

Kryptoverwahrgeschäft – Eine neue Welle im Regulierungs-Tsunami

Mit dem kürzlich veröffentlichten Referentenentwurf zur Umsetzung der 5. Geldwäscherichtlinie greift der Gesetzgeber im Wesentlichen die europäischen Vorgaben auf, nutzt aber die Gelegenheit zur Einführung eines neuen Tatbestands im Kreditwesengesetz.

Executive Summary

- > Mit dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie EU/2018/843 („**5. EU-Geldwäscherichtlinie**“) zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie EU/2015/849 werden diverse Normen zur effizienteren Bekämpfung von Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierung angepasst.
- > Der deutsche Gesetzgeber nutzt die Gelegenheit und führt einen neuen Tatbestand, das Kryptoverwahrgeschäft, als Finanzdienstleistung in das Kreditwesengesetz ein.
- > Die Legaldefinition der Kryptowerte umfasst im Gegensatz zu der europäischen Vorgabe neben Currency Token auch Security Token. Das Verhältnis zum ebenfalls regulierten Depotgeschäft erscheint jedoch noch klärungsbedürftig.

Am 20.05.2019 hat das Bundesministerium der Finanzen („**BMF**“) einen Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der 5. EU-Geldwäscherichtlinie zur Stellungnahme vorgelegt. Zum Zwecke der Prävention von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung soll die Anpassung des Geldwäschegesetzes („**GwG**“) sowie anderer, insbesondere finanzsektorspezifischer Gesetze erfolgen. Dabei ist gerade auf die Anpassung des Kreditwesengesetzes („**KwG**“) besonderes Augenmerk zu legen, im speziellen auf die geplante Aufnahme des neuen Tatbestands des Kryptoverwahrgeschäfts als nach KwG regulierte Finanzdienstleistung. Die Europäische Union hat den Mitgliedsstaaten eine Frist zur Umsetzung der 5. EU-Geldwäscherichtlinie bis zum 10. Januar 2020 gesetzt.

Hintergrund

Im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung des Finanzsektors sind auch krypto-basierte Vermögenswerte und Transaktionen zunehmend in den Fokus des Interesses gerückt. Die weltweite – aktuell aber stark schwankende – Marktkapitalisierung von virtuellen Währungen betrug im Januar 2018 **EUR 700 Mrd.** Der zwischenzeitliche Hype gerade um sogenannte Initial Coin Offerings (ICO) war mutmaßlich auch dem Umstand geschuldet, dass sich bestimmte Dienstleistungen, die sich weitestgehend auf Blockchain-basierte Token beziehen, aktuell außerhalb des Geltungsbereichs des Unionsrechts befinden bzw. jedenfalls hier eine maßgebliche Grauzone besteht. Beispielsweise sind Anbieter von elektronischen Geldbörsen nach den geltenden europarechtlichen Bestimmungen nicht verpflichtet, verdächtige Aktivitäten zu melden. Nach Einschätzung der Europäischen Union bieten aber gerade virtuelle Währungen eine erhöhte Gefahr der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung.

Um einen angemessenen Ausgleich zwischen Technologieförderung und Geldwäsche- und Terrorismusbekämpfung zu erreichen, hat die EU durch die 5. EU-Geldwäscherichtlinie einen Rechtsrahmen für virtuelle Währungen im Bereich der Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungsprävention geschaffen. Der Unionsgesetzgeber definiert nun eine virtuelle Währung als eine digitale Darstellung eines Werts, die von keiner Zentralbank oder öffentlichen Stelle emittiert wurde oder garantiert wird und nicht zwangsläufig an eine gesetzlich festgelegte Währung gebunden ist und die nicht den gesetzlichen Status einer Währung oder von Geld besitzt, aber von natürlichen oder juristischen Personen als Austauschmittel akzeptiert wird und die auf elek-

tronischem Wege übertragen, gespeichert und gehandelt werden kann. Diese Definition umfasst die sogenannten Kryptowährungen („**Currency Token**“) wie bspw. **Bitcoins**. Sie bezieht sich jedoch nicht auf die sogenannten „**Security Token**“ oder „**Utility Token**“. Security Token verkörpern digital Kapitalanlagen wie bspw. Fremdkapital-Instrumente oder Unternehmensanteile, während Utility Token digitale Wertmarken darstellen, mit denen Produkte oder Dienstleistungen des die Token emittierenden Unternehmens bezahlt werden können. In der Regel, aber nicht immer zwingend, sind sie deshalb am ehesten mit Waren/Dienstleistungsgutscheinen vergleichbar.

Bestehende Rechtslage nach KWG

Auch das deutsche Bank- und Finanzaufsichtsrecht enthält aktuell keinen auf Blockchain-basierte Token zugeschnittenen Regelungsansatz. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht („**BaFin**“) prüft unter Berücksichtigung der Eigenschaften des Token im Einzelfall, ob es sich bei dem Token um ein Finanzinstrument iSd Wertpapierhandelsgesetzes („**WpHG**“) und/oder iSd Wertpapierprospektgesetzes („**WpPG**“) oder um Vermögensanlagen nach dem Vermögensanlagen-gesetz („**VermAnlG**“) handelt. Wie komplex die Einzelfallbetrachtung hierbei sein kann, lässt sich plastisch am Beispiel der medienwirksamen „Bitbond“-Emission erkennen¹. Durch die DLT-basierte Handelbarkeit der Bitbond-Token wurde ein strukturell und zivilrechtlich als Vermögensanlage ausgestaltetes Instrument aufsichtsrechtlich als Wertpapier klassifiziert. Kryptowährungen wie Bitcoins werden nach Ansicht der BaFin und der überwiegenden Meinung in Literatur und Praxis in Deutschland hingegen grundsätzlich als Finanzinstrument in der Form von Rechnungseinheiten im Sinne des § 11 Abs. 11 S. 1 Nr. 7 KWG eingestuft. Demgegenüber hat das Kammergericht Berlin jedoch in einer Strafsache die Einordnung von Bitcoins als Finanzinstrumente verneint².

Die Frage der Einstufung von Kryptowährungen als Finanzinstrument im Sinne des KWG hat weitreichende Folgen, denn an den Finanzinstrumentebegriff knüpfen bestimmte erlaubnispflichtige Dienstleistungen an.

Beispielsweise kann ein Dienstleister das erlaubnispflichtige Finanzkommissionsgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 KWG erbringen, sofern er einen Kryptowert in Kommission nimmt, um ihn für Rechnung des Kunden am Markt an einen Dritten zu veräußern. Aber auch die reine Vermittlung von Kryptowährungen klassifiziert als erlaubnispflichtige Anlagevermittlung, der Handel gegebenenfalls als Eigenhandel bzw. Eigengeschäft.

Die geplanten Neuregelungen im KWG

a) Tatbestand des Kryptoverwahr-geschäfts

Mit dem Referentenentwurf soll das Kryptoverwahr-geschäft als neuer Tatbestand einer Finanzdienstleistung in das KWG eingeführt werden. Das Kryptoverwahr-geschäft im Sinne des RefE umfasst die **Verwahrung**, die **Verwaltung** und die **Sicherung** von **Kryptowerten** oder privaten **kryptographischen Schlüsseln**, die dazu dienen, **Kryptowerte** zu **halten**, zu **speichern** und zu **übertragen**, für andere. Sofern jedoch die Verwahrung von Kryptowerten in der Form von Wertpapieren als Depot-geschäft nach § 1 Abs. S. 2 Nr. 5 KWG oder eingeschränktes Verwahr-geschäft nach § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 12 KWG einzuordnen sei (im zweiten Fall also die Verwahrung von Wertpapieren ausschließlich für AIF erbracht werde), soll nach der Entwurfsbegründung der Tatbestand des Kryptoverwahr-geschäfts zurücktreten.

Dies scheint dahingehend zu verstehen zu sein, dass Token, die Wertpapiereigenschaft aufweisen, nicht „kryptoverwahrt“ werden können, sondern hierfür der Natur des Instruments gemäß der Tatbestand der Depotverwahrung eingreifen soll. Die hierfür vorgreifliche schwierige Frage nach der aufsichtsrechtlichen Einordnung kryptobasierter Token als Wertpapiere wird durch die Neuregelung aber nicht beantwortet, was zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den vorstehend genannten aufsichtsrechtlichen Tatbeständen führen kann. Der Tatbestand des Kryptoverwahr-geschäfts in der Fassung des RefE wirkt wie ein relativ unbestimmter, weit gefasster Auffangtatbestand, der primär dem Zweck dient, Dienstleister umfassend GwG-pflichtig zu machen. Ein ersten Vorschlag zur aufsichtsrechtlichen und zivilrechtlichen Behandlung von elektronischen Wertpapieren und Krypto-Token hat aber jüngst das BMF zusammen mit dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

¹ Siehe hierzu BaFin Journal 4/19, S. 8f.

² KG, Urteil v. 25. September 2018 - Az. 161 Ss 28/18 (35/18)).

(„**BMJV**“) mit seinem am 7. März 2019 veröffentlichten Eckpunktepapier gemacht.

b) Legaldefinition der Kryptowerte als Finanzinstrumente

Der Streit um die Einordnung von Kryptowährungen wie Bitcoin als Finanzinstrumente wäre mit der Umsetzung der 5. EU-Geldwäscherichtlinie in der Fassung des RefE obsolet. Kryptowerte werden zukünftig als Finanzinstrumente im Sinne des KWG eingestuft. Nach der geplanten Legaldefinition in § 1 Abs. 11 KWG sind Kryptowerte digitale Darstellungen eines Wertes, der von keiner Zentralbank oder öffentlichen Stelle emittiert wurde oder garantiert wird und nicht den gesetzlichen Status einer Währung oder von Geld besitzt, aber von natürlichen und juristischen Personen aufgrund einer Vereinbarung oder tatsächlichen Übung als Tausch- oder Zahlungsmittel akzeptiert wird oder Anlagenzwecken dient und der auf elektronischem Wege übertragen, gespeichert und gehandelt werden kann.

Der Begriff der Kryptowerte greift die Legaldefinition der virtuellen Währungen in der 5. EU-Geldwäscherichtlinie auf, geht jedoch darüber hinaus und umfasst im Wesentlichen auch Security Token, die wie bereits erläutert zu Anlagezwecken dienen können.

Ausgeschlossen sind E-Geld im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 3 Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz („**ZAG**“), Verbundzahlungssysteme und Zahlungsvorgänge von Anbietern elektronischer Kommunikationsnetze oder -dienste. Ebenso nicht erfasst sind reine **elektronische Gutscheine** auf Bezug von Waren oder Dienstleistungen im Austausch für die Leistung eines entsprechenden Gegenwerts, welchen nur durch Einlösung gegenüber dem Emittenten eine wirtschaftliche Funktion zukommen soll und die daher nicht handelbar sind, soweit diese aufgrund ihrer Ausgestaltung keine investorenähnliche Erwartungshaltung an die Wertentwicklung des Gutscheins oder an die allgemeine Unternehmensentwicklung des Emittenten oder eines Dritten wert- oder rechnungsmäßig abbilden. Demnach sind Utility-Token nicht zwingend von der Definition der Kryptowerte umfasst.

c) Folgen für die künftig erfassten Dienstleister

Für bspw. die Betreiber von Kryptotauschbörsen oder Anbieter von elektronischen Wallets hätte die

geplante Neuregelung erhebliche Auswirkungen. Mit der Erbringung einer erlaubnispflichtigen Finanzdienstleistung würden diese zukünftig eine Lizenz nach § 32 KWG benötigen und damit auch der laufenden Aufsicht der BaFin unterliegen.

Neben den dadurch entstehenden erheblichen organisatorischen und finanziellen Anforderungen wären diese Finanzdienstleistungsinstitute dann auch geldwäscherechtlich Verpflichtete gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 GwG, unterlägen also u.a. sämtlichen geldwäscherechtlichen Verpflichtungen wie etwa der Identifikationspflicht und der Pflicht zur Abklärung der wirtschaftlich Berechtigten vor der Aufnahme einer Geschäftsbeziehung sowie der Verpflichtung zur laufenden Kontrolle von Transaktionen.

Sonstige Änderungen im GwG

a) Erweiterung des Verpflichtetenkreises

Neben der geldwäscherechtlichen Verpflichtung der vorstehend bezeichneten Kryptodienstleister bezieht der Referentenentwurf u.a. auch Vermietungsmakler (ab einer Monatsmiete von EUR 10.000,-) neu als Verpflichtete ein.

Demgegenüber stellt der Referentenentwurf erleichternd klar, dass reine Industrieholdings im Ergebnis keinen geldwäscherechtlichen Verpflichtungen unterliegen. Gleiches soll für Finanzanlagenvermittler gelten, soweit diese ausschließlich Tätigkeiten in Bezug auf Anlagen erbringen, die von geldwäscherechtlich Verpflichteten emittiert oder vertrieben werden.

b) Änderungen hinsichtlich der Sorgfaltspflichten

Nach dem Referentenentwurf haben geldwäscherechtlich Verpflichtete fortan zu Beginn einer neuen Geschäftsbeziehung mit einem zum Transparenzregister meldepflichtigen Vertragspartner (z.B. eine privatrechtliche juristische Person) entweder den Nachweis einzuholen, dass der Vertragspartner seiner Mitteilungspflicht an das Transparenzregister nachgekommen ist, oder selbst einen Auszug aus dem Transparenzregister einzuholen.

Bei einer Umsetzung des Referentenentwurfs werden die verstärkten Sorgfaltspflichten nicht nur häufiger ausgelöst werden (z.B. bei einer Belegenheit eines transaktionsgegenständlichen Grundstücks in einem Drittstaat mit hohem Risiko). Sie

werden auch im Ergebnis verschärft (vor allem durch detailliertere Anforderungen).

c) Stärkung des Transparenzregisters

Das Bundesministerium für Finanzen schlägt in dem Entwurf weiter vor, dass Verpflichtete Unstimmigkeiten zwischen den im Transparenzregister hinterlegten Angaben über die wirtschaftlich Berechtigten und den ihnen zur Verfügung stehenden Erkenntnissen dem Transparenzregister melden müssen. Diese weitere Pflicht ist dazu geeignet, die Qualität der im Transparenzregister hinterlegten Daten zu verbessern.

d) Steigerung der Transparenz zur Eigentums- und Kontrollstruktur

Als politische Antwort auf u.a. die Panama Papers wird der Zugang zu bestimmten (eingeschränkten) Daten von wirtschaftlich Berechtigten nunmehr für jedermann eröffnet. Dieser Zugriff auf im Transparenzregister hinterlegte Daten ist bislang nur bei Darlegung eines berechtigten Interesses an der Einsichtnahme möglich.

e) Verschärfung der Sanktionsdrohung

Ferner sieht der Referentenentwurf bei Verstößen gegen geldwäscherechtliche Pflichten eine Absenkung der Schuldschwelle von Leichtfertigkeit auf einfache Fahrlässigkeit vor. Damit werden die Bußgeldandrohung und, daran anknüpfend, die Veröffentlichungsandrohung bereits früher greifen.

Einschätzung und Ausblick

Im Ergebnis setzt der Referentenentwurf die umfassenden Änderungen der 5. EU-Geldwäscherichtlinie um und eröffnet insbesondere den Anwendungsbereich des GwG für virtuelle Währungen. Er geht jedoch auch über die erforderlichen Umsetzungsmaßnahmen hinaus, indem er den Anwendungsbereich des KWG für Kryptowerte und deren „Verwahrung“ eröffnet.

Bemerkenswert ist weiterhin, dass die Neuerungen ab dem 1.1.2020 in Kraft treten sollen und eine Übergangsregelung für bereits am Markt tätige Unternehmungen nicht vorgesehen ist. Diese müssen sich also bereits jetzt mit der Frage einer entsprechenden Lizenzierung auseinandersetzen.

Insofern es sich hierbei aber um rein nationale Regelungen handelt, könnte die Erfassung international agierender Marktteilnehmer indes Schwierigkeiten bereiten. In diesem Zusammenhang ist zudem darauf hinzuweisen, dass auch auf europäischer Ebene, allen voran durch die Europäische Wertpapieraufsichtsbehörde (ESMA), bereits erste Überlegungen zur Notwendigkeit der Regulierung von elektronischen Wertpapieren und sonstigen Krypto-Token bestehen, so dass eine übergreifende europarechtliche Regulierung in diesem Bereich erwartet werden darf.

Die aufgezeigten, für die Praxis bedeutsamen sonstigen geldwäscherechtlichen Änderungen werden zu einem weiter steigenden Aufwand bei geldwäscherechtlich Verpflichteten führen. Angesichts der Mindestharmonisierungsvorgaben der 5. EU-Geldwäscherichtlinie besteht insoweit für den Gesetzgeber im weiteren Gesetzgebungsverfahren nur wenig Spielraum.

Bank- und Finanzaufsichtsrecht

Dr. Timo Bernau
Rechtsanwalt
Standort München
timo.bernau@gsk.de

Dr. Tobias Riethmüller
Rechtsanwalt
Standort Frankfurt am Main
tobias.riethmueller@gsk.de

Franziska Stuckenberg
Rechtsanwältin
Standort Frankfurt am Main
franziska.stuckenberg@gsk.de

Geldwäscherecht und Compliance

Dr. Harald Feiler
Rechtsanwalt
Standort Frankfurt am Main
harald.feiler@gsk.de

Jan-Wolfgang Kröger
Standort Frankfurt am Main
jan-wolfgang.kroeger@gsk.de

Urheberrecht

GSK Stockmann – Alle Rechte vorbehalten. Die Wiedergabe, Vervielfältigung, Verbreitung und/oder Bearbeitung sämtlicher Inhalte und Darstellungen des Beitrages sowie jegliche sonstige Nutzung ist nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung von GSK Stockmann gestattet.

Haftungsausschluss

Diese Mandanteninformation enthält ausschließlich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, den besonderen Umständen eines Einzelfalles gerecht zu werden. Sie hat nicht den Sinn, Grundlage für wirtschaftliche oder sonstige Entscheidungen jedweder Art zu sein. Sie stellt keine Beratung, Auskunft oder ein rechtsverbindliches Angebot auf Beratung oder Auskunft dar und ist auch nicht geeignet, eine persönliche Beratung zu ersetzen. Sollte jemand Entscheidungen jedweder Art auf Inhalte dieser Mandanteninformation oder Teile davon stützen, handelt dieser ausschließlich auf eigenes Risiko.

GSK Stockmann und auch die in dieser Mandanteninformation namentlich genannten Partner oder Mitarbeiter übernehmen keinerlei Garantie oder Gewährleistung, noch haftet GSK Stockmann und einzelne Partner oder Mitarbeiter in irgendeiner anderen Weise für den Inhalt dieser Mandanteninformation. Aus diesem Grund empfehlen wir, in jedem Fall eine persönliche Beratung einzuholen.

www.gsk.de

GSK STOCKMANN

BERLIN

Mohrenstraße 42
10117 Berlin
Tel +49 30 203907-0
Fax +49 30 203907-44
berlin@gsk.de

FRANKFURT/M.

Taunusanlage 21
60325 Frankfurt
Tel +49 69 710003-0
Fax +49 69 710003-144
frankfurt@gsk.de

HAMBURG

Neuer Wall 69
20354 Hamburg
Tel +49 40 369703-0
Fax +49 40 369703-44
hamburg@gsk.de

HEIDELBERG

Mittermaierstraße 31
69115 Heidelberg
Tel +49 6221 4566-0
Fax +49 6221 4566-44
heidelberg@gsk.de

MÜNCHEN

Karl-Scharnagl-Ring 8
80539 München
Tel +49 89 288174-0
Fax +49 89 288174-44
muenchen@gsk.de

LUXEMBURG

GSK Luxembourg SA
44, Avenue John F. Kennedy
L-1855 Luxembourg
Tel +352 2718 0200
Fax +352 2718 0211
luxembourg@gsk-lux.com