



## BEITRÄGE

Oliver Völkel • Wien

# Mining von virtuellen Währungen als Alternativer Investmentfonds?

» ZFR 2018/161

Am 22. 5. 2018 veröffentlichte die österreichische Finanzmarktaufsicht (FMA) ein Update eines FAQ zur Anwendung des Alternative Investmentfonds Manager-Gesetzes (AIFMG). Darin vertritt sie die Rechtsansicht, dass Geschäftsmodelle im Zusammenhang mit Mining von virtuellen Währungen als Alternativer Investmentfonds qualifiziert werden können. Dies hätte weitreichende Konsequenzen für den Mining-Standort Österreich. Der Beitrag möchte die derzeitige Rechtsansicht der FMA kritisch hinterfragen und Lösungsansätze bieten, sollte sich diese Meinung auch auf europäischer Ebene durchsetzen.

### 1. Einleitung

Am 22. 5. 2018 veröffentlichte die österreichische Finanzmarktaufsicht (FMA) ein **Update eines FAQ** zur Anwendung des Alternative Investmentfonds Manager-Gesetzes (AIFMG).<sup>1</sup> Die FAQ zielen darauf ab, die wesentlichen Begriffe und Themen iZm dem Gesetz zu erläutern. Es handelt sich dabei zwar nicht um ein rechtlich bindendes Dokument – die FAQ sprechen selbst lediglich von einer Auslegungshilfe –, dennoch war das jüngste Update geeignet, für Aufregung in einer bestimmten Branche zu sorgen. Gemeint sind Unternehmen, die in Österreich **gewerblich das Mining von Kryptowährungen** betreiben.

Grund für die Aufregung ist eine neu behandelte Frage in den FAQ, nämlich ob Geschäftsmodelle iZm Mining von virtuellen Währungen vom Anwendungsbereich des AIFMG erfasst sein können. Die FMA beantwortet diese Frage wie folgt: „*Vorbehaltlich allfälliger Entwicklungen auf europäischer Ebene sind Geschäftsmodelle im Zusammenhang mit Mining von Kryptowährungen (zB Beteiligungen an Unternehmen, die Mining als Unternehmensgegenstand betreiben, oder der Verkauf von Rechenleistungspaketen zum Zwecke des Minings), sofern sie im Übrigen alle Kriterien eines AIF erfüllen, vom Anwendungsbereich des AIFMG erfasst.*“<sup>2</sup>

Aus dieser Erklärung ist zunächst zweierlei ersichtlich. Zunächst spricht die FMA davon, dass es zu dieser rechtlichen Ein-

ordnung auf europäischer Ebene noch einer Klarstellung oder Akkordierung bedarf; diese Klarstellung ist bereits erfolgt.<sup>3</sup> Zum anderen wird für die betroffenen Unternehmen klar, dass sie das AIFMG potenziell auf zwei Fronten treffen soll, nämlich einerseits hinsichtlich der Produkte, die sie anbieten („*Verkauf von Rechenleistungspaketen*“), und andererseits auf der Finanzierungsebene („*Beteiligungen an Unternehmen*“). Dies wird wohl insb Gesellschafter des Unternehmens erfassen, aber wohl auch andere Personen, die in vergleichbarer Weise finanzielle Mittel bereitstellen.

Als erläuternde Ergänzung zu dieser rechtlichen Einordnung führt die FMA aus, dass „*die Tätigkeit des Miners im Rahmen eines Zahlungsnetzwerkes wie zB der Bitcoin-Blockchain (oder eines zahlungsverkehrähnlichen Netzwerkes) [...] idR nicht als operative Tätigkeit im Sinne der [ESMA Leitlinien 2013/611] anzusehen*“ ist.<sup>4</sup> Das Mining von Kryptowährungen stelle daher „*nach der derzeitigen rechtlichen Beurteilung der FMA eine finanzielle Dienstleistung*“ dar.

Zusammenfassend vertritt die FMA, es handle sich bei **Blockchains** wie der Bitcoin-Blockchain um ein **Zahlungsnetzwerk**. Weiters vertritt sie, Mining stelle eine **finanzielle Dienstleistung** dar. Dies würde zur Anwendbarkeit des AIFMG führen und daher könne jede rechtliche Konstruktion, die Mining als Geschäftszweck hat (und die weiteren Kriterien eines AIF erfüllt), **vom AIFMG erfasst** sein. Auch auf die Rechtsfolge, die sich daran knüpft, weist die FMA hin: Der Vertrieb von Miningprodukten an Privatkunden oder die Beteiligung an einem solchen Unternehmen wäre ausgeschlossen, selbst im Rahmen einer Konzessionierung nach dem AIFMG.<sup>5</sup>

In der Branche machte sich daraufhin schnell große Unsicherheit breit. Was bedeutet diese Rechtsansicht für den Mining-Standort Österreich? Muss nun das Mining eingestellt werden? Können keine Mining-Produkte mehr vertrieben werden? Welche Auswirkung hat dies auf bestehende Verträge? Wie muss das Verhältnis zwischen den Gesellschaftern eines Mining-Unternehmens nun ausgestaltet werden?

Dieser Beitrag möchte die derzeitige Rechtsansicht der FMA kritisch hinterfragen und Lösungsansätze bieten, sollte sich

<sup>1</sup> FAQ der FMA zur Anwendung des Alternative Investment-Fonds Manager-Gesetzes vom 22. 5. 2018.

<sup>2</sup> FAQ 14.

<sup>3</sup> Siehe dazu unten Punkt 3.

<sup>4</sup> FAQ 14.

<sup>5</sup> Vgl §§ 48, 49 AIFMG.



diese Meinung auch auf europäischer Ebene durchsetzen. Für eine umfassende Auseinandersetzung ist es erforderlich, sowohl den technischen Prozess des Minings zu verstehen als auch den ökonomischen Anreiz, der dazu führt, dass Unternehmer und auch Privatpersonen Mining selbst betreiben möchten.

## 2. Technische und ökonomische Grundlagen des Minings

In einfachen Worten kann Mining als der Prozess bezeichnet werden, mit dem **neue Einheiten einer bestimmten virtuellen Währung auf einer Blockchain erzeugt** werden. Diese Beschreibung wird dem Mining allerdings nicht in allen Punkten gerecht. Details der Funktionsweise der Blockchain-Technologie wurden bereits in einigen anderen Artikeln behandelt,<sup>6</sup> weshalb nachfolgend lediglich eine Wiederholung der wesentlichen Aspekte iZm Mining erfolgen soll.

### 2.1. Prozess des Minings, Block Reward und Transaction Fee

Wesentlich ist zunächst der Umstand, dass neue Einheiten einer virtuellen Währung nicht nach Belieben erzeugt werden.<sup>7</sup> Stattdessen sieht das technische Protokoll der Blockchain vor, dass neue Einheiten nur von denjenigen erzeugt werden können, die eine bestimmte, **für das Weiterbestehen dieser Blockchain wichtige Aufgabe** erfüllen. Bei vielen virtuellen Währungen wie bspw Bitcoin handelt es sich bei dieser Aufgabe um die **Bestätigung von Transaktionswünschen**, also das Festhalten von Transaktionen eines Werts von einer Adresse auf der Blockchain auf eine andere Adresse. Zu diesem Zweck prüfen sämtliche im Netzwerk der jeweiligen Blockchain arbeitenden Rechner parallel, ob die Transaktionswünsche etwa im Widerspruch zur bisherigen Transaktionshistorie stehen oder gültig signiert wurden. Erscheinen die neuen Transaktionen legitim, so werden sie bestätigt und in einem neuen Block der Blockchain hinzugefügt.

Wesentlich ist weiters, dass Miner bei diesem Prozess miteinander in **Konkurrenz** stehen. Es muss daher einen Mechanismus geben, der bestimmt, wem es letztlich erlaubt ist, Transaktionen in Form eines Blocks zu bestätigen. Bei den Blockchains, die Bitcoin, Ether, Litecoin, Dash und vielen anderen virtuellen Währungen zugrunde liegen, wird dies durch das Lösen eines komplexen mathematischen Problems bestimmt. Derjenige, dem es als Erstem gelingt, das Problem zu lösen, darf die Transaktionen in einem neuen Block festhalten. Die Natur dieses mathematischen

Problems bringt es mit sich, dass eine große Zahl an verschiedenen Lösungsmöglichkeiten berechnet werden muss (sog *Proof of Work*). Je mehr Rechenkraft eine Person in einem solchen System aufwendet, desto besser sind die Chancen dieser Person, die richtige Lösung zu finden. Wem es letztlich gelingt, das Problem zuerst zu lösen, hängt jedoch zu einem guten Teil vom **Zufall** ab.<sup>8</sup>

Ebenfalls wesentlich ist der Umstand, dass diejenige Person, der es als Erster gelingt, Transaktionen in Form eines neuen Blocks zu bestätigen, für sich selbst eine bestimmte Menge neuer Werteinheiten in die Blockchain einpflegen darf (sog *Block Reward*). Beim *Block Reward* handelt es sich um **neue Einheiten der virtuellen Währung**, die zuvor nicht existiert haben. Weil mit dem Finden der mathematischen Lösung für einen neuen Block der *Block Reward* als Entschädigung verbunden ist, wird der Prozess auch mit dem Schürfen von Gold verglichen und daher umgangssprachlich auch als Schürfen (*Mining*) bezeichnet.

Der *Block Reward* stellt den wesentlichen **ökonomischen Anreiz für Miner** dar, dem Netzwerk Rechenleistung zur Verfügung zu stellen. Neben diesem *Block Reward* sehen moderne Blockchains mittlerweile einen weiteren ökonomischen Anreiz vor, Transaktionen zu bestätigen. Gemeint ist die sog *Transaction Fee*. Wenn ein Nutzer eine Transaktion vom Netzwerk bestätigen lassen möchte, kann er zusätzlich zu dem Wert, den er übertragen möchte, einen gewissen weiteren Wert festlegen, der demjenigen Miner zukommen soll, der seinen Transaktionswunsch in einem Block bestätigt hat. Dieser Mechanismus wurde geschaffen, um eine **Priorisierung** von Transaktionswünschen zu ermöglichen. Sind mehr Transaktionswünsche im Netzwerk eingelangt als mit einem einzelnen Block bestätigt werden können, besteht ein Anreiz, jene Transaktionswünsche eher zu bestätigen, die eine höhere *Transaction Fee* vorsehen.

Für das Mining der heute gängigsten virtuellen Währungen muss dem jeweiligen Netzwerk bereits eine erhebliche Menge Rechenleistung zugeführt werden. Damit sind naturgemäß Kosten für Hardware und Energie verbunden. *Block Reward* und *Transaction Fee* stellen den ökonomischen Anreiz dar, damit Personen dem Netzwerk weiterhin Rechenleistung zur Verfügung stellen. Miner können die so erzeugten Einheiten in Form des *Block Reward* bzw die erworbenen Einheiten in Form der *Transaction Fee* auf entsprechenden Marktplätzen verkaufen und auf diese Weise **Einnahmen erzielen**.

### 2.2. Block Reward und Transaction Fee sind keine Gegenleistung

Die obige Beschreibung des Miningprozesses zeigt, dass es verfehlt wäre, beim *Block Reward* von einer Gegenleistung zu sprechen. Vielmehr werden neue Einheiten von derjenigen Person erzeugt, der es gelungen ist, das jeweilige mathematische Problem als Erste zu lösen und Transaktionen in Form eines neuen Blocks zusammenzufassen. Es handelt sich also um einen **wirt-**

<sup>6</sup> Varro, Bitcoin-Mining: nicht steuerbares Glücksspiel? taxlex 2017, 399; Enzinger, Mining von Kryptowährungen, SWK 2017, 1013; Kreuzer, Was ist eine Blockchain? CFOaktuell 2017, 109; Hanzl/Rubey, Blockchain – frischer Wind im Gesellschaftsrecht? GesRZ 2018, 102; Völkel, Privatrechtliche Einordnung virtueller Währungen, ÖBA 2017, 385; Völkel, Privatrechtliche Einordnung der Erzeugung virtueller Währungen, ecolex 2017, 639.

<sup>7</sup> Auf die Unterscheidung zwischen Coins und Token wird an dieser Stelle besonders hingewiesen; siehe Völkel, Initial Coin Offerings aus kapitalmarktrechtlicher Sicht, ZTR 2017, 97.

<sup>8</sup> Zu den allfälligen Auswirkungen in steuerlicher Sicht Varro, taxlex 2017, 399.



**schaftlichen Erzeugungsprozess**, was auch in der Literatur vertreten wird.<sup>9</sup>

Die rechtliche Qualifikation der *Transaction Fee* ist demgegenüber bislang wenig im Fokus juristischen Diskurses gestanden. Auszugehen ist dabei von dem Umstand, dass es derjenigen Person, die einen Transaktionswunsch an das Netzwerk übermittelt, grundsätzlich gleichgültig ist, wer letztlich die Transaktion in einem Block bestätigt und damit die *Transaction Fee* erhält. Dem Nutzer kommt es lediglich darauf an, dass seine Transaktion in einem Block festgehalten wird.

Das Anbieten der *Transaction Fee* durch einen Nutzer kann daher als eine nicht an eine bestimmte Person gerichtete Zusage einer Belohnung für die Herbeiführung eines Erfolgs verstanden werden, nämlich die Bestätigung der Transaktion in einem Block. Die rechtliche Einordnung erfolgt zwanglos als **Auslobung** iSd §§ 860 ff ABGB. Dabei handelt es sich um ein einseitig verpflichtendes Schuldverhältnis durch einseitige Erklärung.<sup>10</sup> Der Umstand, dass Miner miteinander in **Konkurrenz** stehen und parallel versuchen, die Transaktion zu bestätigen, schadet nicht; ist die Leistung nämlich von mehreren Personen vollbracht worden, so gebührt die Belohnung demjenigen, der die Leistung zuerst vollbracht hat (§ 860b ABGB). Auch der Umstand, dass die Leistungserbringung teilweise vom **Zufall** abhängt, ist unbeachtlich.<sup>11</sup>

Die Qualifizierung der *Transaction Fee* als Belohnung iSd § 860 ABGB hat weitreichende Auswirkungen. Der Anspruch auf Belohnung ist zwar **klagbar**,<sup>12</sup> zwischen Auslobendem und Leistungserbringer kommt es jedoch **zu keinem Zeitpunkt** – auch nicht mit Leistungserbringung – zu einem **synallagmatischen Verhältnis** wie es beim Abschluss eines entgeltlichen Vertrags der Fall wäre.<sup>13</sup> Dies hat zunächst zur Folge, dass neben dem Leistungsangebot des auslobenden Nutzers keine korrespondierende Leistungspflicht einer bestimmten Person besteht. Miner sind nicht zur Leistungserbringung verpflichtet. Es steht jedem Miner daher frei, Transaktionswünsche zu ignorieren. Entsprechend handelt es sich daher bei der Belohnung auch um kein Entgelt iSd Bestimmungen über entgeltliche Verträge des ABGB.<sup>14</sup> Ohne entsprechende Leistungspflicht eines Miners sind aber auch *Transaction Fees* keine Gegenleistung.

### 2.3. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass Mining iSd den Prozess beschreibt, mit dem neue Einheiten einer bestimmten virtuellen Währung auf einer Blockchain erzeugt wer-

den. Derjenige Miner, der einen neuen Block mit Transaktionsinformationen zuerst berechnet, erzeugt für sich selbst eine bestimmte Menge neuer Einheiten als Entschädigung für den Einsatz von Hardware und Energie (*Block Reward*). Neben dem *Block Reward* kann der Miner die *Transaction Fee* beanspruchen, die eine Belohnung iSd § 860 ABGB ist. Zu einem synallagmatischen Vertragsschluss zwischen Miner und Nutzer kommt es jedoch nicht, weshalb die *Transaction Fee* **kein Entgelt** ist und daher kein entgeltlicher Vertrag vorliegt. Weder *Block Reward* noch *Transaction Fee* sind eine Gegenleistungen für das Mining.

### 3. Virtuelle Währungen sind kein Zahlungsmittel

Wie mittlerweile mehrfach in der Literatur vertreten, handelt es sich bei virtuellen Währungen um Sachen iSd § 285 ABGB.<sup>15</sup> Genauer handelt es sich um **unkörperliche, bewegliche, verbrauchbare und vertretbare Sachen**. Virtuelle Währungen können damit Gegenstand rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen sein, wie etwa eines Kauf-, Tausch-, Schenkungs- oder Darlehensvertrages. Für die rechtswirksame Übertragung an einen Empfänger ist der Eintrag dieser Übertragung in der jeweiligen Blockchain erforderlich.<sup>16</sup>

*Piska*<sup>17</sup> hat herausgearbeitet, dass der nicht-hoheitliche Ursprung virtueller Währungen verlangt, diese eben nicht als Währungen im rechtsdogmatischen Sinn zu verstehen. Der Umstand, dass sie von Privaten hergestellt werden und handelbar sind, führt zur Einordnung als **privates Wirtschaftsgut** und dazu, dass der unionsrechtliche **Warenbegriff** iSd primärrechtlichen Warenverkehrsfreiheit erfüllt ist.<sup>18</sup> Der Wert einer Sache, der bei marktfähigen virtuellen Währungen gegeben ist, dient auch dem EuGH als Indiz für die Wareneigenschaft.<sup>19</sup> So wurden auch Wertträger wie Münzen, die einmal gesetzliche Zahlungsmittel waren, dies aber inzwischen nicht mehr sind, vom EuGH unter den Warenbegriff subsumiert.<sup>20</sup> Auch die Lehre vertritt, dass Produkte, denen die gesetzliche Zahlungsmittelleigenschaft fehlt, unter die Warenverkehrsfreiheit zu fassen sind.<sup>21</sup> *Freitag* spricht treffsicher bei Blockchains vom Internet der Wertgegenstände.<sup>22</sup> Auch die FMA selbst hat Bitcoin und andere virtuelle Währungen auch öffentlich bereits als Waren qualifiziert.<sup>23</sup>

<sup>9</sup> *Piska*, Kryptowährungen und ihr Rechtscharakter – eine Suche im Bermuda-Dreieck, *ecolex* 2017, 635; *Schock*, Virtuelle Währungen – Ein Blick über die Grenzen, *ecolex* 2017, 636; *Ponesch-Urbaneke/Beer*, Kryptowährungen im Experten-Check, *ögwthema* 2017, 4–16; *Enzinger*, SWK 2017, 1013; *Völkel*, *ecolex* 2017, 639.

<sup>10</sup> *Rummel* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>4</sup> (2015) § 860 Rz 1; OGH 30. 8. 2007, 2 Ob 245/06b.

<sup>11</sup> Vgl OGH 26. 4. 2007, 2 Ob 251/06k.

<sup>12</sup> *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 860 Rz 11.

<sup>13</sup> *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 860 Rz 4.

<sup>14</sup> *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 860 Rz 4.

<sup>15</sup> *Fleißner*, Eigentum an unkörperlichen Sachen am Beispiel von Bitcoins, *ÖJZ* 2018, 437; *Holzner* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 292; *Völkel*, *ÖBA* 2017, 385.

<sup>16</sup> Vgl *Völkel*, *ÖBA* 2017, 385.

<sup>17</sup> *Piska*, *ecolex* 2017, 635.

<sup>18</sup> Vgl *Schock*, *ecolex* 2017, 636 mwN; *Piska/Völkel*, Blockchain und Kryptorecht – Regulierungs-Chancen de lege lata und de lege ferenda, *ZTR* 2017, 97.

<sup>19</sup> Vgl *Mayer*, WHI-Paper 1/2004, 8 ff; EuGH C-2/90, *Kommission/Belgien*, Slg 1994, I-4431 Rz 26 ff; C 221/06.

<sup>20</sup> EuGH 23. 11. 1978, Rs 7/78, Slg 1978, 2274 f, RN 23/25 (*Thompson*); *Schneider* in *Mayer/Stöger*, Kommentar zu EUV und AEUV Art 63 AEUV Rz 16.

<sup>21</sup> *Hindelang*, WHI-Paper 2/2014, Kommentierung der Vorschriften zum Kapital- und Zahlungsverkehr im AEUV Art 63 Rz 197.

<sup>22</sup> *Freitag*, CFOaktuell 2018, 600.

<sup>23</sup> So hat auch der Sprecher der FMA, *Klaus Grubelnik*, Bitcoin grundsätzlich als Ware bezeichnet; vgl *Die Presse* vom 27. 5. 2017, Bitcoin: Rekordkurse und Kontosperrern in der Sandkiste.



Das wohl bedeutendste Argument für den Warenbegriff und gegen den Zahlungsmittelbegriff hat der Europäische Gesetzgeber jedoch unlängst selbst geschaffen. Am 19. 4. 2018 hat das Europäische Parlament die **5. Geldwäsche-RL** beschlossen.<sup>24</sup> Nach dem nunmehr beschlossenen Text werden virtuelle Währungen erstmals legal definiert als „*digitale Darstellung eines Werts, die [...] als Tauschmittel akzeptiert wird [...]*“.<sup>25</sup> Mit dieser Definition wurde eine klare dogmatische Position eingenommen. Virtuelle Währungen erfüllen keine Zahlungsmittelfunktion, sondern sind **Tauschmittel**. Das Wort Tauschmittel wurde dabei nicht zufällig gewählt. Frühere Entwürfe sahen noch die Definition als Zahlungsmittel vor.<sup>26</sup> Der Begriff Zahlungsmittel wurde erst nach der Behandlung des Entwurfs im Rechtsausschuss durch den Begriff Tauschmittel ersetzt.

Dabei soll nicht unterschlagen werden, dass virtuelle Währungen in Form von Token grundsätzlich auch etwa als **Finanzinstrumente** iSd § 1 Z 7 WAG 2018 qualifiziert werden können.<sup>27</sup> Dies ist jedoch keine Besonderheit der Blockchain-Technologie. Auch ein Blatt Papier, das zweifelsfrei eine Sache iSd § 285 ABGB darstellt und den europarechtlichen Warenbegriff erfüllt, kann etwa zum Wertpapier werden – und damit zu einem Finanzinstrument –, wenn es nur entsprechend bedruckt wird. Für die rechtliche Beurteilung des Minings macht dies im Übrigen keinen Unterschied. Die beim Mining in Form der *Block Reward* erzeugten oder in Form der *Transaction Fee* beanspruchten Werteinheiten sind keine Finanzinstrumente, sie erfüllen stets ausschließlich den Sach- und den unionsrechtlichen Warenbegriff.<sup>28</sup>

#### 4. Die Blockchain ist kein Zahlungsnetzwerk

Die FMA führt in ihren Erklärungen zur neu vertretenen Rechtsansicht aus, bei Blockchains (konkret der Bitcoin-Blockchain) handle es sich um ein **Zahlungsnetzwerk oder zahlungsverkehrähnliches Netzwerk**. Folglich handle es sich beim Mining um eine finanzielle Dienstleistung. Eine nähere Auseinandersetzung mit dem Begriff des Zahlungsnetzwerks scheint somit geboten.

Zunächst fällt auf, dass weder der Begriff des Zahlungsnetzwerks noch jener des zahlungsverkehrähnlichen Netzwerks in österreichischen Rechtsnormen oder Entscheidungen eine nähere Erläuterung finden. Auch die FMA selbst nimmt dazu nicht weiter Stellung. Gleich verhält es sich übrigens auf europäischer Ebene: Weder der europäische Gesetzgeber noch die europäische Aufsichtsbehörde ESMA verwenden diese Begrifflichkeit in Rechtsnormen oder erläuternden Ausführungen.

#### 4.1. Kein Zahlungsnetzwerk im bankrechtlichen Sinn

Im bankrechtlichen Sinn kann unter einem Zahlungsnetzwerk die **Summe der Akteure** verstanden werden, die für den bargeldlosen Zahlungsverkehr verantwortlich sind. Hierbei handelt es sich um eines der wesentlichen Kerngeschäfte, das nach dem BWG Kreditinstituten vorbehalten bleiben soll (§ 1 Abs 1 Z 2 BWG). Kennzeichnend für den bargeldlosen Zahlungsverkehr ist die Vielzahl an beteiligten Personen und Rechtsgeschäften, um dessen reibungslosen Ablauf sicherzustellen.<sup>29</sup>

Ausgangspunkt ist die Rechtsbeziehung zwischen dem Kunden, der eine bargeldlose Zahlung tätigen möchte, und seiner Bank, die diese für ihn durchführt. Bereits hier bedarf es der ersten **schuldrechtlichen Vereinbarung**, auf deren Basis der Kunde seiner Bank entweder eine bestimmte Menge Bargeld anvertraut (Einlage) oder von seiner Bank eine bestimmte Menge Buchgeld zur Verfügung erhält (Kredit).

Die Überweisung selbst ist als **Anweisung ein eigenes Rechtsgeschäft**. Im einfachsten Fall benötigt die Bank des Auftraggebers zur Durchführung des Auftrags eine schuldrechtliche Beziehung zur Bank des Zahlungsempfängers, und es ist eine entsprechende Vereinbarung zwischen Empfängerbank und dem eigentlichen Zahlungsempfänger erforderlich.

Letztlich wird in einem solchen Zahlungsnetzwerk durch eine Reihe von Aufträgen Buchgeld verschoben, also lediglich Forderungen gegen das eine oder andere Kreditinstitut.<sup>30</sup> Auf die Komplexität dieses Systems und die Unsicherheiten, die mit dem Forderungscharakter von Buchgeld einhergehen, sei an dieser Stelle lediglich hingewiesen.<sup>31</sup>

Die Blockchain ist **mit einem solchen Zahlungsnetzwerk nicht vergleichbar**. Virtuelle Währungen verkörpern kein Forderungsrecht gegen eine dritte Person. Das Besondere an der Blockchain-Technologie ist ja gerade, dass Wertträger zwischen Personen unmittelbar übertragen werden können. Wer über den privaten Schlüssel etwa zu seinen Bitcoin verfügt, kann diese selbst direkt an eine andere Person übertragen.<sup>32</sup>

Wie oben unter Punkt 2. dargestellt, besteht – anders als zwischen Kunde und Bank – zwischen Miner und Nutzer der Blockchain **kein Vertragsverhältnis**. Zuletzt unterscheidet sich die Blockchain vom Zahlungsnetzwerk im bankrechtlichen Sinn weiters auch dadurch, dass sie **nicht auf die Übertragung von Geld (gesetzlichen Zahlungsmitteln) ausgerichtet** ist, sondern auf die Übertragung unkörperlicher Wirtschaftsgüter. Die Blockchain ist damit kein Zahlungsnetzwerk im bankrechtlichen Sinn und auch nicht mit einem solchen vergleichbar.

<sup>24</sup> Vorschlag der Kommission 2018/0105/COD.

<sup>25</sup> Art 3 Z 18 5. Geldwäsche-RL.

<sup>26</sup> Piska, *ecolex* 2017, 632 mwN.

<sup>27</sup> Vgl dazu Paulmayer, Initial Coin Offerings (ICOs) und Initial Token Offerings (ITOs) als prospektpflichtiges Angebot nach KMG? ZFR 2017/259; Völkel, ZTR 2017, 97.

<sup>28</sup> Vgl dazu Völkel, ZTR 2017, 97.

<sup>29</sup> Ausführlich Koziol/Koch in Apathy/Iro/Koziol, III 1/6 ff; Schwintowski, Bankvertragsrecht<sup>5</sup> (2018) 328 ff.

<sup>30</sup> Vgl zuletzt etwa OGH 19. 5. 2015, 10 Ob 31/15d.

<sup>31</sup> Vgl die zur Absicherung dieses Systems notwendigen Rechtsakte, etwa das FinalitätsG BGBl 1999/123 idGF; vgl auch Koziol/Koch in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht III<sup>2</sup> 1/6 ff.

<sup>32</sup> Vgl Völkel, ÖBA 2017, 385; Fleißner, ÖJZ 2018, 437.



## 4.2. Kein Zahlungsnetzwerk im konzessionsrechtlichen Sinn

Allenfalls stützt die FMA ihr Begriffsverständnis des Zahlungsnetzwerks auf den konzessionsrechtlichen **Zahlungsmittelbegriff des § 1 Abs 1 Z 6 BWG** (Ausgabe und Verwaltung von Zahlungsmitteln). Ein Zahlungsmittel iSd dieses Konzessionstatbestands sind nach der Literatur alle im Verkehr allgemein anerkannten Geldsurrogate, die von einem größeren Personenkreis wirtschaftlich an Zahlungs statt angenommen werden.<sup>33</sup> Auch virtuelle Währungen können darunterfallen, wenn diese mit Euro gekauft werden können, von einem größeren Personenkreis an Zahlungs statt akzeptiert werden und wieder in Euro rücktauschbar sind.<sup>34</sup>

Für das Mining von Bitcoin und vergleichbaren Kryptowährungen ist der Tatbestand mangels einer ausgebenden Stelle nicht einschlägig, weshalb solche virtuellen Währungen nicht darunter subsumiert werden. Dennoch bietet eine nähere Untersuchung weitere Aufschlüsse, denn der Tatbestand kann etwa bei der **Ausgabe Blockchain-basierter Token durch einen Emitenten** zu beachten sein,<sup>35</sup> wenn diese Token bei mehreren Akzeptanten einlösbar sind. Zu denken ist hier an die Ausgabe etwa eines Wertgutscheins auf der Blockchain. Analog zu den Bestimmungen des ZaDiG<sup>36</sup> und des E-GeldG<sup>37</sup> soll für die Frage der Konzessionspflicht nach dem BWG die Abgrenzung zwischen begrenztem und unbegrenztem Netz entscheiden.<sup>38</sup>

Wann ein begrenztes oder unbegrenztes Netz vorliegt, hängt von einer Reihe von Faktoren ab, auf die an dieser Stelle nicht näher einzugehen ist. Wesentlich ist jedoch, dass alle solchen Netzwerke auf einem gemeinsamen ökonomischen Prinzip beruhen: Eine ausgebende Stelle erklärt sich auf schuldrechtlicher Basis bereit, die jeweiligen Akzeptanzstellen zu entschädigen, wenn der Gutschein oder Token bei diesen eingelöst wird. Insofern kann daher von einem Zahlungsnetzwerk gesprochen werden.

Freilich ist aber auch ein solches **Zahlungsnetzwerk nicht mit der Blockchain vergleichbar**, denn es setzt ebenso wie das unter Punkt 4.1. behandelte Zahlungsnetzwerk eine **Reihe von vertraglichen Vereinbarungen** voraus, zumindest zwischen Ausgeber und Akzeptanten sowie Ausgeber und Kunden. Das Zahlungsmittel in einem solchen Zahlungsnetzwerk ist in Wahrheit **ein schuldrechtlicher Anspruch gegen einen Dritten**. Der Blockchain mangelt es gerade an vertraglichen Beziehungen und die Werteinheiten repräsentieren gerade keine Forderung. Übertragungen finden von Person zu Person direkt statt. Es wird keine dritte Partei vertraglich eingebunden. Auch im Sinne dieses konzessionsrechtlichen Verständnisses liegt bei den mit Bitcoin vergleichbaren Blockchains somit **kein Zahlungsnetzwerk** vor.

## 4.3. Zahlungsnetzwerk durch Erfüllung?

Es könnte noch überlegt werden, ob die FMA dem Begriff des Zahlungsnetzwerks ein breiteres Verständnis zugrunde legt. Mit Blick auf Österreich ist unter dem **Begriff Zahlung** die Leistung des jeweils vertraglich Geschuldeten zu verstehen, und zwar am gehörigen Ort, zur gehörigen Zeit und auf die gehörige Art.<sup>39</sup> Für die Zahlung in diesem Sinne kommt es nicht darauf an, ob eine Geld- oder eine sonstige Schuld beglichen wird. Schließen etwa zwei Personen eine Vereinbarung, wonach ein Auto gegen Bitcoin getauscht werden soll, so wäre die Übertragung der Bitcoin **als Erfüllung dieser Leistungsverpflichtung** auch als Zahlung aufzufassen. In diesem äußerst möglichen Wortsinn stellt die Blockchain ein Zahlungsnetzwerk dar, obwohl angesichts der Tauschfunktion besser von einem Tauschnetzwerk gesprochen werden sollte.

Allerdings würde dieses sehr weite Verständnis des Begriffs zu unsachlichen Ergebnissen führen, weil auch eine Vielzahl **anderer wirtschaftlicher Vorgänge** erfasst würde. Ein Paketdienst etwa, der eine vertraglich geschuldete Goldmünze zum Käufer transportiert, wäre damit ebenfalls ein Zahlungsnetzwerk. Will man nur unkörperliche Sachen in der Definition berücksichtigen, so müsste das Internet *per se* ein Zahlungsnetzwerk darstellen, wenn etwa Streaming-Inhalte in Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung an den Kunden übertragen werden oder gekaufte Software oder Musik über das Internet an den Kunden geliefert wird. Ein so breites Verständnis des Begriffs wirkt nicht überzeugend und findet im Übrigen weder in den österreichischen noch in den europäischen Rechtsgrundlagen Halt.

Wie unter Punkt 3. dargestellt, erfüllen virtuelle Währungen den europarechtlichen Warenbegriff, es handelt sich um unkörperliche Wirtschaftsgüter und Sachen iSd österreichischen ABGB. Auch die FMA teilt diese Einschätzung. Eine Zahlung mag iSd Erfüllung einer Verbindlichkeit auch bei virtuellen Währungen vorstellbar sein. Eine Rechtsgrundlage oder zumindest sachliche Rechtfertigung, weshalb dann Bitcoin & Co anders behandelt werden sollten als die Übertragung anderer digitaler Güter, ist nicht ersichtlich und wirkt konstruiert.

## 4.4. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann also festgehalten werden, dass es sich bei **Blockchains nicht um ein Zahlungsnetzwerk** im bankrechtlichen Sinn handelt. Die Blockchain ist auch nicht mit einem solchen System vergleichbar. Virtuelle Währungen repräsentieren anders als Buchgeld gerade **keine Forderung**. Weiters handelt es sich bei **Blockchains nicht um ein Zahlungsnetzwerk im Verständnis konzessionsrechtlicher Tatbestände**. Die Übertragung erfolgt unmittelbar zwischen zwei Parteien. Es ist **kein vertragliches Verhältnis** mit einer dritten Person notwendig oder vorhanden.

<sup>33</sup> Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger (Hrsg), Bankwesengesetz (8. Lfg; 2016) § 1 Rz 54b.

<sup>34</sup> Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, BWG § 1 Rz 57c.

<sup>35</sup> Vgl zur Unterscheidung von Coins zu Token FN 7.

<sup>36</sup> Vgl § 2 Abs 3 Z 11 ZaDiG.

<sup>37</sup> Vgl § 2 Abs 3 Z 1 E-GeldG.

<sup>38</sup> Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, BWG § 1 Rz 57a mwN.

<sup>39</sup> Stabenheimer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch § 1412; Reischauer in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup> (2017) § 1412 ABGB.



## 5. Keine Anwendbarkeit des AIFMG

Das in Umsetzung der AIFM-RL 2011/61/EU vom österreichischen Gesetzgeber erlassene AIFMG ist auf **Alternative Investmentfonds (AIF)** anwendbar. Bei AIFs handelt es sich um jeden Organismus für gemeinsame Anlagen, der nicht Organismus für die gemeinsame Veranlagung in Wertpapiere 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). Auf die Asset-Klasse, in die investiert wird, kommt es nicht an.<sup>40</sup>

Aus der genannten Definition ergeben sich vier konstitutive **Merkmale**, die ein Organismus aufweisen muss, um als AIF iSd AIFMG zu gelten, nämlich (a) das Vorliegen eines Organismus für gemeinsame Anlagen, (b) die Kapitalbeschaffung durch den Organismus, und zwar (c) von einer Anzahl von Anlegern, sowie (d) das Bestehen einer festgelegten Anlagestrategie, die der AIF verfolgt. Weist ein Geschäftsmodell die vier genannten Eigenschaften auf, so liegt ein AIF vor und das **AIFMG ist anwendbar**. Die Verwaltung eines solchen AIF setzt schließlich eine **Konzession oder Registrierung** als AIFM nach den Bestimmungen des Gesetzes voraus.

Mit den bereits eingangs erwähnten Leitlinien der ESMA vom 13. 8. 2013 zu Schlüsselbegriffen der AIFM-RL<sup>41</sup> (Leitlinien) liegt eine Auslegungshilfe zu den relevanten Begrifflichkeiten vor. In den Punkten VI. (Organismen für gemeinsame Anlagen), VII. (Kapitalbeschaffung), VIII. (Anzahl der Anleger) und IX. (festgelegte Anlagestrategie) gibt ESMA vor, was von den nationalen Aufsichtsbehörden jeweils unter den genannten Begriffen verstanden werden sollte.

### 5.1. Kapitalbeschaffung, Anzahl von Anlegern, festgelegte Anlagestrategie

Eine detaillierte Diskussion des Kriteriums „**Kapitalbeschaffung**“ kann an dieser Stelle unterbleiben. Praktisch jede Übertragung von Vermögenswerten wird nach den Leitlinien erfasst.<sup>42</sup> Auch die deutsche Literatur betont den weiten Anwendungsbereich dieses konstitutiven Merkmals.<sup>43</sup> Sowohl die Leistung einer Einlage durch einen Gesellschafter kann daher eine Kapitalbeschaffung iSd Gesetzes darstellen als auch Zahlungen, die Kunden zur Erfüllung auf abgeschlossene Verträge leisten. Ebendies betont die FMA, wenn sie festhält, dass sowohl Beteiligungen an Unternehmen erfasst sein können als auch der Verkauf von Rechenleistungspaketen zum Zwecke des Minings.<sup>44</sup>

Eine wohl ebenso breite Definition findet sich in den Leitlinien zum Element „**Anzahl der Anleger**“.<sup>45</sup> Ist der Organismus nicht durch das auf ihn anwendbare Recht, die Vertragsbedingungen, Satzungsbestimmungen oder andere verbindliche Regelungen von der Kapitalbeschaffung bei mehr als einem Anleger abgehalten, kann bereits von einer „Anzahl der Anleger“ iSd AIFMG gesprochen werden. Es kommt also nicht darauf an, ob tatsächlich nur ein Anleger in dem Organismus für gemeinsame Anlagen investiert ist, sondern vielmehr allein auf die Möglichkeit, ob sich ein oder mehrere Anleger an dem Organismus beteiligen können.<sup>46</sup>

Obwohl die Leitlinien dem Anschein nach genauere Vorgaben zum Kriterium der „**festgelegten Anlagestrategie**“ treffen,<sup>47</sup> sind diese bei genauerer Betrachtung ebenfalls weit gefasst. In der deutschen Literatur wird vertreten, eine festgelegte Anlagestrategie müsse jedenfalls schriftlich festgelegt sein und über den Umfang einer allgemeinen Geschäftsstrategie hinausgehen; eine festgelegte Anlagestrategie unterscheide sich von einer allgemeinen Geschäftsstrategie eines operativ tätigen Unternehmens dadurch, dass die Anlagekriterien genau bestimmt sind und die Handlungsspielräume des Organismus in den Anlagebedingungen, der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag eingeschränkt sind.<sup>48</sup> Allerdings kann auch daraus nur wenig gewonnen werden, denn nach den Leitlinien soll die Tatsache, dass Anlageentscheidungen ausschließlich der juristischen Person überlassen bleiben, die einen Organismus verwaltet, nicht dazu genutzt werden, die Bestimmungen der AIFM-RL zu umgehen.<sup>49</sup>

### 5.2. Schlüssel-Element: Organismus für die gemeinsame Anlage

Dem Leser wird an dieser Stelle augenscheinlich, dass die drei zuvor genannten Kriterien kaum geeignet sind, eine inhaltliche Abgrenzung einer gewöhnlichen Publikumsgesellschaft zu einem Alternativen Investmentfonds zu treffen. So gut wie jedes Unternehmen verfolgt den Zweck, Gelder von Kunden oder Investoren zu lukrieren, um sie entsprechend einer Unternehmensstrategie einzusetzen. So kommt auch tatsächlich das Schwergewicht in der Unterscheidung dem letztgenannten Kriterium zu, dem „**Organismus für gemeinsame Anlagen**“.

Die Leitlinien halten fest, dass ein Organismus für die gemeinsame Anlage dann vorliegt, wenn kumulativ alle nachfolgenden Merkmale erfüllt sind:<sup>50</sup> 1. Der Organismus verfolgt **keinen allgemein-kommerziellen oder industriellen Zweck**. 2. Der Organismus bündelt Kapital im Hinblick auf die Erzielung einer **Gemeinschaftsrendite für Anleger**. 3. Die Anteilseigner des Organismus besitzen – als Gruppe – **keine laufende Ermessens- bzw Kontrollbefugnis**.

<sup>40</sup> Vgl iZm Bitcoin auch *Majcen*, ÖBA 2017, 691.

<sup>41</sup> ESMA/2013/611.

<sup>42</sup> Leitlinien Rz 13 ff.

<sup>43</sup> *Weitnauer/Boxberger/Anders*, Kommentar zum Kapitalanlagegesetzbuch und zur Verordnung über Europäische Risikokapitalfonds mit Bezügen zum AIFM-StAnpG<sup>2</sup> (2017) § 1 Rz 7 f; *Gottschling* in *Moritz/Klebeck/Jesch* (Hrsg), Kommentar zum Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) Bd 1 (2016) § 1 Rz 53.

<sup>44</sup> FAQ 14.

<sup>45</sup> Leitlinien Rz 17 ff.

<sup>46</sup> Vgl dazu auch *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB<sup>2</sup> § 1 Rz 10; weiters *Gottschling* in *Moritz/Klebeck/Jesch*, KAGB § 1 Rz 44 f, der sich im Detail mit der Mindestanzahl bei verschiedenen Konstruktionen auseinandersetzt.

<sup>47</sup> Leitlinien Rz 20 ff.

<sup>48</sup> *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB<sup>2</sup> § 1 Rz 23 f.

<sup>49</sup> Leitlinien Rz 22.

<sup>50</sup> Leitlinien Rz 12 iVm Punkt II.



### 5.2.1. Allgemein-kommerzieller oder industrieller Zweck

Zunächst sollen nach den Leitlinien solche Organismen nicht als AIF gelten, die einem allgemein-kommerziellen oder -industriellen Zweck dienen (nachfolgend im Einklang mit der von der FMA verwendeten Diktion als „operative Tätigkeit“ bezeichnet). Unter einer solchen operativen Tätigkeit ist nach den Leitlinien die **Verfolgung einer Geschäftsstrategie** zu verstehen, „die sich unter anderem durch Merkmale auszeichnet wie die überwiegende Ausübung (i) einer kommerziellen Tätigkeit einschließlich Kauf, Verkauf und/oder Austausch von Waren oder Gütern und/oder Verkehr mit nicht-finanziellen Dienstleistungen, oder (ii) einer industriellen Tätigkeit einschließlich der Produktion von Waren oder der Errichtung von Immobilien oder (iii) einer Kombination daraus“.<sup>51</sup>

**Operative Tätigkeit** ist nach der Definition sowohl die Produktion als auch der Handel mit Waren oder Gütern. In der deutschen Literatur wird vertreten, dass eine Investition zu Anlagezwecken unschädlich ist, wenn diese von einem operativ tätigen Unternehmen neben der operativen Tätigkeit ausgeübt wird, solange dies nicht die Haupttätigkeit darstellt.<sup>52</sup>

Wie unter Punkt 2. dargestellt, erhalten erfolgreiche Miner den *Block Reward*, dabei handelt es sich um neu erzeugte Einheiten einer virtuellen Währung, also von unkörperlichen Sachen. Von diesem Blickpunkt betrachtet, stellt Mining einen Produktionsprozess dar. Durch den Verkauf der erzeugten Einheiten erzielt das Mining-Unternehmen einen Ertrag. Damit sollte die Qualifizierung eines Mining-Unternehmens als AIF eigentlich *a priori* ausscheiden.

Aus der Definition ist jedoch weiters ersichtlich, dass nur der **Verkehr mit nicht-finanziellen Dienstleistungen** (in der englischen Fassung der Leitlinien „*supply of non-financial services*“) einen Ausschlussgrund bilden soll. Die FMA beurteilt Mining nunmehr als finanzielle Dienstleistung im Rahmen eines Zahlungsnetzwerks und kommt so zu dem Schluss, dass keine operative Tätigkeit vorliegen könne.

### 5.2.2. Mining ist keine finanzielle Dienstleistung

Fraglich ist freilich, was unter „**finanzieller Dienstleistung**“ iSd Leitlinien zu verstehen ist; eine weitere Auseinandersetzung mit diesem Begriff findet darin leider nicht statt. Einen Ansatzpunkt bietet hier die Umsetzung der AIFM-RL 2011/61/EU durch den deutschen Gesetzgeber im Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB). In der deutschen Richtlinienumsetzung findet sich der Hinweis, dass solche operativ tätigen Unternehmen nicht erfasst sein sollen, die „*außerhalb des Finanzsektors*“ tätig sind. Der Hinweis auf finanzielle Dienstleistungen im Rahmen der Leitlinien wird wohl dahin gehend auszulegen sein, dass damit Dienstleistungen erfasst sind, die in irgendeiner Form mit dem Finanzsektor zusammenhängen.

Wie oben unter Punkt 3. herausgearbeitet, handelt es sich bei virtuellen Währungen um Sachen, die vom europäischen Gesetzgeber nicht als Zahlungs-, sondern als **Tauschmittel anerkannt**

werden und die den **europarechtlichen Warenbegriff** erfüllen und damit unter die Warenverkehrsfreiheit fallen. Es handelt sich um ein Tausch- und nicht um ein Zahlungsmittel. Von „finanziell“ zu sprechen, scheidet daher auch bei extensiver Interpretation aus. Auch handelt es sich bei Blockchains um **kein Zahlungsnetzwerk** (oben Punkt 4.), was ebenfalls eine Subsumtion unter diesen Begriff verbietet.

Selbst wenn man diese zwingenden Argumente übersehen möchte, wäre darüber hinaus fraglich, wem gegenüber überhaupt eine Dienstleistung erbracht wird. Wie oben dargestellt, besteht **kein synallagmatisches Vertragsverhältnis** zwischen Miner und Nutzer einer Blockchain. Kein Nutzer hat Anspruch darauf, dass seine Transaktionswünsche bestätigt werden. Die von Nutzern ausgelobte *Transaction Fee* ist gerade kein Entgelt für eine Dienstleistung. Eine nähere Auseinandersetzung zeigt also, dass bei Mining weder das Element „finanziell“ noch das Element „Dienstleistung“ vertretbar sind. Eine Einordnung als finanzielle Dienstleistung scheidet aus.

Dieses Ergebnis deckt sich im Übrigen mit Erkenntnissen der deutschen Literatur. Nach *Gottschling*<sup>53</sup> müsse die Frage, ob eine operative Tätigkeit außerhalb des Finanzsektors vorliegt, mangels näherer gesetzlicher Determinierung unter Rückgriff auf volkswirtschaftliche Begrifflichkeiten vorgenommen werden. Konkret seien unter dem Finanzsektor die Summe der Finanzmärkte und Finanzintermediäre zu verstehen, wie insb Banken und Versicherungen. Die Blockchain zeichnet sich gerade durch das Fehlen solcher Intermediäre aus. Eine Einordnung als finanzielle Dienstleistung ist daher abzulehnen.

Im Übrigen scheidet die rechtliche Einordnung der FMA noch aus einem anderen Grund aus. Wäre es zutreffend, dass Mining eine finanzielle Dienstleistung im Rahmen eines Zahlungsnetzwerks darstellen würde, so müsste dies wohl umso mehr für andere Akteure in der Blockchain-Welt gelten. Zu denken ist hier etwa an **Wallet-Anbieter**, also Personen, die Software bereitstellen, mit denen innerhalb des Systems der virtuellen Währungen einfach Transaktionen abgewickelt werden können. Hier wird es in aller Regel sogar ein echtes Vertragsverhältnis zwischen Wallet-Anbieter und Nutzer geben und es könnte allenfalls davon gesprochen werden, dass der Wallet-Anbieter eine Dienstleistung für den Nutzer erbringt (einfache Kommunikation mit der Blockchain). Wenn Mining-Unternehmen finanzielle Dienstleistungen erbringen, ließe sich dies umso mehr für Wallet-Anbieter vertreten. Die 5. Geldwäsche-RL bestimmt jedoch nun ausdrücklich, dass es für Wallet-Anbieter keine – anfänglich diskutierte<sup>54</sup> – Lizenzierungspflicht, sondern nur eine Pflicht zur Registrierung geben wird.<sup>55</sup> Eine unterschiedliche Behandlung von Wallet-Anbietern und Minern hätte keinerlei Grundlage und findet keine Deckung in den europarechtlichen Vorgaben.

Die Rechtsansicht der FMA übersieht auch, dass es sich beim **Mining um kein passives Halten von Vermögenswerten** han-

<sup>51</sup> Leitlinien Punkt II.

<sup>52</sup> *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB<sup>2</sup> § 1 Rz 26 f.

<sup>53</sup> *Gottschling* in *Moritz/Klebeck/Jesch*, KAGB § 1 Rz 85.

<sup>54</sup> *Schock*, *ecolx* 2017, 636; vgl Vorschlag der Kommission COM/2016/0208.

<sup>55</sup> Art 47 Abs 1 5. Geldwäsche-RL.



delt, wie es für AIF nach der deutschen Literatur ausschlaggebend sein soll.<sup>56</sup> Unternehmen, deren Geschäftsgegenstand es ist, Kryptowährungen zu kaufen und zu halten, könnten bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen sicherlich als AIF qualifiziert werden.<sup>57</sup> Mining ist jedoch ein **aktiver Prozess**. Mining-Unternehmen schaffen spezialisierte Hardware an, die installiert, in Betrieb genommen und laufend gewartet werden muss. Dafür ist ein erheblicher Einsatz von Kapital und Arbeitskraft erforderlich, wie es für jeden anderen operativ tätigen Betrieb ebenfalls gilt.

Die aktuelle Diskussion über die Einordnung von Mining erinnert etwas an die Problematik, die sich für Immobiliengesellschaften kurz nach Inkrafttreten des AIFMG gestellt hatte. Gerade im **Immobilienbereich** war unklar, was als operative Tätigkeit zu gelten habe. Vom passiven Halten eines Zinshauses bis zur Neuerrichtung und zum Verkauf einer Immobilie ist es schließlich ein weites Spektrum. Hier gab ein Konsultationspapier der BaFin<sup>58</sup> Aufschluss, in dem diese festhielt, dass der Betrieb einer Immobilie, etwa eines Hotels oder einer Pflegeeinrichtung, eine operative Tätigkeit darstellt, genauso wie die Projektentwicklung, an deren Ende der Verkauf steht. Nichts anderes kann für das Mining von virtuellen Währungen gelten. Passives Halten von virtuellen Währungen stellt keine operative Tätigkeit dar, der aktive Erzeugungsprozess hingegen sehr wohl.

### 5.2.3. Erzielung einer Gemeinschaftsrendite

Neben einer Beurteilung als operative Tätigkeit kommen noch andere Faktoren in Betracht, die für eine Qualifizierung als AIF ausschlaggebend sind. Das zweite Kriterium ist die Bündelung von Kapital im Hinblick auf die Erzielung einer Gemeinschaftsrendite.

Eine **Gemeinschaftsrendite** ist gemäß den Leitlinien die erzielte Rendite aus der Risikobündelung infolge Erwerbs, Besitzes oder Verkaufs von Anlagevermögen.<sup>59</sup> Davon sind auch Tätigkeiten zur Optimierung bzw zur Steigerung des Wertes dieser Vermögenswerte erfasst, unabhängig davon, ob dabei für die Anleger unterschiedliche Renditen erzielt werden, wie bspw im Rahmen einer maßgeschneiderten Dividendenpolitik. Maßgeblich ist der Anlagezweck, das bedeutet, dass Kapital gebündelt und veranlagt wird, um damit Gewinn zu erzielen, was zu einer Renditeausschüttung führt.

In der deutschen Literatur wird vertreten, dass es letztlich darauf ankommt, ob Anleger an den Chancen und Risiken bzw am Gewinn und Verlust des Organismus beteiligt werden.<sup>60</sup> Dies ist dann der Fall, wenn sowohl eine Gewinn- als auch eine Verlustbeteiligung der Anleger an der Wertentwicklung der Vermögensgegenstände vorliegt, in die der Organismus investiert ist, unabhängig davon, ob die Gewinn- und/oder Verlustbeteiligung des Anlegers vertraglich begrenzt ist. Das „Entgelt“ für die Kapitalüberlassung

des Anlegers darf nicht betragsmäßig fixiert, sondern muss erfolgsbezogen ausgestaltet sein. Ein unbedingter Rückzahlungsanspruch des Anlegers soll eine Qualifizierung als AIF ausschließen,<sup>61</sup> auch ein Rangrücktritt soll unschädlich sein.<sup>62</sup>

Sollte sich die Rechtsansicht der FMA durchsetzen, so kann allenfalls durch Berücksichtigung der vorgenannten Merkmale in der **vertraglichen Gestaltung** auf Produktebene eine Qualifizierung als AIF vermieden werden. Für die Qualifizierung auf Finanzierungsebene scheint dieses Element – jedenfalls bei Erfolgsbeteiligung – kaum geeignet, als Ausschlusskriterium zu dienen.

### 5.2.4. Laufende Ermessens- bzw Kontrollbefugnis

Zuletzt könnte allenfalls die laufende Ermessens- bzw Kontrollbefugnis sowohl auf Produkt- als auch auf Finanzierungsebene Mining-Unternehmen dazu dienen, nicht als AIF qualifiziert zu werden. Eine laufende Ermessens- bzw Kontrollbefugnis liegt gemäß den Leitlinien vor, wenn eine Form von **unmittelbarer und kontinuierlicher Entscheidungsgewalt über operative Fragen in Bezug auf die tägliche Verwaltung der Vermögenswerte des Organismus** besteht, die wesentlich weiter reicht als die normale Ausübung von Entscheidungs- oder Kontrollbefugnissen. Abstimmungen bei Aktionärsversammlungen über Fragen, wie etwa Fusionen oder Abwicklungen, die Wahl von Anteilseignervertretern, die Ernennung von Vorstandsmitgliedern oder Abschlussprüfern oder die Feststellung des Jahresabschlusses, wären nicht ausreichend.

Wenn eine Kontrolle des täglichen Geschäfts oder eine Kontrolle der zugrunde liegenden Vermögensgegenstände erfolgt, kann mit der deutschen Literatur davon ausgegangen werden, dass es sich um keinen Organismus für gemeinsame Anlagen handelt.<sup>63</sup> Die BaFin bestätigte iZm einer „Pooling-GbR“ und einer „Pooling-GmbH“, dass es sich bei diesen nicht um Organismen für gemeinsame Anlagen handelt, wenn die Investitionsentscheidungen von den Gesellschaftern getroffen werden und dies entsprechend in dem Gesellschaftsvertrag oder in sonstigen relevanten Vereinbarung niedergelegt wurde.<sup>64</sup> Eine laufende Ermessens- und Kontrollbefugnis kann also durch Aufnahme entsprechender **Regelungen im Gesellschaftsvertrag** festgelegt werden.

## 6. Zusammenfassung der Ergebnisse

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden:

- **Mining** ist der Prozess, mit dem neue Einheiten einer bestimmten virtuellen Währung auf einer Blockchain erzeugt werden. Derjenige Miner, der einen neuen Block mit Transaktionsinformationen zuerst berechnet, erzeugt für sich selbst eine bestimmte Menge neuer Einheiten als Entschädigung für den Einsatz von Hardware und Energie (*Block Reward*).

<sup>56</sup> Gottschling in Moritz/Klebeck/Jesch, KAGB § 1 Rz 67.

<sup>57</sup> Vgl hierzu Majcen, Bitcoins und andere virtuelle Währungen... bald eine neue Anlageklasse im modernen Asset Management? ÖBA 2017, 691 (695).

<sup>58</sup> Konsultationspapier 03/2013 zum Anwendungsbereich des KAGB vom 27. 3. 2017, WA 41-Wp 2137-2013/0001.

<sup>59</sup> Leitlinien Punkt II.

<sup>60</sup> Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB<sup>2</sup> § 1 Rz 7 f; Gottschling in Moritz/Klebeck/Jesch, KAGB § 1 Rz 35.

<sup>61</sup> Gottschling in Moritz/Klebeck/Jesch, KAGB § 1 Rz 36 mwN.

<sup>62</sup> Gottschling in Moritz/Klebeck/Jesch, KAGB § 1 Rz 38.

<sup>63</sup> Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB<sup>2</sup> § 1 Rz 9; Gottschling in Moritz/Klebeck/Jesch, KAGB § 1 Rz 40.

<sup>64</sup> Vgl auch das Schreiben der BaFin EVG 1-QF 2100-2015/0048 (60287).





- Neben dem *Block Reward* kann der Miner die *Transaction Fee* beanspruchen, die eine **Belohnung** iSd § 860 ABGB darstellt. Zu einem synallagmatischen Vertragsschluss zwischen Miner und Nutzer kommt es nicht, die *Transaction Fee* ist kein Entgelt.
- Virtuelle Währungen erfüllen den **bürgerlich-rechtlichen Sachbegriff**. Es handelt sich weiters um private Wirtschaftsgüter, die den unionsrechtlichen Warenbegriff erfüllen, weshalb der Verkehr mit virtuellen Währungen unter die unionsrechtliche Warenverkehrsfreiheit fällt. Die nunmehr auf europäischer Ebene gültige **Legaldefinition anerkennt virtuelle Währungen als Tauschmittel** und spricht ihnen die Zahlungsmittel-Eigenschaft ab.
- Es handelt sich bei der Bitcoin-Blockchain und bei mit dieser vergleichbaren Blockchains um **kein Zahlungsnetzwerk**, weil virtuelle Währungen keine Zahlungsmittel-Eigenschaft aufweisen. Sie sind **nicht mit Zahlungsnetzwerken vergleichbar**, bei denen die schuldrechtliche Übertragung von Buchgeld (also von Forderungen) im Vordergrund steht. Virtuelle Währungen verkörpern keine Forderungen, die Übertragung erfolgt ohne vertragliche Beziehung mit einem Dritten.
- Unternehmen, die Mining betreiben, erbringen **keine finanzielle Dienstleistung**. Weder kann von „finanziell“ gesprochen werden (vgl die getroffene Einordnung als Sachen und Waren), noch kann von einer „Dienstleistung“ gesprochen werden. Dem *Block Reward* liegt ein aktiver Produktionsprozess zugrunde und keine Dienstleistung. Der *Transaction Fee* liegt eine Auslobung zugrunde und mangels synallagmatischen Vertragsverhältnisses keine Dienstleistung.
- Eine Qualifizierung von Mining als finanzielle Dienstleistung ist weiters mit den europarechtlichen Vorgaben unvereinbar, weil diesfalls etwa auch **Wallet-Anbieter** als Dienstleister in einem Zahlungsnetzwerk erfasst sein müssten. Der Europäische Gesetzgeber hat sich jedoch bereits klar dagegen entschieden.
- Sollte sich die Rechtsansicht der FMA durchsetzen, bestehen andere Möglichkeiten, um eine **Anwendbarkeit des AIFMG zu vermeiden**, wobei in diesem Fall die jeweiligen Vertragsverhältnisse auf Produkt- oder Finanzierungsebene des Unternehmens so auszugestalten sind, dass keine Gemeinschaftsrendite erzielt wird oder laufende Ermessens- bzw Kontrollbefugnis vorliegt.



#### Der Autor:

Dr. **Oliver Völkel**, LL.M. ist Partner bei Stadler Völkel Rechtsanwälte. Sein fachlicher Schwerpunkt liegt im Bank- und Kapitalmarktrecht sowie im Recht der Kryptowährungen. Besondere Erfahrung hat Oliver Völkel bei der Strukturierung neuartiger Finanzierungsformen wie etwa Initial Coin Offerings und Initial Token Offerings. Zu seinen Mandanten zählen zahlreiche namhafte in- und ausländische Unternehmen und Banken. Oliver Völkel studierte Rechtswissenschaften an der Universität Wien und an der Columbia Law School in New York. In der Vergangenheit war er unter anderem an der Universität Wien im Bereich Strafrecht tätig sowie in namhaften international ausgerichteten Kanzleien.

✉ [oliver.voelkel@svlaw.at](mailto:oliver.voelkel@svlaw.at)

🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Voelkel/Oliver](https://lesen.lexisnexis.at/autor/Voelkel/Oliver)

Foto: © Nadine Studeny