

Stellungnahme

Ergänzende Stellungnahme zum Finanzmarktdigitalisierungsgesetz (FinmadiG-RegE)

Lobbyregister-Nr. R001459

EU-Transparenzregister-Nr. 52646912360-95

Kontakt:

Karen Halfbrodt

Telefon: +49 30 20225-5376

Telefax: +49 30 20225-5255

E-Mail: karen.halfbrodt@dsgv.de

Berlin, 31. Januar 2024

Federführer:

Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V.

Charlottenstraße 47 | 10117 Berlin

Telefon: +49 30 20225-0

Telefax: +49 30 20225-250

www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de

Ergänzende Stellungnahme zum Finanzmarktdigitalisierungsgesetz (FinmadiG-RegE)
Berlin, 31. Januar 2024

Einleitung

In Ergänzung und zur Präzisierung unserer Stellungnahme vom 13.11.2023 möchten wir insbesondere noch auf die geplanten Änderungen zum Kreditwesengesetz (KWG) betreffend der qualifizierten Kryptoverwahrung eingehen (s. Art. 3 FinmadiG-RegE).

A. Neuer zu weit gefasster Begriff von kryptografischen Instrumenten führt zu zusätzlichen Abgrenzungsschwierigkeiten; konkrete Abgrenzung der hiervon erfassten Instrumente sowie Umbenennung des Tatbestandes können mehr Klarheit schaffen

Aufgrund der Vereinheitlichung des Kryptowerte-Begriffs durch die MiCAR (VO 2023/1114/EU) und des damit einhergehenden bzw. hierzu notwendigen Wegfalls der Kryptowerte aus dem Finanzinstrumenten-Katalog des KWG sieht sich der nationale Gesetzgeber veranlasst, eine neue eigenständige Kategorie von kryptografischen Instrumenten einzuführen. Zur Definition dessen wird die bisherige KWG-Definition für Kryptowerte herangezogen, die anschließend durch eine Ausnahmenliste eingegrenzt wird. Zu den Ausnahmen zählen Kryptowerte nach der MiCAR sowie elektronische Wertpapiere nach dem eWpG, nicht jedoch im Ausland begebene elektronische Wertpapiere nach dem DepotG oder sonstige Finanzinstrumente i.S.d. MiFID II (RL 2014/65/EU). Gerade in der Verwahrung solcher mittels DLT begebener und verwalteter Instrumente (vgl. Art. 4 Abs. 1 Nr. 15 MiFID II) sieht der nationale Gesetzgeber eine Lücke, die es zu schließen gilt. Die Intention der Bundesregierung sowie der Umfang des vorgesehenen Tatbestands ergeben sich auch aus der Begründung des Regierungsentwurfes (S. 195):

Dies umfasst zum einen die Verwahrung von Kryptowerten, bei denen es sich um **Finanzinstrumente im Sinne der Richtlinie 2014/65/EU** handelt (siehe Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung (EU) 2023/1114), soweit es sich nicht um Kryptowertpapiere im Sinne des § 4 Absatz 3 des Gesetzes über elektronische Wertpapiere (eWpG) handelt. Letztere werden im Rahmen des Depotgeschäftes verwahrt. Zum anderen umfasst dies die Verwahrung von kryptografischen Schlüsseln zu kryptografischen Wertpapieren und Kryptowertpapieren.

Dieser weit gefasste Begriff könnte jedoch in der Praxis zu Abgrenzungsschwierigkeiten mit dem ebenfalls weit definierten Kryptowert-Begriff der MiCAR führen.

Unserer Ansicht nach bedürfen Werte, die weder von der MiCAR noch der MiFID II umfasst sind, keiner Regelung im nationalen Recht. Dies würde eine Überregulierung und damit ein Wettbewerbsnachteil für den deutschen Finanzplatz darstellen. So dürften auch sog. NFTs der weiten Definition des kryptografischen Instruments unterfallen, obwohl diese gem. Art. 2 Abs. 3 MiCAR ausdrücklich von der Kryptowerteregulierung ausgenommen werden. Es besteht keine Notwendigkeit, alle erdenklichen Token finanzmarktrechtlich zu regulieren. Um eine Regulierung im KWG zu rechtfertigen, muss eine Vergleichbarkeit mit den sonstigen Regelungsinhalten und ein finanzwirtschaftlicher Bezug vorliegen. Dies wäre zum Beispiel bei vielen NFTs, die als Avatare bei Computerspielen oder ähnlichem eingesetzt werden, nicht der Fall. Ebenso besteht im analogen Leben keine finanzwirtschaftliche Erlaubnispflicht für das Verwahren von Vermögensgegenständen wie Kunst, Oldtimer oder Wein.

Zwar begrenzt die Definition den Anwendungsbereich auf die Werte, die zu Anlagezwecken erworben werden; dies ist aber auch bei NFTs nicht auszuschließen. Die bisherige Aufsichtspraxis der Finanzaufsicht ist eine Einzelfallprüfung.¹ Einzelfallprüfungen führen jedoch immer zu Rechtsunsicherheiten. Das FinmadiG sollte daher

¹ BaFin: Non-Fungible-Token: Auf den Inhalt kommt es an (08.03.2023)

Ergänzende Stellungnahme zum Finanzmarktdigitalisierungsgesetz (FinmadiG-RegE)
Berlin, 31. Januar 2024

die Gelegenheit nutzen, hier mehr gesetzgeberische Klarheit und Sicherheit für die Marktteilnehmer zu schaffen.

Um diese Abgrenzungsschwierigkeiten gerade im Hinblick auf die ebenfalls weit formulierte Definition der MiCAR-Kryptowerte zu vermeiden, sollte die Definition von kryptografischen Instrumenten eine klare Abgrenzung zwischen MiCAR und MiFID II Vermögenswerten ermöglichen. Da die Finanzinstrumente der MiFID II erfasst werden sollen (mit Ausnahme der Wertpapiere nach DepotG) und diese den Anwendungsbereich auch durch Aufzählung der Finanzinstrumente klar definiert, sollte diese Systematik auch für das kryptografische Instrument grundsätzlich im KWG-E und im WpIG-E übernommen werden.

Daher bietet sich dann auch die Umbenennung des kryptografischen Instruments in das kryptografische Finanzinstrument an. Die MiFID II wird bezüglich der Finanzinstrumente durch das WpHG und dem WpIG in nationales Recht umgesetzt. Das WpHG und das WpIG definieren die Finanzinstrumente in § 2 Abs. 4 WpHG und § 2 Abs. 5 WpIG aber über die Finanzinstrumente der MiFID II hinaus und schließen insbesondere die Vermögensanlagen im Sinne des Vermögensanlagegesetz (VermAnlG) mit ein. Da tokenisierte Wertpapiere sui generis bisher häufig auf Grundlage des VermAnlG emittiert wurden, ist damit der gesetzgeberischen Intention Genüge getan und verhindert eine wettbewerbsverhindernde Überregulierung.

Da die in § 1 Abs. 2 VermAnlG aufgezählten Vermögensanlagen teilweise unter den Finanzinstrumentebegriff der MiFID II oder aber den Kryptowerte-Begriff der MiCAR (wie z.B. Nachrangdarlehen) fallen können, bedarf es insoweit aber einer negativen Abgrenzung. Da die MiCAR bereits einen Verwahrtatbestand beinhaltet und als europäische Verordnung direkt anwendbar ist, sind Vermögenswerte, die vom Anwendungsbereich der MiCAR umfasst sind, auszunehmen.

Für die Verwahrung der Wertpapiere, die der MiFID II unterfallen, gilt nach deutschem Wertpapierzivilrecht das DepotG, das nach § 1 Abs. 1 S. 3 DepotG auch elektronisch begebene Wertpapiere umfasst. Daher ist die qualifizierte Kryptoverwahrung nur dann erforderlich, wenn es sich um ein tokenisiertes Wertpapier handelt, das vom DepotG nicht umfasst ist.

Wir schlagen daher vor, das kryptografische Finanzinstrument wie folgt zu definieren:

Kryptografische Finanzinstrumente sind digitale Darstellungen von Finanzinstrumenten im Sinne des § 2 Abs. 4 Nr. 7 des Wertpapierhandelsgesetzes, die über ein dezentrales

Aufzeichnungssystem übertragen, gespeichert und gehandelt werden, soweit diese

- a) nicht vom Anwendungsbereich der Verordnung (EU) 2023/1114 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. Mai 2023 über Märkte für Kryptowerte und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 1095/2010 sowie der Richtlinien 2013/36/EU und (EU) 2019/1937 (ABl. L 150 vom 9.6.2023, S. 40) in der jeweils geltenden Fassung erfasst sind oder**
- b) nicht Wertpapiere im Sinne von § 1 Abs. 1 S. 3 DepotG sind.**

Da der Begriff des kryptografischen Finanzinstruments nur subsidiär zur MiCAR und auch für bereits vom Depotgeschäft erfasste MiFID-Instrumente anwendbar ist, wäre eine entsprechende Ergänzung in der Beschlussempfehlung des Finanzausschusses für zukünftige Auslegungsfragen sehr hilfreich. Mit der Begriffsdefinition ist auch die aufsichtsrechtliche Einordnung als finanzmarktrelevante Dienstleistung verbunden, die möglichst klar zu definieren und abzugrenzen ist.

Ergänzende Stellungnahme zum Finanzmarktdigitalisierungsgesetz (FinmadiG-RegE)
Berlin, 31. Januar 2024

B. Abgrenzung der Erlaubnistatbestände; Keine Erlaubniserfordernis für die Erbringung des qualifizierten Kryptoverwahrgeschäfts durch CRR-Kreditinstitute

Die Verwahrung von elektronischen Wertpapieren nach dem eWpG unterfällt gem. § 1 Abs. 1 S. 3 dem DepotG, wodurch eine Erlaubnis für das Depotgeschäft benötigt wird, bzw. im Falle von Zweigniederlassungen nach § 53b Abs. 1 KWG – unter Beachtung des unionalen Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung – eine herkunftsstaatliche Erlaubnis, welche die Tätigkeiten nach Anhang I, Nr. 12 der Richtlinie 2013/36/EU (CRD IV) oder Anhang I, Abschnitt B, Nr. 1 der MiFID II umfasst. Von dieser Erlaubnis ist die Sicherung der privaten kryptografischen Schlüssel umfasst, sofern auch die den Schlüsseln entsprechenden Kryptowertpapiere verwahrt werden („das Kryptoverwahrgeschäft tritt hinter dem Depotgeschäft zurück“; vgl. Begründung zum eWpG, BT-Drs. 19/26925, S. 74). In diesem Zusammenhang möchten wir ausdrücklich die Ausschussempfehlungen für den Bundesrat vom 22. Januar 2024 (BR-Drs. 670/1/23) hervorheben, die wir mit Blick auf den Tatbestand des „kryptografischen Instruments“ grundsätzlich begrüßen. Dort wird ebenfalls die Notwendigkeit gesehen, dass sämtliche Wertpapiere i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 3 DepotG aus dem Tatbestand des „kryptografischen Instruments“ ausgenommen werden sollten, weil die im Regierungsentwurf aufgeführte Beschränkung der Ausnahmen auf Kryptowertpapiere i.S.d. eWpG und auf Kryptofondsanteile i. S. d. KryptoFAV zu kurz greife (BR-Drs. 670/1/23, S. 3 ff.). Auch halten wir die vom Finanzausschuss empfohlene Klarstellung für geboten, dass bei einer depotgeschäftlichen Verwahrung von Wertpapieren beide Alternativen des qualifizierten Kryptoverwahrgeschäfts (Verwahrung und Verwaltung kryptografischer Instrumente; Sicherung privater kryptografischer Schlüssel für andere) keine Anwendung finden (BR-Drs. 670/1/23, S. 3, 4 a.E.). Um auch letzte Rechtsunsicherheiten auszuräumen, sollte zusätzlich klargestellt werden, dass die Erlaubnis für das Betreiben des Depotgeschäfts gemäß § 1 Absatz 1 Satz 2 Nummer 5 KWG bzw., im Falle des § 53b Absatz 1 Satz 1 KWG, eine herkunftsstaatliche Erlaubnis zur Verwahrung und Verwaltung von MiFID-Finanzinstrumenten ebenfalls die Sicherung der privaten kryptografischen Schlüssel zu Kryptowertpapieren in Einzeleintragung gemäß § 8 Absatz 1 Nummer 2 eWpG oder einer vergleichbaren ausländischen Regelung umfasst.

Demgegenüber verhält sich der FinmadiG-RegE derzeit noch nicht zu der Frage, wie die Erlaubnistatbestände zur Verwahrung von Kryptowerten oder Sicherung privater kryptografischer Schlüssel zu anderen Erlaubnistatbeständen stehen.

Das skizzierte „Primat“ des Depotgeschäfts gegenüber dem Kryptoverwahrgeschäft ist konsequenterweise auch im Rahmen des neu vorgeschlagenen qualifizierten Kryptoverwahrgeschäfts zu beachten. Generell kann das Depotgeschäft nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 KWG nur von Kreditinstituten erbracht werden, die umfassend reguliert sind und hohen Anforderungen an Eigenkapital und Geschäftsorganisation unterliegen. Sie sind mit der Verwahrung und Verwaltung von Vermögenswerten für Dritte vertraut. Es gibt daher keine regulatorische Begründung, warum diese Institute einer zusätzlichen Erlaubnis zum Kryptoverwahrgeschäft benötigen, nur weil eine andere technologische Basis besteht. Dies würde nur zu einer weiteren unnötigen Überbürokratisierung führen. Gleiches gilt für CRR-Kreditinstitute, die im Rahmen der MiCAR zulässigerweise das Kryptoverwahrgeschäft erbringen dürfen. Diese sollten keiner zusätzlichen Erlaubnis für die qualifizierte Kryptoverwahrung bedürfen. Die Anforderungen der MiCAR an die sichere Aufbewahrung der Kryptowerte gem. Art. 70 MiCAR sind gleichwertig zu den Anforderungen der geplanten qualifizierten Kryptoverwahrung. Insofern lässt sich diesbezüglich keine zu schließende gesetzgeberische Lücke erkennen. Mit Blick auf die richtigerweise in Art. 60 Abs. 1 MiCAR vorgesehene Privilegierung, sollten CRR-Kreditinstitute nicht auch noch zusätzlich eine Erlaubnis zum qualifizierten Kryptoverwahrgeschäft benötigen.

Vor diesem Hintergrund schlagen wir vor, § 1 Abs. (1a) Satz 2 Nr. 6 KWG in Art. 3 Nr. 2 FinmadiG wie folgt zu fassen:

Ergänzende Stellungnahme zum Finanzmarktdigitalisierungsgesetz (FinmadiG-RegE)
Berlin, 31. Januar 2024

6. die Verwahrung, Verwaltung oder Sicherung von kryptografischen Finanzinstrumenten für andere sowie die Sicherung privater kryptografischer Schlüssel für andere, die dazu dienen, die kryptografischen Finanzinstrumente, Kryptowertpapiere im Sinne des § Abs. 3 des Gesetzes über elektronische Wertpapiere oder Kryptofondsanteile im Sinne des § 1 Satz 2 der Verordnung über Kryptofondsanteile zu speichern oder darüber zu verfügen (qualifiziertes Kryptoverwahrgeschäft). Einer Erlaubnis bedarf es nicht, soweit der qualifizierte Kryptoverwahrer ein CRR-Kreditinstitut ist, das

- a) über eine Erlaubnis gemäß § 1 Absatz 1 Satz 2 Nummer 5 dieses Gesetzes verfügt, was die Sicherung der privaten kryptografischen Schlüssel für Wertpapiere in Einzeleintragung wie in § 8 Absatz 1 Nummer 2 des Gesetzes über elektronische Wertpapiere umfasst, oder**
- b) das Depotgeschäft im Inland über eine Zweigniederlassung nach § 53b Absatz 1 dieses Gesetzes auf Grundlage einer herkunftsstaatlichen Erlaubnis betreibt, welche die Tätigkeiten nach Anhang I, Nummer 12 der Richtlinie 2013/36/EU oder Anhang I, Abschnitt B, Nummer 1 der Richtlinie 2014/65/EU umfasst oder**
- c) nach der Verordnung (EU) 2023/1114 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. Mai 2023 über Märkte für Kryptowerte und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 1095/2010 sowie der Richtlinien 2013/36/EU und (EU) 2019/1937 (ABl. L 150 vom 9.6.2023, S. 40) in der jeweils geltenden Fassung das Kryptoverwahrgeschäft in zulässiger Weise erbringt.**

Entsprechend müsste dann auch die geplante Einführung von § 2 Abs. 4 Nr. 3 WpIG abgeändert werden (Art. 5 Nr. 2 b) cc) FinmadiG), die die vorgenannte Definition vom kryptografischen Finanzinstrument vom KWG übernimmt.

C. Notwendigkeit eines Level-playing-field bei den Übergangsvorschriften

Um den Übergang zur neuen MiCAR-Kryptoregulierungsverordnung und Marktteilnehmern den Einstieg ins entsprechende Geschäft ab Geltungsbeginn der MiCAR zu erleichtern, sollen Neuantragssteller ohne Erlaubnis nach Altrecht gem. § 50 (6) KMAG-E (vgl. Gesetzesbegründung, S. 189) mittels Rechtsverordnung die Möglichkeit erhalten können, Zulassungsanträge nach MiCAR bereits vor Geltung der entsprechenden Normen einzureichen. Dies ist eine aus unserer Sicht sehr begrüßenswerte, pragmatische Lösung.

Es wäre allerdings wichtig, dass eine Rechtsverordnung auch das Anzeigen i.S.d. Art. 60 MiCAR und eben nicht nur Zulassungsanträge vor Geltungsbeginn der MiCAR zulässt, da ansonsten für diejenigen Unternehmen eine Verfahrenslücke entstehen würde, die nicht unter eine Übergangsregelung fallen (z.B. weil die jeweilige Kryptowerte-Dienstleistung Tätigkeit nicht vor 30.12.2024 bereits erbracht wurde und somit keine Fortgeltung der Erlaubnis bis 31.12.2025 gemäß Absatz 1 greift), die aber bereits Anfang 2025 mit einer anzeigepflichtigen Tätigkeit starten wollen.

Klarstellung des Begriffs der „Korrespondenzbeziehung“ gemäß § 1 Abs. 21 Nr. 2 GWG

Unter Berücksichtigung des Regelungsinhaltes von Art. 38 Nr. 2 lit. b) der Verordnung (EU) 2023/1113 (Neufassung der Geldtransferverordnung – GTVO) regen wir eine Klarstellung des Begriffs der „Korrespondenzbeziehung“ gemäß § 1 Abs. 21 Nr. 2 GwG an.

Der Grund hierfür ist, dass der Begriff der Korrespondenzbeziehung in § 1 Abs. 21 Nr. 2 GwG in seiner aktuellen Fassung den Regelungsinhalt von Art. 38 Nr. 2 lit. b) GTVO nicht vollumfänglich abbildet. Denn

Ergänzende Stellungnahme zum Finanzmarktdigitalisierungsgesetz (FinmadiG-RegE)
Berlin, 31. Januar 2024

Art. 38 Nr. 2 lit. b) GTVO enthält eine inhaltliche Erweiterung, die der Begriffsbestimmung des § 1 Abs. 21 Nr. 2 GwG nicht zu entnehmen ist.

Die betreffende Erweiterung haben wir in der englischen Sprachfassung des Art. 38 GTVO nachfolgend drucktechnisch hervorgehoben:

"Directive (EU) 2015/849 is amended as follows:

(2) Article 3 is amended as follows:

(b) point (8) is replaced by the following:

'(8) 'correspondent relationship' means:

(a) the provision of banking services by one bank as the correspondent to another bank as the respondent, including providing a current or other liability account and related services, such as cash management, international funds transfers, cheque clearing, payable-through accounts and foreign exchange services

[Anm.: Dies entspricht dem § 1 Abs. 21 Nr. 1 GwG];

(b) the relationships between and among credit institutions and financial institutions, including where similar services are provided by a correspondent institution to a respondent institution, and including relationships established for securities transactions or funds transfers or relationships established for transactions in crypto-assets or transfers of crypto-assets [Anm.: Dies entspricht (teilweise) § 1 Abs. 21 Nr. 2 GwG]

Entgegen den Ausführungen in der Begründung des Regierungsentwurfes (S. 213), die keine Anpassung des § 1 Abs. 21 Nr. 2 GwG für notwendig erachten, sollte nach unserer Auffassung schon aus Gründen der Rechtssicherheit die Erweiterung in Art. 38 Nr. 2 lit. b) GTVO im Korrespondentenbegriff des § 1 Abs. 21 Nr. 2 GwG klargestellt werden. So sollte die Definition der Korrespondenzbeziehung in § 1 Abs. 21 Nr. 2 GwG auch die Beziehung zwischen bzw. mit einem Kryptowerte-Dienstleister abdecken.