

Stellungnahme

zum Referentenentwurf des Finanzmarktdigitalisierungsgesetz (FinmadigiG)

Lobbyregister-Nr. R001459

EU-Transparenzregister-Nr. 52646912360-95

Kontakt:

Dr. Christoph Kunze

Telefon: +49 30 2021-2325

E-Mail: c.kunze@bvr.de

Berlin, 13.11.2023

Federführer:

Bundesverband der Deutschen Volksbanken
und Raiffeisenbanken e. V.

Schellingstraße 4 | 10785 Berlin

Telefon: +49 30 2021-0

Telefax: +49 30 2021-1900

www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de

Vorbemerkungen:

Wir begrüßen die geplante frühzeitige Umsetzung der europäischen Rechtsakte des Digital Finance Package. Gleichwohl möchten wir deutlich machen, dass sich mit dem hiesigen Gesetzgebungsvorhaben insbesondere im Hinblick auf das parallellaufende Gesetzgebungsvorhaben für ein Gesetz zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (Zukunftsfinanzierungsgesetz – ZuFinG) dessen Inkrafttreten zum Jahresbeginn 2024 geplant ist, die Unübersichtlichkeit zur Regulierung digitaler Vermögenswerte zunehmend verstärkt. Exemplarisch hierfür steht etwa das Verhältnis der geplanten Regelungen von § 44 KMAG-E zu den neuen Bestimmungen des §§26, 46i KWG-E, die durch das ZuFinG eingefügt werden. Sofern das FinmadiG, wie vorgesehen, ebenfalls 2024 in Kraft tritt, werden die zitierten Vorschriften nur wenige Monate in der ursprünglichen Fassung bestehen bleiben, da sie inhaltlich hinsichtlich des Bezugspunktes durch das FinmadiG schon wieder geändert werden. Hier sollte ein Hinweis auf den ZuFinG-Kabinettsentwurf eingefügt werden. Im Übrigen sind wir aus grundsätzlichen gesetzessystematischen Gründen der Auffassung, dass dieser insolvenzrechtliche Tatbestand im Kontext der Insolvenzordnung (vgl. dort § 47) behandelt werden sollte. Derselbe Kritikpunkt gilt für den vorgeschlagenen § 44 KMAG-E.

Zudem steht zu befürchten, dass eine beträchtliche Regulierungskomplexität, insbesondere auch im Verhältnis der deutschen Gesetzeslage zum relevanten EU-Recht zu erheblichen Unsicherheiten auf Seiten der Rechtsanwender führt (dazu im Folgenden). Hierzu dürfte weiterhin die ebenfalls beachtliche Vielfalt an semantisch verwandten, aber inhaltlich scharf voneinander abzugrenzenden und getrennt geregelten normativen Termini beitragen: Kryptowerte, Kryptografische Instrumente, Kryptowertpapiere, Kryptoverwahrgeschäft, qualifiziertes Kryptoverwahrgeschäft.

I. Anmerkungen zu Art. 1: Kryptomärkteaufsichtsgesetz (KMAG)

Die Bündelung der aufsichtsrechtlichen Befugnisse in einem speziellen Gesetz halten wir für nachvollziehbar, da dies angelehnt ist an bislang bestehende Gesetze, wie das WpIG, das KWG und das ZAG als separate Gesetze für unterschiedliche Institutsformen. Im Sinne von aufsichtsrechtlicher Gleichbehandlung ist die Anlehnung oder die Übernahme aus den bestehenden Gesetzen wie dem WpHG, den WpIG, dem ZAG oder dem KWG sinnvoll. Gleichwohl sollte darauf geachtet werden, dass diese Übertragung nur so weit gehen sollte, wie es die Umsetzung der Verordnung (EU) 2023/1114 über Märkte für Kryptowerte (MiCAR) erfordert. Da Aktivitäten im Zusammenhang mit Kryptowerten häufig grenzüberschreitend erbracht werden, sollten hier nationale überschießende Regelungen vermieden werden, um Aufsichtsarbitrage in Europa zu verhindern. Aus gutem Grund ist die MiCAR als unmittelbar in den Mitgliedstaaten geltende Verordnung ausgestaltet worden.

Im Einzelnen:

§ 3 Abs. 1 KMAG-E:

Nach dieser Vorschrift ist die BaFin die zuständige Behörde im Sinne des Art. 93 MiCAR. Dies gilt unserer Einschätzung nicht ausschließlich für bedeutende CRR-Kreditinstitute, die der Aufsicht der EZB unterliegen.

§ 9 Abs. 1 KMAG-E:

Danach kann die Bundesanstalt die sofortige Einstellung des Geschäftsbetriebs und die unverzügliche Abwicklung der Geschäfte anordnen, wenn die Tatsachen die *Annahme*

unerlaubter Geschäfte rechtfertigen. In der Begründung wird auf gleichlautende Regelungen in § 37 Abs. 1 Satz 2-5 KWG bzw. § 7 Abs. 1 Satz 2-5 ZAG verwiesen. Diese beinhalten aber keine Befugnis zur Einstellungsanordnung, wenn lediglich die *Annahme* unerlaubter Geschäfte vorliegt. Vielmehr ist Voraussetzung für die Einstellung des Geschäftsbetriebs das tatsächliche Vorliegen eines Tatbestandes, etwa wenn Clearingdienstleistungen erbracht werden ohne die nach Artikel 14 der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 erforderliche Zulassung als zentrale Gegenpartei. Eine so einschneidende Maßnahme, wie die Einstellung des Geschäftsbetriebes darf nicht auf Annahmen beruhen. Dies ist zu rechtsunsicher. Vielmehr sollten die die Einstellung des Geschäftsbetriebs rechtfertigenden Tatsachen (etwa öffentliches Angebot vermögenswertreferenzierender Token ohne die nach der MiCAR erforderliche Zulassung) **tatsächlich** – und nicht lediglich annahmegemäß – **vorliegen**.

§ 12 Abs. 4 Nr. 3 KMAG-E:

Die Vorschrift sieht ein automatisches Erlöschen der Zulassung bei Anordnung der Durchführung des Rücktauschplans nach Art. 47 MiCAR vor. Art. 47 Abs. 5 MiCAR sieht vor, dass die EBA Leitlinien dazu herausgeben soll, welche Elemente die Umsetzung des Rücktausch Plans auslösen. Diese liegen bisher nicht - auch nicht im Entwurf - vor.

Gemäß Art. 47 Abs. 1 MiCAR sind nur gewichtige Gründe dazu geeignet, den Rücktauschplan auszulösen. Verständlich ist zwar, dass eine solche Maßnahme nach nationalem Recht aufsichtsrechtliche Maßnahmen nach sich ziehen soll. Gleichwohl halten wir das **automatische Erlöschen** der Zulassung für zu weitgehend und unverhältnismäßig, zumal auch die MiCAR in Art. 24 nur den Entzug der Zulassung durch die Aufsichtsbehörden vorsieht und kein automatisches Erlöschen.

§ 19 KMAG-E:

Es bedarf der Klarstellung wie diese Norm im Verhältnis zu entsprechenden Auskunfts- und Prüfungsrechten nach § 44 KWG bei KWG-Instituten steht. An anderen Stellen wurde die Geltung der Eingriffsbefugnisse für CRR-Kreditinstitute und ZAG-Institute explizit ausgeschlossen. Dies müsste hier auch vorgenommen werden, um den Regelungsvorrang von § 44 KWG klarzustellen.

§ 20 Abs. 6 KMAG-E

Die Norm lässt die Abs. 1-3 für bestimmte regulierte Finanzinstitute nicht gelten. Diese Ausnahme gilt aber nicht für Abs. 4, wonach diese Institute quartalsweise ihre Finanzinformationen an die Bundesbank übersenden müssen. Da diese Institute ohnehin die Aufsichtsbehörden regelmäßig über ihre finanzielle Situation informieren müssen, sollte kein zusätzliches Meldewesen für Kryptowerte für diese Institute etabliert werden.

§ 23 Abs. 1 KMAG-E:

Dieser bezieht Emittenten von vermögenswertreferenzierten und E-Geld-Token ein, wobei die Rechtsgrundlage in Art. 111 Abs. 4 und 5 MiCAR nur auf Kryptowerte-Dienstleister abstellt. Es ist kein Grund für diese erweiterte Anwendung ersichtlich.

§§ 36, 37, 38 sowie § 42 KMAG-E:

Entsprechende Verpflichtungen finden sich für CRR-Kreditinstitute bereits im KWG (§§26, 28, und 46 KWG) und sind daher nicht auf CRR-Kreditinstitute anzuwenden. Daher bedarf es hier diesbezüglich einer Klarstellung.

§ 44 KMAG-E:

Wir begrüßen grundsätzlich die geplante Einführung des § 44 KMAG-E, die eine Aussonderung von Kryptowerten auf Grundlage des Trennungsgebots gemäß Art. 75 Absatz 7 MiCAR im Rahmen der Kryptoverwahrung vorsieht. Mit dieser Regelung wird ein erhöhtes Maß an Rechtsklarheit insbesondere im Hinblick auf die vollstreckungs- und insolvenzrechtlichen Befugnisse eines Gläubigers geschaffen und nunmehr das Anwendungsverhältnis zur MiCAR klargestellt. Wie wir zuletzt in unserer Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (Zukunftsfinanzierungsgesetz – ZuFinG) vom 20.09.2023 zur inhaltsgleichen Regelung des dortigen § 46i KWG-E ausgeführt haben, besteht nach unserer Ansicht jedoch weiterhin ein dringender Handlungsbedarf, perspektivisch gesetzliche Rahmenbedingungen für die zivilrechtliche Behandlung von Kryptowerten einzuführen. Daher sehen wir die dauerhafte Verankerung von § 44 KMAG-E, die wie § 46i KWG-E eine rein zivilrechtliche Rechtsfolge beabsichtigt, in einem aufsichtsrechtlichen Regelwerk langfristig ebenso wenig als ideale Lösung an.

§ 49 KMAG-E:

In den Übergangsvorschriften ist vorgesehen, dass bisher nach nationalem Recht erteilte Lizenzen auch nach Inkrafttreten der MiCAR zunächst weiter Bestand haben sollen. Es wäre wünschenswert klarzustellen, dass dies für alle Kryptowerte-Dienstleistungen im Sinne der MiCAR gilt und nicht nur für die Kryptoverwahrerlaubnis nach KWG.

Übergangsfrist:

Es sollte auf jeden Fall darauf hingewirkt werden, dass alle Mitgliedstaaten eine einheitliche Übergangsfrist wählen, damit in den Mitgliedstaaten nach vollständigem Inkrafttreten der MiCAR zum 30.12.2024 keine unterschiedlichen Aufsichtsregime gelten. Die Aufsicht sollte zudem eine konkrete Fristvorgabe für die Bearbeitung neuer (vereinfachter) Zulassungsanträge erhalten (die sich nicht an den in der MiCAR vorgesehenen Fristen für das vollständige Verfahren orientiert) oder der automatische Erlöschenstatbestand gestrichen werden. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund der momentan nahezu 24 Monate andauernden nationalen Erlaubnisverfahren aus Gründen der Rechtssicherheit geboten. Andernfalls besteht für bereits zugelassene Kryptoverwahrer das Risiko Geschäft einstellen zu müssen oder sich strafbar zu machen, obwohl sie keinen Einfluss auf die Bearbeitungsdauer der Zulassungsverfahren hat. Ein Antrag für das vereinfachte Verfahren ist aber nur sinnvoll, wenn die BaFin die Anträge zügig bearbeitet und die Unternehmen ihre MiCAR-Zulassungen möglichst zum Geltungsbeginn der MiCAR erhalten.

II. Anmerkungen zu Art. 3: Kreditwesengesetz (KWG)

Das Bestreben, eine möglichst lückenlose Erfassung der Kryptowerte in die Aufsichtsvorschriften zu übernehmen ist verständlich. Allerdings stellt sich die Frage, welcher Anwendungsbereich für nationale Regelungen verbleibt, da auch die Definition der Kryptowerte in der MiCAR sehr umfassend ist. Zutreffenderweise soll nach der Begründung auch Berücksichtigung finden, dass sich der Anwendungsbereich der MiCAR und der Finanzinstrumente nach MiFID II wegen Art. 2 Absatz 4 a) MiCAR wechselseitig ausschließen. Nach der Gesetzesbegründung sollen ausdrücklich nationale Regelungen im KWG nur noch für solche Sachverhalte gelten, die nicht von der MiCAR erfasst sein werden.

1. Definition des kryptografischen Instruments

Vor diesem Hintergrund erscheint uns die neue Definition des „kryptografischen Instruments“ zu weitgehend bzw. zu unscharf. Grundsätzlich könnte in Frage gestellt werden, ob das in der Gesetzesbegründung Argument für die Schaffung einer neuen Definition seine Berechtigung hat (S. 123):

„Dies führt zu einem Restanwendungsbereich der bisherigen nationalen Regulierung von Kryptowerten in Hinblick auf solche kryptografischen Instrumente, die keine Kryptowerte im Anwendungsbereich der Verordnung (EU) 2023/1114 sind, aber bisher unter die KWG-Kryptowerte-Definition gefallen sind.“

Mit der MiCAR gibt es mittlerweile eine europäische Regulierung für Kryptowerte. Insofern stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit einer überschießenden nationalen Regelung.

a) Erfassung von NFT

Insbesondere in Abgrenzung zur MiCAR stellt sich die Frage, inwieweit sogenannte NFTs (non fungible token) von der Definition erfasst sein sollte. Die MiCAR gilt gemäß Art. 2(3) nicht für Kryptowerte, die einmalig und nicht mit anderen Kryptowerten fungibel sind. Aus den Erwägungsgrund 10 ergibt sich:

„Einmalige und nicht fungible Kryptowerte können zwar auf Marktplätzen gehandelt und spekulativ angesammelt werden, sie sind jedoch nicht ohne Weiteres austauschbar, und der relative Wert eines solchen Kryptowerts im Verhältnis zu einem anderen kann nicht durch den Vergleich mit einem bestehenden Markt oder einem gleichwertigen Vermögenswert bestimmt werden, da jeder dieser Kryptowerte einmalig ist. Solche Merkmale begrenzen das Maß, in dem diese Kryptowerte eine finanzielle Verwendung aufweisen können, und verringern so die Risiken für die Inhaber und das Finanzsystem, was ihren Ausschluss aus dem Anwendungsbereich dieser Verordnung rechtfertigt.“

Dieser Ansatz ist zu begrüßen und zugleich richtig, denn bereits heute werden Güter wie Kunst oder Wein gehandelt, ohne diesen Handel der aufsichtsrechtlichen Regulierung zu unterstellen. Die „Tokenisierung“ als solche rechtfertigt nicht ohne Weiteres die Erfassung durch das Kapitalmarktrecht.

b) Wertpapiere sui generis

Nach der Gesetzesbegründung zu Nr. 2 a, Doppelbuchstabe aa des FinmadiG zum KWG (S. 187) sollen von dem Begriff des kryptografischen Instruments insbesondere die Kryptowerte umfasst sein, die bisher nach der aufsichtsrechtlichen Einstufung als sogenannte Wertpapiere sui generis bezeichnet wurden, also Finanzinstrumente, die inhaltlich wertpapierähnliche Rechte verkörpern, aber wegen mangelnder Verkörperung bzw. mangelnder Eintragung im Wertpapierregister nicht depotfähig sind. Es wäre aus unserer Sicht sinnvoll, wenn die genauen Fallkategorien die Definition des kryptografischen Instruments nachschärfen.

c) Ausländische Wertpapiere

Die Definition des kryptografischen Instruments ist insbesondere für den Tatbestand der qualifizierten Kryptoverwahrung relevant. Das kryptografische Instrument sollte ein Auffangtatbestand sein. Entsprechend ist nicht nachvollziehbar, warum von der Definition des kryptografischen Instruments lediglich die Kryptowertpapiere i. S. d. eWpG und die Kryptofondsanteile i. S. d. § 1 Satz 2 der KryptoFAV ausnimmt. Vielmehr sollten alle dem DepotG unterfallenden Wertpapiere von der Definition des kryptografischen Instruments ausgenommen werden (siehe dazu im Einzelnen weiter unten).

2. Definition des Kryptowerts in § 1 (11) Satz 4 und 5 KWG

Nicht nachvollziehbar ist, warum es überhaupt eine negative Kryptowerte-Definition („Nicht-Kryptowerte im Sinne dieses Gesetzes sind...“) gibt, die auf Art. 4(3)(d) MiCAR abstellt und Utility Token aus der KWG-Definition ausnimmt. Dies führt dazu, dass die Anwendungsbereiche von KWG und MiCAR in Bezug auf die Definition des Kryptowerts nicht vollständig übereinstimmen. Kryptowerte und damit auch Utility Token sollten unseres Erachtens abschließend durch die MiCAR geregelt werden und diesbezüglich keine nationalen Besonderheiten (hier: Erfordernis einer Erlaubnis für das Kryptoverwahrgeschäft) gelten. Die MiCAR bezieht Utility Token eindeutig in ihren Regelungsbereich ein (vgl. Erwägungsgrund 18 MiCAR).

Zudem erscheint der Rückgriff auf Art. 4(3) MiCAR dogmatisch nicht korrekt: dieser Artikel besagt, dass keine MiCAR-Anforderungen an die Emission von Utility Token gestellt werden (*"no requirements of MiCAR should apply to offers to the public of utility tokens"*). Daraus folgt z.B., dass kein White Paper erforderlich wäre. Art. 4(3) MiCAR regelt aber nicht den Ausschluss von Utility Token von der Definition des Kryptowertes. Der Verweis in Satz 5 passt für den vermuteten intendierten Zweck also nicht. Aus diesen Gründen sollte Satz 5 gestrichen werden.

3. Kryptowerte sind keine Rechnungseinheiten

In Satz 6 Nummer 1b werden die Kryptowerte zu den bisher schon dort aufgeführten Rechnungseinheiten alternativ in Beziehung gesetzt. Das wird im Erläuterungsteil des Referentenentwurfs als ein Zusatz an Rechtssicherheit begründet. Es erscheint aber zweifelhaft, ob dieses Ziel hierdurch erfüllt wird. Vielmehr sollte im Erläuterungsteil eindeutig formuliert werden, dass Kryptowerte keine Rechnungseinheiten sind. Bitcoin beispielsweise sind gemäß MiCAR Kryptowerte im Sinne der MiCAR (Kategorie 3 „Other Crypto Assets“). Diese begriffliche Trennung macht insbesondere vor dem Hintergrund Sinn, dass die „Rechnungseinheiten“ weiterhin keinen feststehenden und erst recht nicht gesetzlich definierten Begriff darstellen.

Im Zuge der notwendigen Überarbeitung ihrer Merkblätter (insbesondere zum Kryptoverwahrgeschäft) sollte die BaFin der MiCAR-Auffassung folgen, Bitcoin eindeutig als Kryptowert einordnen und nicht gleichzeitig auch als Rechnungseinheit.

4. Qualifiziertes Kryptoverwahrgeschäft (§ 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 6 KWG-E) im Hinblick auf die Erfassung ausländischer Wertpapiere

Die Gesetzesbegründung (S. 124) gibt Aufschluss über die Motive, die den Gesetzgeber bei der Einführung des qualifizierten Kryptoverwahrgeschäfts geleitet haben:

„Insoweit besteht insbesondere ein Bedürfnis die Kryptoverwahrung als Finanzdienstleistung fortzuführen, denn nicht jede Verwahrung (kryptographischer) Finanzinstrumente bedarf zugleich einer Erlaubnis zum Betrieb des Depotgeschäfts.“

Der Tatbestand des qualifizierten Kryptoverwahrgeschäfts umfasst u.a. die Verwahrung, Verwaltung und Sicherung kryptografischer Instrumente. Dabei scheint die im Referentenentwurf vorgesehene Definition des kryptografischen Instruments Wertpapiere im Sinn des Depotgesetzes nach dem geplanten § 1 Abs. 1 Satz 3 DepotG-E in Artikel 15 Nr. 1 des ZuFinG grundsätzlich einzubeziehen, insofern es sich nicht um Kryptowertpapiere iSd § 4 Abs. 3 eWpG oder Kryptofondsanteile iSd § 1 S. 2 KryptoFAV handelt.

Allerdings sollte die Anwendbarkeit der qualifizierten Kryptoverwahrung auf die Verwahrung solcher Instrumente beschränkt werden, die keine Wertpapiere i. S. d. Depotgesetzes sind. Durch das Zukunftsfinanzierungsgesetz wird § 1 (1) Satz 3 DepotG wie folgt gefasst:

„Wertpapiere im Sinne dieses Gesetzes sind auch elektronisch begebene, vertretbare Wertpapiere.“

Konsequenterweise sollten Wertpapiere i. S. d. Depotgesetzes keine kryptografischen Instrumente sein. Dies ließe sich in der Begriffsdefinition wie folgt umsetzen:

„[...]“

~~4. Kryptowertpapiere im Sinne des § 4 Absatz 3 des Gesetzes über elektronische Wertpapiere und~~

~~5. Kryptofondsanteile im Sinne des § 1 Satz 2 der Verordnung über Kryptofonds~~

4. Wertpapiere im Sinne des § 1 Absatz 1 Satz 3 DepotG.

5. Abgrenzung zum Depotgeschäft

Das Konkurrenzverhältnis zum Depotgesetz ist klärungsbedürftig. Der neue Tatbestand des qualifizierten Kryptoverwahrungsgeschäfts erfasst auch die Sicherung der privaten kryptografischen Schlüssel von elektronischen Wertpapieren i.S.d. § 4 Abs. 3 eWpG oder der Kryptofondsanteile nach § 1 S. 2 KryptoFAV. Kryptowertpapiere und Kryptofondsanteile sind Finanzinstrumente. Für die Verwahrung dieser beiden Arten von Finanzinstrumenten ist nur eine Erlaubnis für das Depotgeschäft erforderlich, da diese nach § 9b DepotG im Depot verwahrfähig sind. Das Depotgeschäft erstreckt sich auch auf die Sicherung der Schlüssel und es besteht gerade nicht „das Bedürfnis, die Verwahrung privater kryptographischer Schlüssel von kryptographischen Instrumenten aufsichtlich zu erfassen.“ (vgl. S. 124 der Gesetzesbegründung). Somit blieben nur die Wertpapiere umfasst, die zwar Wertpapiere im Sinne von § 1 DepotG sind, nicht jedoch nach § 9b DepotG verwahrfähig sind.

Wir verstehen die Regelung so, dass ordnungsgemäß regulierten – inländischen wie mitgliedstaatlichen – Instituten die Möglichkeit gegeben ist, die Verwahrung aller Security Token, wozu denknotwendig auch die Sicherung der privaten kryptografischen Schlüssel gehört – ohne zusätzliche (qualifizierte) Kryptoverwahrerlaubnis erbringen zu können, soweit diese als Finanzinstrumente im Sinne des Depotgesetzes einzustufen sind. Davon unberührt bleibt das aus § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 6 KWG(-E) resultierende Erlaubniserfordernis für Dienstleister, welche im Auftrag eines verwahrenden Instituts private kryptographische Schlüssel sichern.

Eine bloße Wiederholung der Aussage in der Begründung des Gesetzes zur Einführung von elektronischen Wertpapieren welche besagt, dass sofern im Rahmen des Depotgeschäfts mit Kryptowertpapieren auch dazugehörige kryptographische Schlüssel gesichert werden, neben der Erlaubnis für das Depotgeschäft keine Erlaubnis für die gesonderte Sicherung dieser kryptographischen Schlüssel erforderlich ist, genügt aufgrund der potentiellen Reichweite des qualifizierten Kryptoverwahrungsgeschäfts nicht.

Vor diesem Hintergrund sowie aus Gründen der Rechtsklarheit sollte der Tatbestand des qualifizierten Kryptoverwahrgeschäfts – unter Berücksichtigung des o.g. Vorschlags für die Ausgestaltung der Definition des kryptografischen Instrumentes - etwa wie folgt modifiziert werden:

„[...] die Verwahrung, Verwaltung und Sicherung ~~kryptografischer Instrumente oder die Sicherung privater kryptografischer Schlüssel für andere, die dazu dienen, kryptografische Instrumente, Kryptowertpapiere im Sinne des § 4 Absatz 3 des Gesetzes über elektronische Wertpapiere oder Kryptofondsanteile im Sinne des § 1 Satz 2 der Verordnung über Kryptofondsanteile, oder Wertpapiere im Sinne des § 1 Absatz 1 DepotG zu speichern oder darüber zu verfügen. Dies gilt nicht, soweit die Sicherung der privaten kryptografischen Schlüssel unmittelbar durch den qualifizierten Kryptoverwahrer des kryptografischen Instruments bzw. durch das inländische Kreditinstitut mit der Erlaubnis zum Betreiben des Depotgeschäfts gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 KWG oder durch die Zweigniederlassung eines CRR-Kreditinstitutes gemäß § 53b Absatz 1 Satz 1 KWG, dessen herkunftsstaatliche Erlaubnis die Verwahrung und Verwaltung von Finanzinstrumenten im Sinne der Richtlinie 2014/65/ EU umfasst, erfolgt, das die Wertpapiere nach § 1 Abs. 1 DepotG verwahrt oder die privaten kryptografischen Schlüssel für Wertpapiere in Einzeleintragung wie in § 8 Abs. 1 Nr. 2 eWpG oder einer vergleichbaren ausländischen Regelung sichert durch den Verwahrer des Finanzinstruments im Sinne des Artikels 4 Absatz 1 Nummer 15 der Richtlinie 2014/65/EU erfolgt (qualifiziertes Kryptoverwahrgeschäft).~~“

III. Aufnahme eines neuen Absatzes 6 in § 25 b KWG zur Abgrenzung zu DORA:

„Die Absätze (1) – (4a) gelten nicht für die Nutzung von IKT-Dienstleistungen von IKT-Drittdienstleistern gemäß Artikel 28 – 30 der Verordnung (EU) 2022/2554.“

Begründung: Die Nutzung von IKT-Dienstleistungen ist definitionsgemäß in vielen Fällen gleichzeitig eine Auslagerung nach KWG. Dies führt dazu, dass zunächst sowohl die Regeln des KWG und der DORA-Verordnung gelten. Daraus resultieren doppelte und in Teilen widersprüchliche Anforderungen. Beispielsweise sehen sowohl KWG als auch die DORA-Verordnung Meldeverpflichtungen (Auslagerungsregister bzw. Informationsregister), Auskunfts- und Prüfungsrechte sowie vertragliche Mindestvereinbarungen vor.

IV. Anmerkungen zu Art. 8: Geldwäschegesetz (GwG)

Die Neufassung der Definition Übertragung von Kryptowerten verweist künftig auf die Definition des Kryptowertetransfers nach Artikel 3 Absatz 1 Nummer 10 der MiCAR. Ziel ist es, ein Auseinanderfallen der Begriffe zu vermeiden (s. Gesetzesbegründung).

Dieser Ansatz ist zu begrüßen. Wir schlagen vor, auch den Begriff Übertragung von Kryptowerten in Kryptowertetransfer anzupassen, um dieses Ziel des Gleichlaufs auch direkt im Wortlaut der Definition deutlich zu machen.

Die vorgeschlagene künftige Definition des Begriffs Anbieter von Kryptowerte-Dienstleistungen in § 1 Abs. 30 GwG will das Angebot der Beratung zu Kryptowerten nach Artikel 3 Absatz 1 Nummer 16 Buchstabe h der MiCAR ausnehmen. Das hätte zu Folge, dass Anbieter, deren Dienstleistung sich auf die Beratungstätigkeit beschränkt, aus den

geldwäscherechtlichen Regelungen für Anbieter von Kryptowerte-Dienstleistungen ausgenommen werden. Ein Grund für diese Privilegierung ist nicht ersichtlich. Zudem dürfte es auch schwer sein, rechtssicher feststellen, ob ein Anbieter von Kryptowerte-Dienstleistungen ausschließlich Beratungstätigkeiten erbringt und somit nicht als Verpflichteter nach § 2 Abs. 1 Nr. 6 GwG anzusehen ist. Dasselbe gilt für Verpflichtete, die eine Geschäftsbeziehung zu einem Kryptowerte-Dienstleister begründen und entscheiden müssen, ob z. B. die verstärkten Sorgfaltspflichten anzuwenden sind. Zudem führt diese Ausnahme zu unterschiedlichen Begriffsdefinitionen in der GTVO 2.0 und dem GwG.

Das erscheint nicht zielführend. Wir schlagen daher vor, den entsprechenden Halbsatz zu streichen.

Ferner regen wir eine Klarstellung bezüglich der vorgeschlagenen Erweiterung der Aufbewahrungs- und Archivierungspflicht des § 8 Abs. 1 GwG um eine Nr. 6 GwG an, da diese andernfalls unstimmtig ist:

§ 8 Absatz 1 Satz 1 Nummer 6 GwG setzt die Dokumentationspflicht des Artikels 38 Nummer 4 Unterabsatz 2 der Verordnung (EU) 2023/1113 um. Diese Vorgabe lautet gem. der deutschen Übersetzung:

*„Wenn Anbieter von Krypto-Dienstleistungen beschließen, **Korrespondenzbankbeziehungen** mit Rücksicht auf ihre Strategien für die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zu beenden, dokumentieren und protokollieren sie diese Entscheidung.“*

Unseres Erachtens liegt hier ein Übersetzungsfehler vor: Richtig hätte es heißen müssen **„Korrespondenzbeziehung“** anstelle von Korrespondenzbankbeziehung. Die Korrespondenzbankbeziehung besteht zwischen CRR-Kreditinstituten und ist in § 1 Abs. 21 Nr. 1 GwG geregelt. Allerdings kann die Geschäftsbeziehung zwischen Anbietern von Krypto-Dienstleistungen bzw. zu einem Anbieter von Krypto-Dienstleistungen keine Korrespondenzbankbeziehung nach § 1 Abs. 21 Nr. 1 GwG darstellen, sondern ist vielmehr eine Korrespondenzbeziehung nach § 1 Abs. 21 Nr. 2 GwG. Der Anbieter von Krypto-Dienstleistungen kann ein CRR-Kreditinstitut sein, muss es aber nicht zwingend.

Daher ist die deutsche Übersetzung des Art. 38 Nr. 4 Unterabsatz 2 der GTVO nicht richtig, soweit von Korrespondenzbankbeziehung gesprochen wird und damit auch nicht die vorgeschlagene neue Nr. 6 für § 8 Abs. 1 GwG, die den Wortlaut der deutschen Übersetzung aufgreift. Es müsste auf die Korrespondenzbeziehung abgestellt werden. Die englische Fassung des Art. 38 Nr. 4 Unterabsatz 2 der GTVO bestätigt dies. Hier wird richtig auf „correspondent relationship“ anstelle auf „correspondent banking relationship“ abgestellt. Die englische Formulierung lautet:

“Where crypto-asset service providers decide to terminate correspondent relationships for reasons relating to anti money laundering and counter-terrorist financing policy, they shall document and record their decision.”

Die vorgeschlagene Nr. 6 stellt also nicht nur eine zweckwidrige Erweiterung der Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht auf sämtliche Korrespondenzbankbeziehungen,

also gold plating, dar. Sie regelt mit der reinen Fokussierung auf Korrespondenzbankbeziehungen im Grunde die falsche „Gruppe“ an Korrespondenzbeziehungen und setzt damit die Vorgabe des Art. 38 Nr. 4 Unterabsatz der GTVO gar nicht um. In der Praxis wären die Beziehungen zwischen Anbietern von Krypto-Asset Services oder zu einem solchen immer als Korrespondenzbeziehung zu deklarieren und somit nicht unter die Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht fallen.

Wir schlagen daher die Klarstellung der nachfolgenden Punkte durch den Gesetzgeber vor:

- Verwendung des richtigen Begriffs, nämlich Korrespondenzbeziehung (anstatt Korrespondenzbankbeziehung) und
- Beschränkung der Dokumentationspflicht auf Korrespondenzbeziehungen zwischen / zu Anbietern von Krypto-Assets-Services durch eine entsprechende Formulierung.

Die vorgeschlagene Erweiterung des § 15 Abs. 7 GwG soll den über Art. 38 Abs. 4 GTVO 2.0 neu in die 4. AMLD eingefügten Art. 19b umsetzen. Allerdings wird lediglich durch die Aufnahme einer Prüfpflicht in Bezug auf die Lizenzierung oder Registrierung des Kryptowerte-Dienstleisters als weitere verstärkte Sorgfaltspflicht für eine grenzüberschreitende Korrespondenzbeziehung mit einem Kryptowerte-Dienstleister die besondere Sorgfaltspflicht des Art. 19b f) 4. AMLD nicht abgebildet / umgesetzt. Dieser erlaubt es dem Verpflichteten in der Rolle des Korrespondenten, Durchlaufkonten für Kryptowerte („payable-through crypto-asset accounts“) des Respondenten zu akzeptieren, sofern er sich vergewissert, dass der Respondent die Identität der Kunden, die direkten Zugang zu Konten der Korrespondenzeinrichtung haben, überprüft und seine Sorgfaltspflichten gegenüber diesen Kunden kontinuierlich erfüllt hat. Ohne eine Umsetzung des Art. 19b f) 4. AMLD in § 15 Abs. 7 GwG bliebe es auch für Kryptowerte-Transaktionen bei der generellen Verpflichtung, sicherzustellen, dass Respondenten keine Transaktionen über Durchlaufkonten zulassen (s. § 15 Abs. 7 Nr. 5 GwG). Der deutsche Gesetzgeber würde insoweit gold plating betreiben, wofür es auch aus der Risikoperspektive kein überzeugendes Argument gibt. Hinzu kommt, dass die künftige EU-AML-Verordnung sehr wahrscheinlich eine entsprechende Erlaubnisklausel für alle Durchlaufkonten vorsehen wird, über die also FIAT-Geld-Transaktionen abgewickelt werden.

Wir bitten daher darum, auch die Regelung des Art. 19b f der 4. AMLD in § 15 Abs. 7 GwG abzubilden.
