

Blockchain, Kryptowährung etc

Mining und AIFMG

FMA: Mining ist alternativer Investmentfonds –
Checkliste

Und noch das Arbeitsrecht?

Pauschalreisegesetz
Checkliste

Arbeitszeitgesetz-Novelle
Checkliste

Verwaltungsrechtliche Geschäftsführer
Und Verantwortliche

Nachtragsausschüttungen
Bei der GmbH

Bildnutzung in der Praxis
Alles neu nach der DSGVO?

Grenzüberschreitende
Gewerbeausübung

CHECKLISTE

Mining als Alternativer Investmentfonds? Angenommen, die FMA hat Recht ...



Am 22. 5. 2018 veröffentlichte die österreichische Finanzmarktaufsicht (FMA) das Update zu einem FAQ-Katalog zur Anwendung des Alternative Investmentfonds Manager-Gesetzes (AIFMG). In diesen FAQ vertritt die FMA die Rechtsansicht, Geschäftsmodelle iZm dem Mining von Kryptowährungen könnten einen Alternativen Investmentfonds (AIF) darstellen. Betroffen ist sowohl die Finanzierungsebene des Unternehmens (also etwa der Gesellschaftsvertrag) als auch die Produktebene der Gesellschaft (also die mit Kunden abgeschlossenen Mining-Verträge). Damit hat die FMA, die bislang Kryptowährungen – völlig rechtskonform – aus ihrem Zuständigkeitsbereich im Prinzip ausnahm,¹⁾ für das Mining eine Kehrtwendung vollzogen. Wer kann, der kann. Allerdings: Ob sich die FMA mit dieser Ansicht letztlich durchsetzt, bleibt abzuwarten, sprechen doch gewichtige Argumente gegen ihren Ansatz.²⁾ Diese Checkliste bietet Praktikern eine Anleitung, um festzustellen, ob ein Mining-Geschäftsmodell nach aktueller Rechtsansicht der FMA als AIF zu qualifizieren ist und wie diese Rechtsfolge vermieden werden kann.

CHRISTIAN PISKA / OLIVER VÖLKEL

A. Qualifizierung des Minings als AIF

Bei Alternativen Investmentfonds (AIF) handelt es sich um jeden Organismus für gemeinsame Anlagen, der nicht Organismus für die gemeinsame Veranlagung in Wertpapieren ist und der von einer Anzahl von Anlegern Kapital einsammelt, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren, ohne dass das eingesammelte Kapital unmittelbar einer operativen Tätigkeit dient (§ 2 Abs 1 Z 1 AIFMG). Erfüllt ein Organismus sämtliche Tatbestandsmerkmale, so gilt er als AIF. Das Fehlen eines Tatbestandsmerkmals schließt die Anwendbarkeit des AIFMG aus. Die nachfolgende Checkliste basiert auf den Leitlinien zu Schlüsselbegriffen der RL über die Verwalter alternativer Investmentfonds (ESMA/2013/611).

1. Vorliegen eines Organismus für gemeinsame Anlagen

Die Rechtsform des Organismus ist unerheblich, erfasst sind sämtliche Gesellschaftsformen wie auch jede erdenkliche Form der Vertragsgestaltung mit Kunden. Ist eine der nachfolgenden Fragen mit ja zu beantworten, so liegt *kein* Organismus für gemeinsame Anlagen vor:

Dr. *Christian Piska* ist ao. Univ.-Prof. für Öffentliches Recht am Juridicum in Wien. Dr. *Oliver Völkel*, LL.M., ist Partner bei Stadler Völkel Rechtsanwälte GmbH mit Spezialisierung im Bereich des Krypto- und Kapitalmarktrechts.

- 1) So hat etwa die FMA Kryptowährungen vor kurzem noch selbst als Waren gesehen; vgl die Aussage des Sprechers der FMA, *Klaus Grubelnik*, der Bitcoin grundsätzlich als Ware bezeichnete; vgl Die Presse v 27. 5. 2017, Bitcoin: Rekordkurse und Kontosperrern in der Sandkiste.
- 2) Konkret *Völkel*, Mining von virtuellen Währungen als Alternativer Investmentfonds? ZFR 2018, 317; aus allgemeiner Sicht schon *Piska*, Kryptowährungen und ihr Rechtscharakter – eine Suche im Bermuda-Dreieck, *ecolex* 2017, 635.

- ⊗ Verfolgt der Organismus einen allgemein-kommerziellen oder -industriellen Zweck?
 - Kauf, Verkauf, Tausch von Waren oder Gütern;
 - Verkehr mit nicht-finanziellen Dienstleistungen;
 - industrielle Tätigkeit, Produktion von Waren, Errichtung von Immobilien.
- ⊗ Bündelt der Organismus Anlegerkapital zur Erzielung einer Gemeinschaftsrendite für diese?
 - Rendite aus Risikobündelung des Anlegerkapitals;
 - etwa: Erwerb, Besitz, Verkauf von Anlagevermögen;
 - auch erfasst: Optimierung bzw Steigerung des Wertes der Vermögenswerte.
- ⊗ Besitzen alle Anleger im Organismus eine laufende Ermessens- bzw Kontrollbefugnis?
 - Erforderlich: Unmittelbare und kontinuierliche Entscheidungsgewalt;
 - zu allen operativen Fragen in Bezug auf die tägliche Verwaltung der Vermögenswerte;
 - Kontrolle muss ausübbar sein, unabhängig davon, ob sie ausgeübt wird oder nicht;
 - wesentlich weitreichender als etwa Abstimmung bei Aktionärsversammlungen.

Achtung: Mining wird von der FMA als finanzielle Dienstleistung qualifiziert, weshalb Mining-Geschäftsmodelle keinen allgemein-kommerziellen oder -industriellen Zweck darstellen sollen. Bündelt das Mining-Unternehmen jedoch nicht Kapital zur Erzielung einer Gemeinschaftsrendite oder räumt der Organismus eine laufende Ermessens- und Kontrollbefugnis ein, wie oben dargestellt, so liegt dennoch kein AIF vor.

Hinsichtlich der Produktebene kann eine Qualifizierung als AIF mithilfe der beiden letztgenannten Voraussetzungen vermieden werden (keine Vergemeinschaftung bei Mining-Verträgen; Einräumen weitreichender Kontrollrechte). Hinsichtlich der Finanzierungsebene scheint wohl nur eine Einräumung entsprechender Ermessens- und Kontrollrechte zur Vermeidung einer Qualifizierung als AIF vorstellbar.

2. Kapitalbeschaffung durch den Organismus

Erfasst ist jede erdenkliche Form von Kapitalbeschaffung, unabhängig davon, ob dies ein einziges Mal oder wiederholt stattfindet oder die Kapitalüberlassung in Form von Bar- oder Sacheinlagen erfolgt. Ist die folgende Frage mit ja zu beantworten, so liegt *kein* Organismus für gemeinsame Anlagen vor:

- ⊗ Investiert das Mitglied einer bereits bestehenden Gruppe in den Organismus?
 - Gruppe von Familienmitgliedern;
 - erfasst ist nur Anlage des Privatvermögens;
 - Endbegünstigte dürfen allein die Familienmitglieder sein;
 - Gruppe hat vor Gründung des Organismus bestanden;
 - erfasst sind Ehepartner, Lebensgefährten (vereinfacht), weiters insb
 - Verwandte in gerader Linie, Geschwister, Onkel, Tanten, Cousins oder Cousinen.

Klassische Family-Offices werden somit vom Anwendungsbereich des AIFMG ausgenommen. Für Mining-Unternehmen, die Kunden ansprechen, wird dies in der Regel jedoch nicht einschlägig sein.

3. Anzahl von Anlegern

Das Tatbestandsmerkmal ist denkbar weit gefasst. Bereits ein einzelner Anleger kann eine Anzahl von Anlegern iS des Gesetzes darstellen. Sind beide folgenden Fragen mit ja zu beantworten, so liegt *kein* Organismus für gemeinsame Anlagen vor:

- ⊗ Ist dem Organismus durch anwendbares Recht, die Satzung, Vertragsbedingungen oder sonstige verbindliche Regelungen untersagt, mehr als einen Anleger aufzunehmen?
- ⊗ Hat der einzige Anleger in diesen Organismus *nicht* selbst Kapital bei mehr als einer Person zur Anlage in diesen Organismus beschafft?

Ein-Personen-Gesellschaften scheiden somit aus dem Anwendungsbereich des AIFMG aus; jedoch nur dann, wenn die Aufnahme weiterer Gesellschafter ausdrücklich ausgeschlossen ist. Eine Umgehung des AIFMG durch Gruppen-Strukturen oder mehrstöckige Gesellschaften scheidet aus. Für Mining-Unternehmen, die Kunden ansprechen, schafft das Tatbestandsmerkmal keinen Weg aus dem AIFMG.

4. Bestehen einer festgelegten Anlagestrategie

Auch das Tatbestandsmerkmal der festgelegten Anlagestrategie ist denkbar weit gefasst. Eine klare Richtschnur ist nicht zu erblicken. Die folgenden Faktoren weisen auf das Vorhandensein einer Anlagestrategie hin, es ist jedoch nicht erforderlich, dass diese kumulativ vorliegen.

- ⊗ Ist die Anlagestrategie bestimmt und festgelegt?
- ⊗ Wird die Anlagestrategie zum Vertragsbestandteil oder ist sie in der Satzung niedergelegt?

- ⊗ Haben Anleger Anspruch gegenüber dem Organismus auf Einhaltung der Strategie?
- ⊗ Umfasst die Anlagestrategie nachfolgende Kriterien?
 - Kategorien von Vermögenswerten bzw Einschränkungen;
 - bestimmter Strategien;
 - bestimmte geografische Gebiete;
 - Einschränkung von Hebelfinanzierungen;
 - Mindesthaltezeiten;
 - sonstige Einschränkungen zur Risikostreuung.

Selbst die Verneinung sämtlicher oben genannter Fragen führt bei Zugrundelegung der FMA-Position nicht zur Unanwendbarkeit des AIFMG, denn die Tatsache, dass etwa Anlageentscheidungen ausschließlich dem Organismus bzw dessen Verwalter überlassen bleiben, darf nicht dazu genutzt werden, die Bestimmungen des AIFMG zu umgehen. Für Mining-Unternehmen, die Kunden ansprechen, bietet dieses Tatbestandsmerkmal somit keine Möglichkeit, die Qualifizierung als AIF zu vermeiden.

B. Rechtsfolgen und Kritik der Qualifizierung als AIF

Die Qualifizierung eines Mining-Unternehmens als AIF hat *schwerwiegende Rechtsfolgen*. Sowohl die Aufnahme von Eigenkapital, aber auch die Ausgabe ergebnisabhängiger Finanzinstrumente und auch der Vertrieb von Miningprodukten an Privatkunden sind ausgeschlossen, und zwar selbst im Rahmen einer Konzessionierung nach dem AIFMG. Mining-Unternehmen, deren Geschäftsmodell nach aktueller Rechtsansicht der FMA als AIF zu qualifizieren wäre, haben daher kurzfristig die Möglichkeit, *bestehende Verträge anzupassen* – mit allen negativen Rechtsfolgen, die sich daran knüpfen können – oder ihren *Betrieb gänzlich einzustellen*. Das regulatorische Regime des AIFMG bietet Mining-Unternehmen – auch bei Zugrundelegung der FMA-Position die Möglichkeit zu einer solchen Änderung des Geschäftsmodells. Daraus könnten sich uU freilich im Hinblick auf frustrierte Investitionen und sonstige Schäden bei Vorliegen der Voraussetzungen des AHG uU *Amtshaftungsansprüche gegen die FMA* ergeben.

Das Hauptargument gegen den Ansatz der FMA ist die *Struktur des Mining-Vorgangs*, der sich in grundlegendem Aufbau und Ergebnis nicht von *herkömmlichen Produktionsvorgängen* unterscheidet. Die daraus abgeleitete Qualität einer Kryptowährungseinheit als privates Wirtschaftsgut und digitales Produkt³⁾ wird von der FMA ausgeblendet und letztlich eine Qualifikation vorgenommen, die – ähnlich einer *petitio principii* – mehr auf Schein als auf hard facts beruht. Etwa dann, wenn die FMA davon ausgeht, bei der Bitcoin-Blockchain handle es sich um ein Zahlungsnetzwerk und daher müsse Mining eine finanzielle Dienstleistung sein.⁴⁾ Das für gänzlich andere Fälle konzipierte AIFMG ist iZm Kryptowährungen fehl am Platz. Die aus dogmatischer Sicht unbefriedigende Situation wird auch dadurch nicht in ein besseres Licht gerückt, dass die *FMA-Position europarechtswidrig* erscheint: Die Subsumtion der Erzeugung von Kryptowährungseinheiten unter das – in die Finanzwelt einzuordnende – AIFMG widerspricht Wortlaut und Intention des Art 3 Z 18 der 5. EU-Geldwäsche-RL, in welchem der Zahlungsmittelbegriff für Kryptowährungen gezielt eliminiert wurde – zugunsten einer Betonung ihrer Warenfunktion (Tauschmittelbegriff).⁵⁾ Zwar ist die RL noch nicht in Kraft getreten, doch sollte nicht in letzter Sekunde ohne triftigen Grund noch eine innerstaatliche Einordnung geschaffen werden, die sich mit dem Unionsrecht nicht deckt.

Zu untersuchen bleibt auch, ob die – von den Autoren kritisierte – Auslegung des AIFMG auf Mining-Modelle aufgrund der Rahmenbedingungen des Mining-Business überhaupt als grundrechtskonform und verhältnismäßig bzw sachlich gerechtfertigt angesehen werden kann.

3) *Piska*, *ecolex* 2017, 635; *Völkel*, *ZFR* 2018, 317; *Piska/Völkel*, *Kryptowährungen reloaded* – auf dem Weg aus dem Bermuda-Dreieck, *ecolex* 2017, 816.

4) Dazu ausführlich *Völkel*, *ZFR* 2018, 317.

5) Vgl dazu näher *Piska/Völkel*, *Kryptowährungen und AML – smart regulation in Sicht*, *ecolex* 2018, 671; *Völkel*, *ZFR* 2018, 317.