

Stellungnahme

**Zum Regierungsentwurf eines
Finanzmarktdigitalisierungsgesetzes
Hier: Konsolidierung der bisherigen Stellungnahmen**

Lobbyregister-Nr. R001459

EU-Transparenzregister-Nr. 52646912360-95

Berlin, 04.03.2024

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

Einleitung

Unsere Stellungnahmen vom 13.11.2023 zum Referentenentwurf sowie vom 31.01.2024 und 15.02.2024 zum Regierungsentwurf des Finanzmarktdigitalisierungsgesetzes (FinmadiG) haben wir in die nachfolgende Stellungnahme konsolidiert.

1 Artikel. 3 – Kreditwesengesetz (KWG)

1.1 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 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 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

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

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.

1.2 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:

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.

1.3 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.

1.4 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.

2 Artikel 9: Gewerbeordnung (GewO-RegE)

Klarstellung des § 34d Absatz 13 GewO-RegE in Bezug auf die Zuständigkeiten von IHK und BaFin

Im Zuge der Umsetzung der DORA-Verordnung ((EU) 2022/2254)) in das geplante Finanzmarktdigitalisierungsgesetz wird die Zuständigkeit der nationalen Behörden festgelegt. Hier sollten jedoch überschneidende Doppelzuständigkeiten von Industrie- und Handelskammern (IHK) und Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) vermieden werden.

Die geplante Zuständigkeitsregelung in § 34d Absatz 13 GewO-RegE legt fest, dass die Industrie- und Handelskammern (IHK) grundsätzlich die Aufsicht über die Einhaltung der Verordnung (EU) 2022/2554 (DORA) bei Versicherungsvermittlern ausüben. Von dieser Aufsicht der IHKs sind von Vorneherein solche Versicherungsvermittler ausgenommen, bei denen es sich gemäß Art. 2 Absatz 3 lit. e) DORA um „Kleinstunternehmen oder kleine oder mittlere Unternehmen“ handelt. Denn auf diese Gewerbetreibenden findet die DORA keine Anwendung.

Unklar ist jedoch die Verteilung der aufsichtlichen Zuständigkeiten, wenn ein CRR-Kreditinstitut auf Grundlage einer Erlaubnis nach § 34d Absatz 1 oder Absatz 2 GewO das Gewerbe eines Versicherungsvermittlers betreibt. Denn bei CRR-Kreditinstituten ist die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BaFin) für die Einhaltung der Vorgaben der DORA originär und ausnahmslos zuständig (§ 6 Absatz 1 KWG i.V.m. § 47a Absatz 1 KWG-RegE; vgl. Art. 2 Absatz 3 DORA). Für den Fall, dass ein CRR-Kreditinstitut gleichzeitig auch Versicherungsvermittler ist

und die Bereichsausnahme des Art. 2 Absatz 3 lit. e) DORA nicht greift, kann es damit zu einer Überlagerung der Zuständigkeitsregelungen aus § 6 Absatz 1 KWG i.V.m. § 47a Absatz 1 KWG-RegE und § 34d Absatz 13 GewO-RegE kommen. Folglich wären BaFin und IHKs zugleich für die Überwachung der Einhaltung der DORA bei diesen CRR-Kreditinstituten zuständig. Dies kann schon aus Gründen der Rechtssicherheit sowie zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der beiden Aufsichtssysteme des KWG und der GewO in Bezug auf die Vorgaben der DORA nicht gewollt sein.

Aus diesem Grund schlagen wir daher für § 34d Absatz 13 GewO-RegE folgende Klarstellung vor:

*„(13) Die Industrie- und Handelskammern sind zuständig für die Überwachung der Einhaltung der Verordnung (EU) 2022/2554 durch Versicherungsvermittler, Rückversicherungsvermittler und Versicherungsvermittler in Nebentätigkeit nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe o in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 3 Buchstabe e der Verordnung (EU) 2022/2554. **Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen ist zuständig für die Überwachung der Einhaltung der Verordnung (EU) 2022/2554, wenn der Gewerbetreibende ein CRR-Kreditinstitut ist, über eine Erlaubnis gemäß § 34d Absatz 1 oder Absatz 2 verfügt und nicht Art. 2 Absatz 3 Buchstabe e der Verordnung (EU) 2022/2554 unterliegt; es gilt § 6 Absatz 1 in Verbindung mit § 47a des Kreditwesengesetzes.**“*

Der vorstehende Formulierungsvorschlag trägt auch der Intention des EU-Gesetzgebers Rechnung, die in Erwägungsgrund 51 DORA zum Ausdruck kommt: *„Unterliegt ein Finanzunternehmen der Aufsicht von mehr als einer zuständigen nationalen Behörde, so sollten die Mitgliedstaaten eine einzige zuständige Behörde als Adressat einer solchen Meldung benennen.“*

Abschließend möchten wir erneut unsere generellen Bedenken zur Zersplitterung der Aufsicht zwischen BaFin und IHK für vergleichbare Tätigkeiten zum Ausdruck bringen. Im Sinne einer Gleichbehandlung von gleichgelagerten Tätigkeiten sollten die Versicherungsvermittler ausschließlich der Aufsicht der BaFin unterstellt werden.

3 Artikel 1 und 2: 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:

3.1 § 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.

3.2 § 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**.

3.3 § 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.

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.

3.4 § 20 KMAG-E RegE (§ 19 KMAG-E RefE):

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.

3.5 § 21 Abs. 6 KMAG-E RegE (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.

3.6 § 24 Abs. 1 KMAG-E RegE (§23 Abs. 1 KMAG-E):

Dieser bezieht Emittenten von vermögenswertereferenzierten 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.

3.7 §§ 37,38 sowie 43 KMAG-E RegE (§§36, 37, 38 sowie § 42 KMAG-E-REFE):

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.

3.8 § 45 KMAG-E RegE (§ 44 KMAG-E RefE):

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 § 45 KMAG-E, die wie § 46i KWG eine rein zivilrechtliche Rechtsfolge beabsichtigt, in einem aufsichtsrechtlichen Regelwerk langfristig ebenso wenig als ideale Lösung an.

3.9 § 50 KMAG-E RegE (§ 49 KMAG-E REFE):

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.

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.

Einheitliche 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.

4 Artikel 8: Geldwäschegesetz (GwG)

4.1 Definitionsanpassung „Übertragung von Kryptowerten“

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.

4.2 Definitionsanpassung „Anbieter von Kryptowerte-Dienstleistungen“

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. 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.

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

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, **Korrespondenzbank-beziehungen** 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.

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 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.

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.