ist, die vom Unternehmen ausgegeben werden.

II. Unterschiede und Gemeinsamkeiten von Coins und Token

Sowohl Coins als auch Token sind Wertträger, die durch Einsatz der Blockchain-Technologie von einer Person an eine andere übertragen werden können.² Der Unterschied zwischen Coins (ICO) und Token (ITO) liegt (a) im Umstand, ob die Wertträger der

¹ Vgl etwa die umfassende Auflistung unter <www.icotracker.net> (Stand 17.08.2017).

² Zur rechtswirksamen Übertragung der Einheiten virtueller Währungen vgl Völkel, Privatrechtliche Einordnung virtueller Währungen, ÖBA 2017, 385.