

KRYPTOWÄHRUNGEN IM FINANZMARKTRECHT UND GRUNDRECHTLICHE GRENZEN VON VERBOTEN

Mag. iur. Jan Hospes
Researcher
jan.hospes@researchinstitute.at

Dipl.-Ing. Dr. iur. Walter Hötendorfer
Senior Researcher | Senior Consultant
walter.hoetendorfer@researchinstitute.at

Ing. Dr. iur. Christof Tschohl
Wissenschaftlicher Leiter | Gesellschafter | Prokurist
christof.tschohl@researchinstitute.at

Mag. iur. Markus Kastelitz, LL.M. (IT-Recht), CIPP/E
Senior Researcher | Senior Consultant
markus.kastelitz@researchinstitute.at

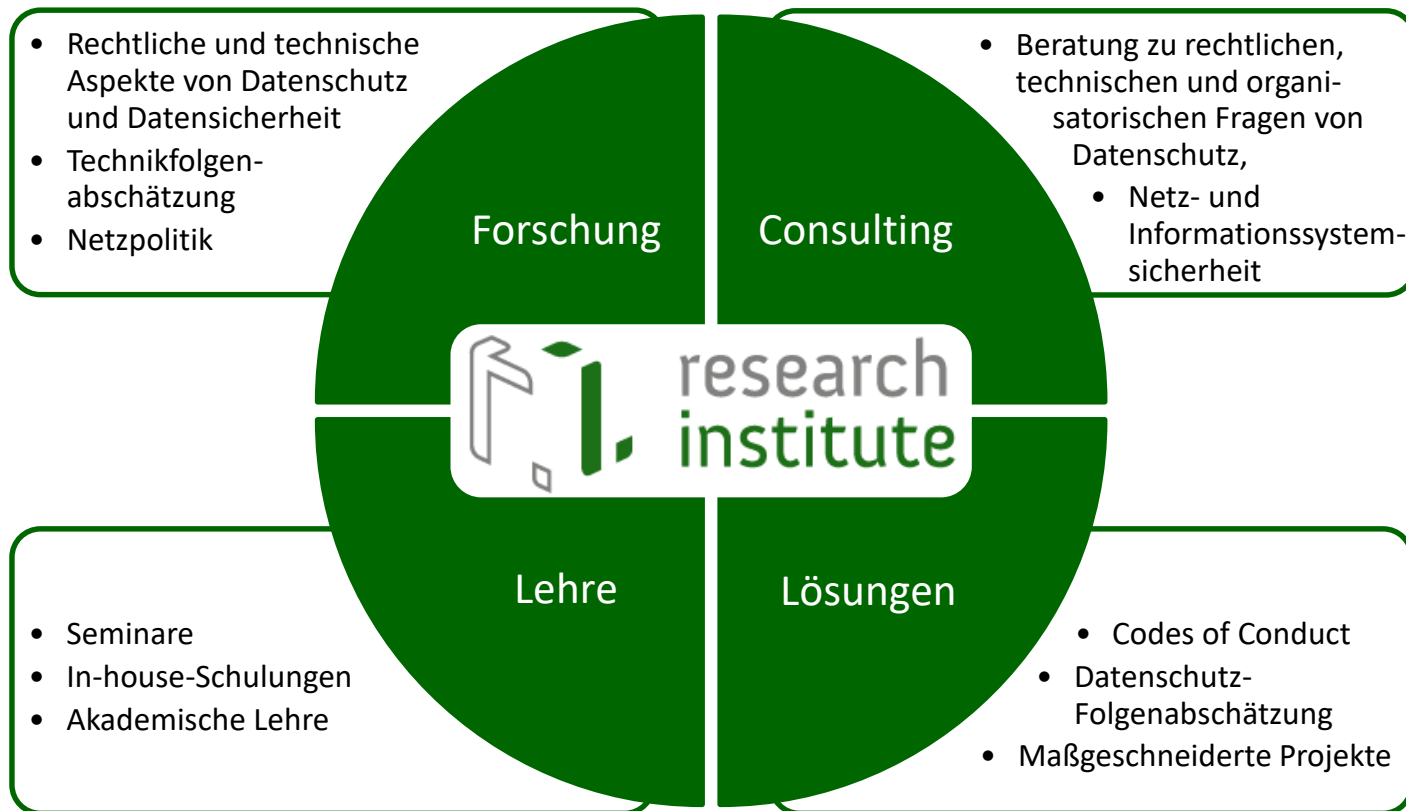
Research Institute AG & Co KG
Digital Human Rights Center
Smart Rights Consulting

Widerhofergasse 8/2/4
1090 Wien
www.researchinstitute.at
Twitter: @researchinst

RESEARCH INSTITUTE

DIGITAL HUMAN RIGHTS CENTER

Forschungszentrum an der Schnittstelle von **Recht, Technik** und **Gesellschaft**



Research Institute. Menschenrechte im digitalen Zeitalter.

- Projekt VIRTCRIME
- Krypto-Dienstleister im Bankwesengesetz
 - Off-Chain Transaktionen
 - Reine Buch-Transaktionen
- Umsetzung der 5. Geldwäscherichtlinie
- Grundrechtliche Erwägungen zum Besitz- und Handelsverbot

DAS VIRTCRIME-PROJEKT

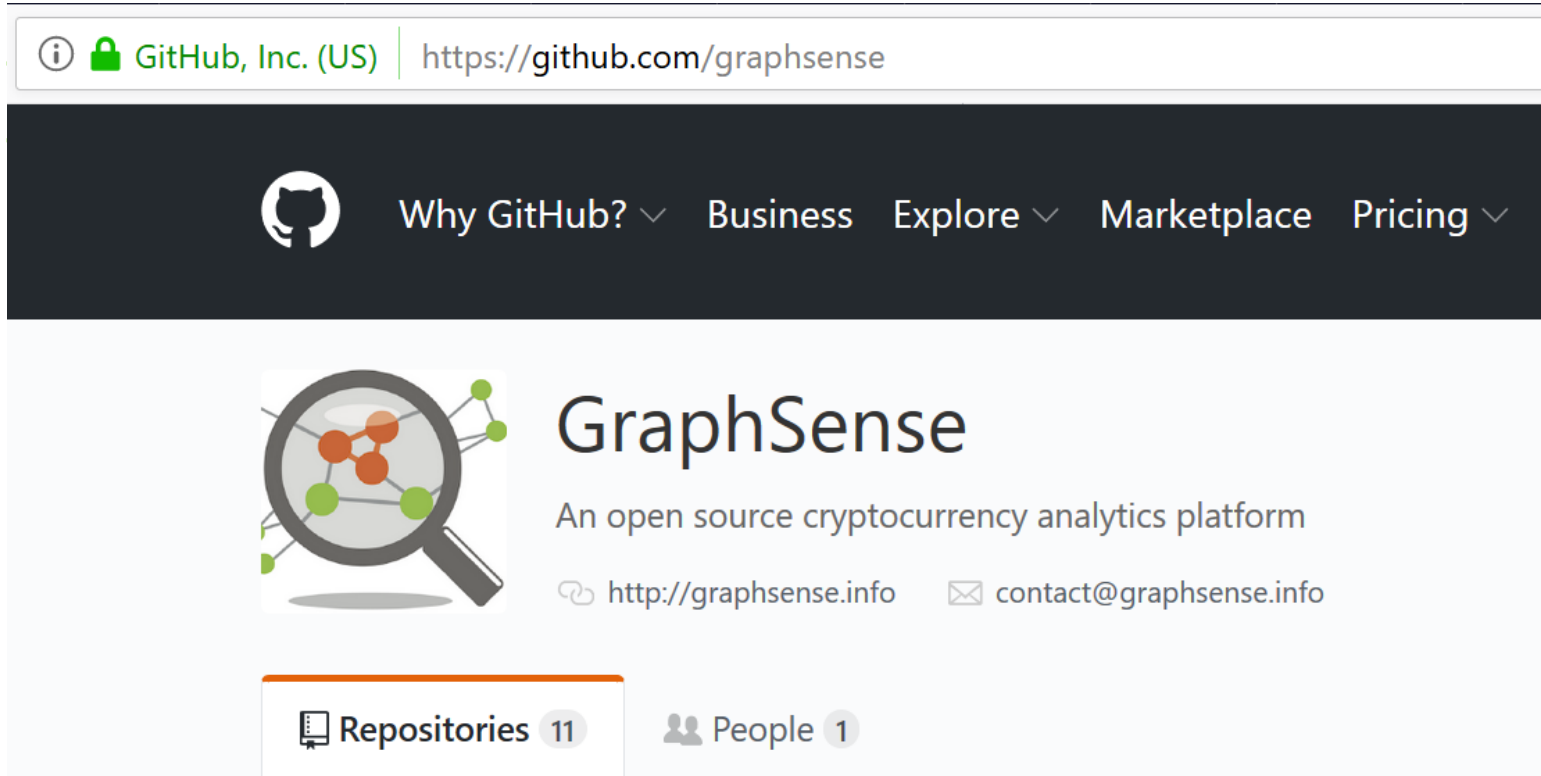
- Entwicklung neuer Algorithmen und Methoden für die Strafverfolgung in Kryptowährungen und Tor Hidden Services (Darknet-Marktplätzen)
- Finanziert vom Forschungsförderungsprogramm KIRAS (FFG, Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie)
- Konsortium:
 - AIT – Austrian Institute of Technology
 - Research Institute
 - Universität Innsbruck
 - VICESSE - Vienna Centre for Societal Security
 - Xylem - Science and Technology Management GmbH
 - Österreichisches Innenministerium
 - Österreichisches Finanzministerium



Technische und juristische Forschung anhand von 7 Szenarien:

1. **Regulierung und Registrierung von Krypto-Dienstleistern**
2. **AML & KYC-Pflichten (FATF, Geldwäscherichtlinien)**
3. AML-Überprüfungen in der Praxis
4. Sicherstellung von Währungseinheiten
5. Transaktionsüberwachung mithilfe von Blockchain Analysetools zum Zweck der Verbrechensbekämpfung
6. Extraktion von gerichtlich verwertbaren Beweismitteln
7. Analyse von Darknet-Marktplätzen zum Zweck der Verbrechensbekämpfung


- GraphSense: Skalierbare Analyseplattform für Kryptowährungen basierend auf Spark & Cassandra



The screenshot shows the GitHub repository page for GraphSense. The browser address bar displays the URL <https://github.com/graphsense>. The navigation bar includes the GitHub logo and links for "Why GitHub?", "Business", "Explore", "Marketplace", and "Pricing". The repository name "GraphSense" is prominently displayed, along with the description "An open source cryptocurrency analytics platform". Contact information is provided as <http://graphsense.info> and contact@graphsense.info. At the bottom, statistics show 11 repositories and 1 person associated with the project.

GitHub, Inc. (US) | <https://github.com/graphsense>

Why GitHub? ▾ Business Explore ▾ Marketplace Pricing ▾

 **GraphSense**
An open source cryptocurrency analytics platform

<http://graphsense.info> contact@graphsense.info

Repositories 11 People 1

KRYPTO-DIENSTLEISTER IM BWG

- § 1 Abs 1 Z 6 BWG: „die Ausgabe und Verwaltung von Zahlungsmitteln wie Kreditkarten, Bankschecks und Reiseschecks,...“
 - Isoliert betrachtet sprechen „Zahlungsmittel“ für eine Anwendbarkeit.
 - Virtuelle Währungen fallen unter den Begriff der Zahlungsmittel.
 - Anlegerschutz als Regelungszweck.
 - Auch Handelsplattformen unterliegen einem Insolvenzrisiko.

- **Aber:**
 - Regelt Abreden, bei welchen ein Dritter die Einbringlichkeit einer Leistung garantiert.
 - Teleologische Reduktion auf risikoreiche Finanzprodukte.
 - Bei Kryptowährungen besteht kein Kreditausfallsrisiko.
 - Betrugsszenarien sind nicht vom Regelungszweck erfasst.
 - Geschäftsmodell von Handelsplattformen? Analog zu Wechselstuben?
 - An Handelsplattformen übergebenes Buchgeld ist als Vorausguthaben anzusehen.
 - Handelsplattformen: Keine Hauptleistung welche zu besichern wäre. Kein risikoreiches Finanzprodukt.
 - Hot Wallet Provider: Keine Buchgeldübergabe.

KRYPTO-DIENSTLEISTER IM BWG

- § 1 Abs 1 Z 1 BWG: „*Die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage (Einlagengeschäft)*“
- Übergabe zur Einlage:
 - Auf die zivilrechtliche Einstufung kommt es nicht an.
 - Rückzahlbare Gelder des Publikums, die der Anlage dienen.
 - Es muss ein unbedingter Rückzahlungsanspruch entstehen.
 - Liegt nicht vor bei einem Anspruch auf den aliquoten Anlageerfolg.
 - Handelsplattformen: Überlassenes Geld ist für den Umtausch zweckgebunden und dient nicht der Anlage.
 - Hot Wallet Provider: Keine Entgegennahme fremder „Gelder“ da nur Fiatwährungen gemeint sind.

→ Keine Anwendbarkeit

KRYPTO-DIENSTLEISTER IM BWG

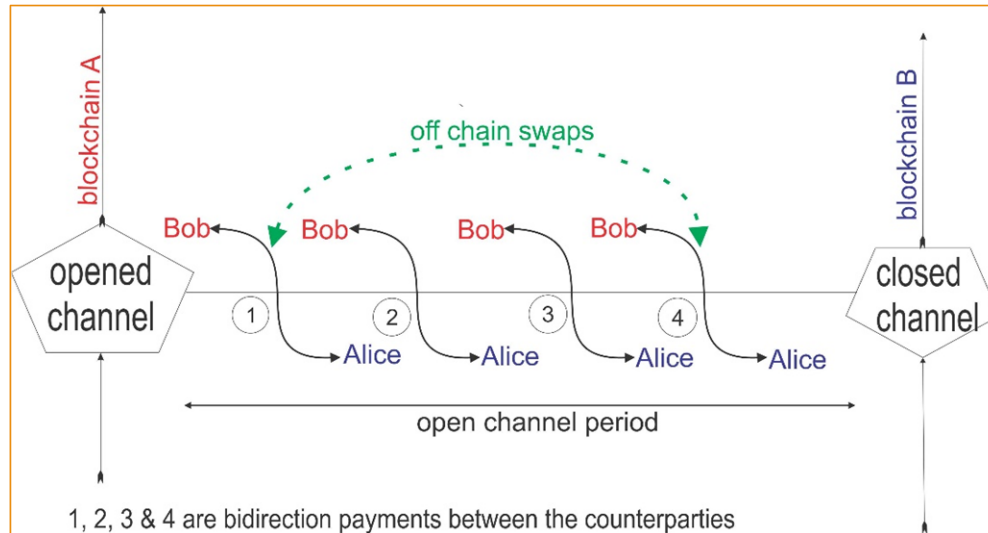
- Zufluss und Abfluss in Geld.
 - Zufluss: Liegt nicht vor bei Krypto zu Krypto. Liegt vor bei Fiat zu Krypto.
 - Abfluss: Besteht bei Handelsplattformen nicht in Geld sondern es entsteht ein Anspruch auf Übereignung

→ Keine Anwendbarkeit

- Übergabe zur Verwaltung:
 - Übernehmer legt das Geld im Interesse des Kunden an. Hierbei hat er Entscheidungsspielraum.
 - Ermächtigung zur Vornahme von Dispositionen durch Kunden.
 - Bei Handelsplattformen & Hot wallet Providern liegt die Dispositionsbefugnis beim Nutzer

→ Keine Anwendbarkeit

OFF-CHAIN-TRANSAKTIONEN



Tokenizer @ <https://steemit.com/cryptocurrency/@tokenizer/on-chain-vs-sidechain-exchange>

- Vergleichbar mit dem Kontokorrentsystem nach § 355 UGB
 - Weiterhin besteht aber kein Abfluss in Geld, da auch hier eine Leistung der Handelsplattform bezogen wird.
 - Kein unbedingter Zahlungsanspruch sondern ein Anspruch auf die synallagmatische Gegenleistung (Virtuelle Währungseinheiten)
- Keine Anwendbarkeit

REINE BUCH-TRANSAKTIONEN

- Nutzer erwirbt einen schuldrechtlichen Anspruch auf die Übertragung virtueller Währungseinheiten.
- Extrem nachteilig für das Insolvenzrisiko des Nutzers
- Schaden bei Nichtoffenlegung: § 146 StGB

- § 1 BWG?
 - Kein Abfluss in Geld →
 - Unbedingter Zahlungsanspruch? → Hauptleistung ist der Anspruch auf Übertragung
 - Keine Anwendbarkeit

REINE BUCH-TRANSAKTIONEN

- Analoge Anwendbarkeit von § 1 BWG
 - Planwidrige Lücke? → Teleologie des BWG
 - Anlegerschutz
 - Schutz des Finanzsystems
 - Gleichheitssatz
- Analoge Anwendbarkeit bei Handelsplattformen welche die finanzsystemische Sphäre erreichen
- Legalitätsprinzip
 - § 98 BWG bezieht sich als Strafbestimmung auf den Tatbestand des § 1 BWG
 - Erhöhte Bestimmtheitserfordernisse
- Rechtssatz der Analogie entspricht nicht dem Legalitätsprinzip

UMSETZUNG DER 5. GELDWÄSCHERICHTLINIE

- Erweiterung des Anwendungsbereichs des FM-GwG
- § 2 Z 22 FM-GwG:

22. Dienstleister in Bezug auf virtuelle Währungen: alle Dienstleister, die eine oder mehrere der folgenden Dienstleistungen anbieten

a) Dienste zur Sicherung privater kryptografischer Schlüssel, um virtuelle Währungen im Namen eines Kunden zu halten, zu speichern und zu übertragen (Anbieter von elektronischen Geldbörsen);

b) den Tausch von virtuellen Währungen in Fiatgeld und umgekehrt;

c) den Tausch einer oder mehrerer virtueller Währungen untereinander;

d) die Übertragung von virtuellen Währungen;

e) die Zurverfügungstellung von Finanzdienstleistungen für die Ausgabe und den Verkauf von virtuellen Währungen.

→ Überschneidende Umsetzung der 5. Geldwäscherichtlinie

UMSETZUNG DER 5. GELDWÄSCHERICHTLINIE

RICHTLINIE (EU) 2018/843 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES

vom 30. Mai 2018

zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU

(Text von Bedeutung für den EWR)

DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT UND DER RAT DER EUROPÄISCHEN UNION —

gestützt auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, insbesondere auf Artikel 114,

○ Art 114 AEUV

- Kompetenz um Funktion des Binnenmarktes zu gewährleisten.

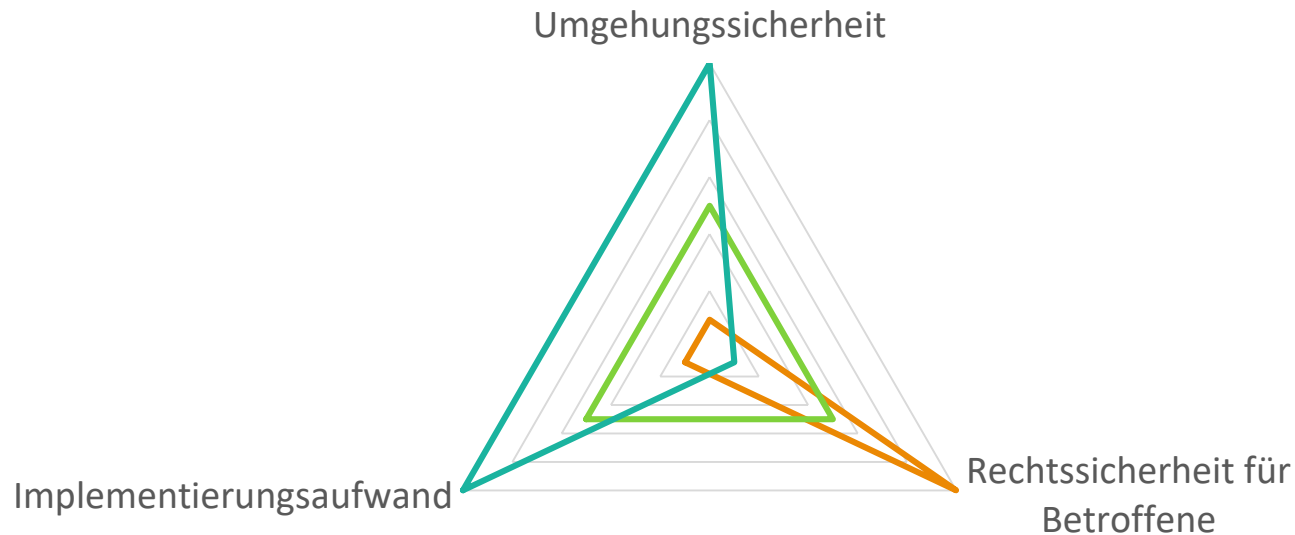
UMSETZUNG DER 5. GELDWÄSCHERICHTLINIE

- Auf 114 AEUV basierende Regelungen sind grundsätzlich vollharmonisierend, außer Einwände bzgl:
 - Umweltschutz
 - Arbeitsrecht
- Notifikationspflicht nach Art 114 Abs 4 AEUV
 - Umsetzung der FATF Empfehlung unionsrechtswidrig
- Registrierungspflicht für Dienstleister nach § 32a FM-GwG
 - Inkrafttreten: 10 Jänner 2020
 - Registrierung ist keine konstitutive Voraussetzung für die Aufnahme des Geschäftsbetriebs.
 - Bei fehlender Registrierung kann FMA die weitere Tätigkeit untersagen.

VERBOT ANONYMER KRYPTOWÄHRUNGEN

○ Abgrenzung des sachlichen Geltungsbereichs:

— Verbotsliste mit Währungen — Verbotsliste mit Technologien — Verbot der Anonymisierung



HANDELSVERBOT

- Handelsverbot: An Handelsplattformen ergehendes Verbot bestimmte Währungen zu unterstützen.
- Grundrecht auf Eigentum der Besitzer
 - Keine Enteignung, da keine Rechtsposition übertragen wird.
 - Eingriff gegeben?
 - Handelsverbot kann zu Kurseinbußen führen.
 - Aber: Wirtschaftliche Reflexwirkung? → Betroffene werden durch Verbot nicht verpflichtet → Kein Eingriff
- Gleichheitssatz
 - Sachverhaltsvergleich: Anonyme Währungen mit nichtanonymen Währungen.
 - Sachliche Rechtfertigung kann in einem externen Zweck liegen.

HANDELSVERBOT

- Grundrecht auf Erwerbsfreiheit der Handelsplattform
 - Ausübungsschranke oder objektive Antrittsschranke?
Eintrittsschranke?
 - VfGH nimmt den Schutz spezialisierter Erwerbsarten an
 - Eine objektive Antrittsschranke knüpft an Gut oder Dienstleistung an
 - Handelsverbot ist als objektive Antrittsschranke zu werten
 - Strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung
 - Verbot wäre das gelindeste zum Ziel führende Mittel da weder KYC noch technische Maßnahmen greifen.
 - Potenziell verbesserte Verbrechensaufklärung vermag Verbot nicht rechtfertigen.
 - Verbot ist nicht mit der Erwerbsfreiheit vereinbar.

- Besitzverbot: Allgemeines Verbot, bestimmte Währungen zu halten.
 - Grundrecht auf Eigentum der Besitzer
 - Eingriff, da Rechtsposition direkt Angegriffen wird.
 - Wesensgehalt des Grundrechts berührt?
 - Anzunehmen wenn keine Nutzungsmaßnahme übrig bleibt → Zu bejahen
 - Gut der Kriminalitätsprävention vermag nicht den Eingriff rechtfertigen.
 - Effektivität von Verboten
 - Aufklärung von Verstößen ist meist von weiteren Ermittlungsmaßnahmen (Hausdurchsuchung) abhängig.
- Geringe generalpräventive Wirkung

VERBOTE: RESÜMEE

○ Handelsverbot:

- Grundrecht auf Eigentum der Besitzer: Wirtschaftliche Reflexwirkung → Kein Eingriff
- Gleichheitssatz → Sachliche Rechtfertigung
- Grundrecht auf Erwerbsfreiheit der Handelsplattform: Objektive Antrittsschranke → Grundrechtswidrig

○ Besitzverbot:

- Grundrecht auf Eigentum der Besitzer: Wesensgehalt des Grundrechts berührt → Grundrechtswidrig

KRYPTOWÄHRUNGEN IM FINANZMARKTRECHT UND GRUNDRECHTLICHE GRENZEN VON VERBOTEN

Mag. iur. Jan Hospes
Researcher
jan.hospes@researchinstitute.at

Dipl.-Ing. Dr. iur. Walter Hötendorfer
Senior Researcher | Senior Consultant
walter.hoetendorfer@researchinstitute.at

Ing. Dr. iur. Christof Tschohl
Wissenschaftlicher Leiter | Gesellschafter | Prokurist
christof.tschohl@researchinstitute.at

Mag. iur. Markus Kastelitz, LL.M. (IT-Recht), CIPP/E
Senior Researcher | Senior Consultant
markus.kastelitz@researchinstitute.at

Research Institute AG & Co KG
Digital Human Rights Center
Smart Rights Consulting

Widerhofergasse 8/2/4
1090 Wien
www.researchinstitute.at
Twitter: @researchinst

RECHTLICHE HINWEISE

Dieses Dokument dient als Präsentationsunterlage, erstellt von den auf der Titelseite genannten AutorInnen.

Copyright:

Die vorliegenden (elektronischen) Unterlagen wurden von den auf der Titelseite genannten AutorInnen entwickelt. Wir dürfen Sie daher bitten, das geistige Eigentum im Sinne des Urheberrechts zu respektieren. Auch die Vervielfältigung der Unterlagen und Dateien, die kein veröffentlichtes Werk darstellt, ist nicht gestattet. Ohne schriftliche Genehmigung durch die AutorInnen dürfen weder die Unterlagen selbst noch einzelne Informationen daraus reproduziert oder an Dritte weitergegeben werden.

Disclaimer:

Dieses Dokument wurde auf Basis jener Informationen erstellt, die den AutorInnen als für den Zweck des Dokuments relevant erschienen. Die AutorInnen übernehmen jedoch keine Haftung/Gewähr für Vollständigkeit und Richtigkeit der in diesem Dokument zur Verfügung gestellten Informationen. Die Angaben in diesem Dokument können von dem Empfänger nicht als Zusicherung oder Garantie verstanden werden. Die in diesem Dokument enthaltenen Informationen können sich im Laufe der Zeit verändern oder zum Übergabezeitpunkt bereits verändert haben. Technische Änderungen vorbehalten.