

Kryptowährungen und AML – smart regulation in Sicht¹⁾

CHRISTIAN PISKA / OLIVER VÖLKELE

2018 ist es um das Kryptobusiness herum etwas ruhiger geworden. Dafür brodelt das juristische Rahmenprogramm: Neben den ständigen Bewegungen am Markt werden nun auch die rechtlichen Grundlagen für Kryptowährungen immer mehr ins Visier genommen. Am 19. 4. 2018 hat das Europäische Parlament mit großer Mehrheit die 5. GeldwäscheRL²⁾ (Update der 4. GeldwäscheRL) beschlossen. Die darin enthaltene Definition von virtuellen Währungen könnte den Weg aus dem juristischen Bermuda-Dreieck³⁾ ebnen, da sie über den Anwendungsbereich der RL hinaus klarstellenden Charakter hat.

A. Die 5. GeldwäscheRL der EU

Das Europäische Parlament hat am 19. 4. 2018 mit einer deutlichen Mehrheit (574 zu 13 Stimmen bei 60 Enthaltungen) eine Erweiterung der GeldwäscheRL beschlossen, die ihren Fokus auch auf Neuerungen im Bereich des Kryptorechts legt. Mit der 5. GeldwäscheRL (Update der 4. GeldwäscheRL) der Europäischen Union soll nun der Anwendungsbereich des Geldwäscheregimes auch auf Kryptowährungen ausgedehnt werden. Damit einhergehend

wurde nun eine Definition von virtuellen Währungen geschaffen.

B. Definition der virtuellen Währungen

Das Europäische Parlament hat die von den zuständigen Ausschüssen vorgeschlagenen und bereits hier besprochenen Modifikationen der Definition übernommen. Virtuelle Währungen sind demnach „eine digitale Darstellung eines Werts, die von keiner Zentralbank oder öffentlichen Stelle emittiert wurde oder garantiert wird und nicht zwangsläufig an eine gesetzlich festgelegte Währung angebunden ist und die nicht den gesetzlichen Status einer Währung oder von Geld besitzt, aber von natürlichen oder juristischen Personen als Tauschmittel akzeptiert wird und die auf elektroni-

Dr. *Christian Piska* ist ao. Univ.-Prof. für öffentliches Recht am Juridicum in Wien. Dr. *Oliver Völkel*, LL.M., ist Rechtsanwalt mit Spezialisierung auf virtuelle Währungen.

- 1) Unser herzlicher Dank gebührt Herrn Mag. *Patrick Petschinka* für seine wertvolle Mitarbeit beim Setup des vorliegenden Beitrags.
- 2) RL (EU) 2018/843, ABl L 2018/156, 43.
- 3) *Piska*, Kryptowährungen und ihr Rechtscharakter – eine Suche im Bermuda-Dreieck, *ecolex* 2017, 632.

ÖFFENTLICHES
WIRTSCHAFTSRECHT
GELEITET VON
CH. SCHMELZ

schem Wege übertragen, gespeichert und gehandelt werden kann“.⁴⁾ Eine nahezu gleiche Formulierung beschrieben wir schon in unserem letzten Artikel⁵⁾ zu dieser Thematik als einen ersten Meilenstein in der Entwicklung des Kryptorechts. Grund hierfür sind vor allem eine klare rechtsdogmatische Positionierung und deutliche Kriterien zur rechtlichen Abgrenzung dieses Phänomens.

Mit dieser Definition wurde die funktionelle Betrachtungsweise (Bitcoin & Co als Währungen oder Zahlungsmittel) nun endgültig über Bord geworfen und der von *Piska*⁶⁾ bereits zu Beginn favorisierten herkunftsbezogenen Betrachtungsweise der Vorzug gegeben. Grund für den Wandel der Betrachtungsweise war die Ersetzung des Begriffs „Zahlungsmittel“, welcher noch im ersten Anlauf zu finden war, durch das Wort „Tauschmittel“. Dies bedeutet im Ergebnis auch eine klare Abkehr der Kryptowährungen vom gesetzlichen Währungsbegriff. Der Begriff der virtuellen Währung ist, wie bereits im letzten Artikel festgestellt, somit als *bloß dem Sprachgebrauch entsprechende Bezeichnung* zu werten. Trotz des irreführenden Potenzials dieses Begriffs hat er sich bereits in der Branche eingebürgert.

Hervorgehoben werden durch diese Definition erneut der nicht-staatliche Ursprung, die Verwendung als Tauschmittel (anstatt als Zahlungsmittel) sowie die Handelbarkeit der Kryptowährungen wie Bitcoin, Ethereum, Litecoin, Ripple & Co. Dies unterstreicht ihre Qualität als private Wirtschaftsgüter und digitale Produkte.

Die Abkehr vom Begriff „Zahlungsmittel“ hin zum Wort „Tauschmittel“ zeigt weiters, dass es sich bei Kryptowährungen nicht um Geld handelt und damit nichts gekauft werden kann. Auf Basis dieser Definition handelt es sich vielmehr um unkörperliche Sachen, die gegen andere Waren, aber auch gegen gesetzliche Zahlungsmittel eingetauscht werden können.

Wie bereits in unseren letzten *ecolex*-features aufgezeigt wurde, hat dies weitreichende Konsequenzen im Bereich des Rechtsschutzes. Zum einen unterliegen Kryptowährungen tendenziell der unionsrechtlichen Warenverkehrsfreiheit und nicht dem Regime des freien Kapitalverkehrs. Zum anderen fallen Bitcoin & Co durch die Qualifizierung als private Wirtschaftsgüter und somit Tauschobjekte auch in den Anwendungsbereich der wirtschaftlichen Grundrechte, wie des Rechts auf Unverletzlichkeit des Eigentums⁷⁾ und des Rechts auf Erwerbsfreiheit.⁸⁾ Diese Rechtsschutzmöglichkeiten stellen einen erheblichen Vorteil für jeden einzelnen Bürger dar und bilden zugleich Schranken für eine Regulierung der Kryptowährungen durch den Staat.

C. Umtausch-Plattformen und Wallet-Provider als Verpflichtete

Die interessanteste Neuerung der 5. GeldwäscherL ist die Einbeziehung bestimmter neuer Akteure in ihren Geltungsbereich, wodurch im Ergebnis eine Kontrolle dieser Personen bzw Unternehmen erreicht werden soll. In *ErwGr* 10 wird festgehalten, dass die Neugestaltung der RL alle potenziellen Ver-

wendungszwecke von virtuellen Währungen abdecken soll. Ziel ist es vor allem, virtuelle Währungen aus ihrer Anonymität zu holen und somit den potenziellen Missbrauch für kriminelle Zwecke einzudämmen, den die Anonymität in sich birgt.⁹⁾

Neue Verpflichtete iSv Art 2 der RL, der ihren Anwendungsbereich regelt, sind nunmehr auch Dienstleister, die virtuelle Währungen in Fiatgeld und umgekehrt tauschen (Umtausch-Plattformen) und Anbieter von elektronischen Geldbörsen (*Wallets*). Diese beiden Akteure sind wesentlich, um erstmals Zugang zum System der virtuellen Währungen zu erhalten und um Transaktionen innerhalb des Systems vorzunehmen. Sie werden daher von der RL auch als *Gatekeeper* bezeichnet.

Umtausch-Plattformen für Bitcoin & Co sind elektronische Wechselstuben, die echte in virtuelle Währungen (und umgekehrt) umtauschen. Anbieter von elektronischen Geldbörsen (Verwahrdienstleister) sind nach der RL Anbieter, die Dienste zur Sicherung privater kryptografischer Schlüssel im Namen ihrer Kunden anbieten, um virtuelle Währungen zu halten, zu speichern und zu übertragen.¹⁰⁾

Freilich sind einige Fragen offengeblieben. Nach dem Wortlaut der RL sind vom Begriff der Umtausch-Plattformen Tauschbörsen betroffen, die den Tausch virtueller Währungen gegen gesetzliche Zahlungsmittel ermöglichen. Ob der Tausch unterschiedlicher virtueller Währungen untereinander (zB Bitcoin gegen Ether) hiervon ebenfalls erfasst ist, bleibt dem Wortlaut nach zu urteilen zumindest unklar. Dies wäre etwa dann eine relevante Frage, wenn Finanzierungen über die Ausgabe von Coins oder Token gegen andere Kryptowährungen vorgenommen werden, wie es in letzter Zeit auch in Österreich bereits mehrmals der Fall war.¹¹⁾

Die Aufnahme in den Kreis der Verpflichteten iSv Art 2 der GeldwäscherL bringt diverse Sorgfaltpflichten mit sich. Für die Betroffenen relevant ist nun die Frage, welche Verpflichtungen auf sie zukommen und wann diese entstehen.

Zunächst werden Gatekeeper künftig verpflichtet, sich registrieren zu lassen.¹²⁾ In diesem Punkt wurde der Entwurf zur zuletzt vorgeschlagenen Fassung abgeändert; der Entwurf sah bislang vor, dass Mitgliedstaaten entweder eine Registrierungs- oder Zulassungspflicht vorsehen können. Die Festlegung einer Registrierungspflicht hat hier die nationalen Umsetzungsmöglichkeiten eingeschränkt.

Die wesentlichen neuen Pflichten der Gatekeeper betreffen hingegen AML (*Anti money laundering*)

4) Art 3 Z 18 5. GeldwäscherL.

5) *Piska/Völkel*, Kryptowährungen reloaded – auf dem Weg aus dem Bermuda-Dreieck, *ecolex* 2017, 816.

6) *Piska*, Kryptowährungen und ihr Rechtscharakter – eine Suche im Bermuda-Dreieck, *ecolex* 2017, 632.

7) Art 5 StGG; Art 1 1. ZPEMRK.

8) Art 6 StGG.

9) *ErwGr* 9 5. GeldwäscherL.

10) Art 3 Z 19 5. GeldwäscherL.

11) Vgl dazu *Völkel*, Initial Coin Offerings aus kapitalmarktrechtlicher Sicht, *ZTR* 03/2017, 103.

12) Art 47 Abs 1 5. GeldwäscherL.

und KYC (*Know your customer*). Diese umfassen etwa die Pflicht zur Feststellung und Überprüfung der Kundenidentität sowie des wirtschaftlichen Eigentümers. Zudem sind Informationen über Zweck und Art der Geschäftsbeziehung einzuholen und diese auch kontinuierlich zu überwachen. Außerdem trifft Gatekeeper künftig eine Melde- und Stillhaltepflicht, wie sie bereits heute für andere Verpflichtete gilt. Umtausch-Plattformen und Wallet-Provider müssen künftig eine Risikobewertung vornehmen und gegebenenfalls einen Nachweis an die zuständige Aufsichtsstelle erbringen. Ist Gatekeeper eine Überprüfung oder eine Feststellung nicht möglich, dürfen sie keine Transaktionen durchführen. Zudem sind die Geschäftsbeziehungen zu beenden und allenfalls ist eine Verdachtsmeldung an die zuständige Behörde zu erstatten.

Die Anwendung dieser bereits aus der Bankenbranche bekannten KYC- und AML-Verpflichtungen auf Umtausch-Plattformen und Wallet-Provider soll sicherstellen, dass diese Gatekeeper entsprechende Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden erfüllen und somit dazu beitragen, Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zu bekämpfen.

Möglichkeiten zur gezielten staatlichen Überwachung bietet das Update der GeldwäscheRL jedenfalls hinsichtlich der Erweiterung auf Umtausch-Plattformen. Damit wird eine wichtige Schnittstelle zwischen der konventionellen Geld- und der neuen Kryptowirtschaft erfasst. Innerhalb des Kreislaufs von Krypto-Assets wird das Problem der Anonymität jedoch lediglich teilweise beseitigt. Transaktionen können weiterhin anonym (pseudonym) erfolgen, da Nutzer diese auch ohne regulierte Wallet-Anbieter durchführen können. Daher sollen künftig die nationalen zentralen Meldestellen die Möglichkeit bekommen, Informationen einzuholen, die es ihnen sodann ermöglichen, die Identität des Eigentümers virtuellen Währungsadressen zuzuordnen. Auch die Möglichkeit der Nutzer, eine freiwillige Selbsterklärung gegenüber den Behörden zu tätigen, soll weiter ausgelotet werden.¹³⁾

D. Vorschlag: Umsetzung in der GewO

Um den Hang zur Überregulierung zu bremsen, wäre es sinnvoll, bestehende Rechtsnormen für die Umsetzung zu nutzen, wobei jedoch sorgfältig darauf zu achten ist, dass ein angemessenes Verhältnis zu den Bedürfnissen und Rahmenbedingungen dieser im Aufbau befindlichen Branchen besteht. Vor einer – von manchen Seiten gewünschten und betriebenen – Erfassung des Kryptobusiness mit kapital- und finanzmarktrechtlichen Instrumenten kann nur gewarnt werden. Diese Sicht passt nicht zu Herkunft und Konzept der Kryptowährungen und hinkt auf allen Beinen. Zudem wäre eine solche Strategie alles andere als innovationsfreundlich und würde auch das neue Staatsziel der Stärkung des Wirtschaftsstandorts Österreich krass konterkarieren. Die Autoren haben bereits eine Umsetzung in der Gewerbeordnung¹⁴⁾ als Basis einer *smart regulation* vorgeschlagen. Dazu sind freilich Klarstellungen erforderlich. So sind laut einer Stellungnahme des BMFW v 21. 6. 2014¹⁵⁾ Kryp-

towährungen (bzw genauer: Bitcoin) keine Handelsware, weshalb deren Handel nicht von der Gewerbeordnung erfasst sein soll. Diese Sicht erscheint jedoch keineswegs zwingend und ist überdies – wie gezeigt – nach neuesten Erkenntnissen bereits überholt. Bei entsprechender Auslegung wäre mit den vorhandenen Rechtsgrundlagen das Auslangen zu finden, in letzter Konsequenz könnte aber natürlich auch die Schaffung neuer Gewerbetatbestände in der GewO hier schnell eine eindeutige Klarstellung schaffen.

Summary: Österreichs Kryptowirtschaft steht jetzt am Scheideweg. Die EU-Gesetzgebung schafft zwar Überwachungsmechanismen, hat aber fürs Erste den Charakter von Kryptowährungen richtig eingeschätzt. Die Chance für eine Umsetzung durch smarte Regulierung besteht. Jetzt liegt der Ball bei Österreich und den anderen Mitgliedstaaten.