



Paradigmenwechsel bei der aufsichtsrechtlichen Einordnung von Bitcoin? – Wohl kaum!

Das Kammergericht hat Ende September entschieden, dass Bitcoin strafrechtlich nicht unter den Begriff Rechnungseinheit fallen und daher als Finanzinstrument einzustufen sind. Medien und Wettbewerber jubilieren bereits über unerwartete Freiheiten und sehen teilweise sogar eine Blamage für die BaFin. Wahrscheinlicher aber ist, dass sich Rechtsauffassung und Aufsichtspraxis der Behörde nicht ändern werden, und zwar mit guten rechtlichen Argumenten.

Rechtlicher Hintergrund

Die Frage, ob virtuelle Währungen wie Bitcoin Finanzinstrumente sind, hat neben einer aufsichtsrechtlichen auch eine strafrechtliche Komponente. Nach § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG macht sich strafbar, wer ohne Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 S. 1 KWG Bankgeschäfte betreibt oder Finanzdienstleistungen erbringt.

Zu den Finanzdienstleistungen gehört auch das Betreiben bestimmter Handelsplattformen, auf denen Finanzinstrumente gehandelt werden können. Ob einzelne Handelsplattformen für

Bitcoin tatsächlich unter die insoweit einschlägigen Tatbestände des multilateralen Handelssystems (MTF) oder des organisierten Handelssystems (OTF) fallen oder eine erlaubnispflichtige Anlagevermittlung darstellen, hängt von der konkreten Gestaltung ab. Der Einfachheit halber sei an dieser Stelle einmal von der grundsätzlichen Regulierung ausgegangen. Unter dieser Voraussetzung bedarf das Betreiben einer Handelsplattform für Bitcoin der Erlaubnis der BaFin, wenn Bitcoin Finanzinstrumente sind. Das Betreiben einer solchen Plattform ohne Erlaubnis wäre dann eine Straftat.

Die BaFin hat ihre Ansicht zur Qualifikation von Bitcoin wiederholt öffentlich gemacht. Sie ordnet Bitcoin als Rechnungseinheiten im Sinne des § 1 Abs. 11 Satz 1 KWG und damit als Finanzinstrument ein.

KG vom 25. September 2018

Der Ansicht der BaFin folgend hat die zuständige Staatsanwaltschaft Anklage gegen den Betreiber einer Handelsplattform für Bitcoin erhoben. Die



Sache ist nach mehreren Instanzen durch eine Entscheidung des Kammergerichts Berlin vom 25. September 2018 (Az 161 Ss 28/18) rechtskräftig beendet. Der zuständige Senat hat entschieden, dass Bitcoin keine Rechnungseinheit und somit keine Finanzinstrumente sind, dementsprechend benötigte der Betreiber der Plattform keine Erlaubnis und habe sich nicht strafbar gemacht. Dabei setzt sich der Senat auch mit der Ansicht der BaFin auseinander. Er misst deren Auslegung an dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG. Dieser gebe vor, dass wesentliche Fragen der Strafwürdigkeit und Straffreiheit im demokratisch-parlamentarischen Willensbildungsprozess zu klären und die Voraussetzungen der Strafbarkeit so zu umschreiben seien, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen. Da die Einordnung von Bitcoin als Rechnungseinheit weder zwingend sei und die BaFin nicht Teil des demokratisch-parlamentarischen Willensbildungsprozess sei, gelangt der erkennende Senat zu der Schlussfolgerung, die Auslegung der BaFin spiele für das Strafverfahren keine Rolle. Er lässt sich auch zu dem Satz hinreißen, die BaFin habe den ihr zugewiesenen Aufgabenbereich überspannt. In der Presse und in der Bewertung der Entscheidung durch verschiedene Mitbewerber ist wahlweise von einem Paradigmenwechsel, einer Korrektur der fehlgeleiteten Finanzaufsicht oder sogar einer schallenden Ohrfeige für die BaFin die Rede.

Blamage für die BaFin?

Tatsächlich wird man die Frage nach der Überspannung des Aufgabenbereichs wohl anders beantworten müssen und auch an der Aufsichtspraxis der BaFin wird sich höchstwahrscheinlich gar nichts ändern und zwar mit guten rechtlichen Argumenten. Denn, für die Auslegung im Strafrecht gelten besondere Regeln, an die die BaFin in ihrer

Verwaltungspraxis nicht gebunden ist: "Ein verwaltungsrechtlicher Erlaubnistatbestand (hier: § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG), den eine Strafvorschrift (hier: § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG) in Bezug nimmt, unterliegt nicht generell den strengen Beschränkungen des Art. 103 Abs. 2 GG, sondern nur, soweit er zur Ausfüllung der strafrechtlichen Blankettnorm herangezogen und damit selbst zum Teil der Strafrechtsnorm wird." Das sagt nun nicht irgendwer, sondern das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 5. April 2006 (vgl. NJW 2006, 3340, redaktioneller Leitsatz Nr. 2).

Gespaltene Auslegung des § 32 KWG

Solange § 32 KWG also im Rahmen der Strafnorm des § 54 KWG auszulegen ist, mithin die Frage zu beantworten ist, ob jemand wegen des Betriebens erlaubnisbedürftiger Geschäfte strafrechtlich sanktioniert werden soll, muss das durch Auslegung der Norm bestimmte Recht den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG genügen. Man kann nun – wie das KG im vorliegenden Fall – durchaus nachvollziehbar vertreten, dass das im Falle der Subsumtion von Bitcoin unter den Rechnungseinheiten-Tatbestand, wie sie die BaFin vornimmt, nicht der Fall ist.

Wenn aber die BaFin im Wege des Verwaltungsverfahrens tätig wird, bleibt es ihr unbenommen, die Bezugsnorm, § 32 KWG, Norm extensiv auszulegen, insbesondere so, dass sie in der praktischen Anwendung dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck gerecht wird. Dabei ist sie nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht an die Beschränkungen des Art. 103 Abs. 2 GG gebunden.

§ 32 KWG ist also im Strafrecht unter Umständen anders auszulegen als im Verwaltungsrecht, es liegt ein Fall der sog. *gespaltenen Auslegung* vor. Es soll nicht verschwiegen werden, dass der BGH diese Figur kategorisch ablehnt (z.B. BGH, NZG 2011, 1147). Gerade im Verwaltungsrecht ist die gespaltene Auslegung höchstgerichtlich aber



über Jahrzehnte anerkannt (*Schürnbrand*, NZG 2011, 1213, 1215 m.w.N.).

Bedeutung für Krypto-Unternehmen

Im Ergebnis überspannt die Behörde weder ihren Aufgabenbereich, noch lassen sich aus der strafrechtlichen Entscheidung des Kammergerichts Rückschlüsse für die künftige Aufsichtspraxis der BaFin herleiten. Man wird aber bis auf weiteres folgendes akzeptieren müssen: Wenn Bitcoin Finanzinstrumente sind, dann bedarf das Betreiben einer Handelsplattform für Bitcoin der Erlaubnis der BaFin. Zwar ist das Betreiben einer solchen Plattform ohne Erlaubnis nicht unbedingt eine Straftat, die BaFin kann das

Betreiben aber in Ausübung ihrer gewerbepolizeilichen Befugnisse untersagen. In diesem Bereich tätige Unternehmen tun also gut daran, nicht vorschnelle Schlüsse aus dem Urteil des Kammergerichts zu ziehen und die veröffentlichte Rechtsauffassung der BaFin weiter zu respektieren. Eine Untersagungsverfügung der BaFin ist nämlich völlig ausreichend, um das beste Geschäftsmodell zu beenden, solange keine gegenteiligen verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen existieren. Dass die Handelnden am Ende nicht auch noch strafrechtlich belangt werden, ist dann vielleicht nur noch ein schwacher Trost.

Ihre Ansprechpartner:

Dr. Thomas Koch

Partner
Rechtsanwalt / Solicitor (England and Wales)

Ottoplatz 1
50679 Köln

Telefon: +49 221 88835 503

Email: thomas.koch@AndersenTaxLegal.de

Klaus Schütte

Associate
Rechtsanwalt

Ottoplatz 1
50679 Köln

Telefon: +49 221 88835 519

Email: klaus.schuettte@AndersenTaxLegal.de

