

Bundesministerium der Finanzen

Referat VII B 1
Wilhelmstraße 97

10117 Berlin

Bundesministerium der Justiz

Referat III A 7
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

10. Mai 2023

Petiten zum Referentenentwurf des Zukunftsfinanzierungsgesetzes (ZuFinG)

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir danken für die Übersendung des Referentenentwurfs des ZuFinG und für die Möglichkeit zur schriftlichen Stellungnahme. Der Entwurf zeichnet sich u.E. durch zahlreiche praktisch relevante und gelungene Änderungsvorschläge aus, die wir als Verband der Auslandsbanken wichtig finden. So ist z.B. die Möglichkeit der englischsprachigen Kommunikation mit der BaFin ein sehr begrüßenswerter Ansatz.

Leider sehen wir die Gefahr, dass die Neuerungen im Bereich der Digitalisierung zumindest im Hinblick auf die Verwahrung und Depotführung bei Kryptowertpapieren konterkariert werden – zum Nachteil für den Finanzplatz Deutschland, für die Etablierung und Verbreitung von Kryptowertpapieren und letztlich auch zum Nachteil der Anleger.

Diese Thematik ist unseres Erachtens zentral für die Zukunftsfähigkeit des Fondsstandorts Deutschland und für das Ziel, die Attraktivität neuer Technologien im Krypto-Bereich, gerade auf Basis der Distributed Ledger Technologie (DLT), zu fördern. Ohne eine zeitnahe Lösung der nachfolgend skizzierten drängenden Probleme droht der Fondsstandort im europäischen

Sabine Kimmich, LL.M.

Verband der Auslandsbanken
in Deutschland e.V.
Weißfrauenstraße 12-16
60311 Frankfurt am Main
Tel: +49 69 975850 0
Fax: +49 69 975850 10
sabine.kimmich@vab.de
www.vab.de

Verband internationaler Banken,
Wertpapierinstitute und Asset
Manager

Eingetragen im Lobbyregister des
Deutschen Bundestages,
Registrierungsnummer: R002246

Eingetragen im Transparenzregister
der Europäischen Kommission,
Registrierungsnummer:
95840804-38

Wettbewerb noch weiter ins Hintertreffen zu geraten, **da ein signifikanter Anteil deutscher Fonds nicht in Kryptowertpapiere investieren und auch nicht ihre Fondsanteile auf die Blockchain heben kann.**

Ohne entsprechende gesetzliche Änderungen zur rechtssicheren und zeitlich absehbaren Klärung wird es zu einem Tätigkeitsverbot für sämtliche Verwahrstellen, die in Deutschland als EU-Zweigniederlassung organisiert sind, kommen, **sobald Fonds auch nur in ein einziges dieser zukunftsgerichteten Wertpapiere (und Finanzinstrumente) investieren.** Allein aus unserem Mitgliederkreis wären vier bedeutende Verwahrstellen betroffen, die auf Grundlage der aktuellen BVI-Verwahrstellenstatistik ein Fondsvermögen von EUR 788.266.000.000 verwahren, d.h. gemessen am verwahrten Fondsvermögen **ca. 31% der in Deutschland verwahrten Fondsvermögen.**¹

Hintergrund ist, dass sich die BaFin momentan aufgrund der aktuellen rechtlichen Situation nicht in der Lage sieht, EU-Zweigniederlassungen die Verwahrung von deutschen Kryptowertpapieren zu ermöglichen. Die Verwahrung solcher Wertpapiere ist dabei aus Sicht der BaFin nicht von der herkunftsstaatlichen Lizenz für die Verwahrung von Finanzinstrumenten iSd MiFID II umfasst. Nur eine deutsche Lizenz für das Depotgeschäft oder für das Kryptoverwahrgeschäft könne hierfür ausreichen. Damit werden die klaren Vorgaben der MiFID II und grundlegende Prinzipien des Binnenmarkts ignoriert. Insbesondere wird das bewährte Prinzip des europäischen Passes für die harmonisierte Tätigkeit der Verwahrung von Finanzinstrumenten im Sinne der MiFID II aberkannt, das europäische Regulierungsgefüge zwischen dem MiFID II- und dem kommenden MiCA-Regelwerk verkannt und eine EU-rechtswidrige Diskriminierung von hoch-regulierten CRR-Kreditinstituten in Kauf genommen.

Dabei ist auch zu bedenken, dass andere Mitgliedstaaten bislang keine derartigen Restriktionen kennen. Fonds, die (auch) in solche DLT-basierten Wertpapiere investieren wollen, können z.B. problemlos in Luxemburg oder Frankreich aufgelegt werden, die dortigen Verwahrstellen können – EU-rechtskonform und im Einklang mit den harmonisierten Regelungen – diese Finanzinstrumente unter ihrer bestehenden Lizenz verwahren. Die Hauptniederlassungen unserer betroffenen Mitgliedsinstitute sind leider entsprechend über das deutsche Verständnis alarmiert.

Die momentane Rechtsunsicherheit in Deutschland stellt somit neben ihrer rechtlichen, wirtschaftlichen und politischen Dimension auch ein ausgeprägtes Hindernis für die Weiterentwicklung von Fondsprodukten am Standort Deutschland dar und damit ist geeignet, weiteres Fondsgeschäft an ausländische Standorte zu verlieren.

¹ Wie der Presse zu entnehmen ist, plant auch eine weitere bedeutende Verwahrstelle zeitnah eine Umwandlung in eine EU-Zweigniederlassung. Dann würde sich der Anteil des betroffenen Fondsvermögens auf etwa 1085 Mrd. Euro oder 41% erhöhen.

Aus diesem Grund und wie bereits bei der mündlichen Anhörung am 28. April 2023 vorgetragen, liegt der Schwerpunkt unserer Petiten auf der Klärung dieser Rechtsfragen. Unsere wesentlichen Anliegen lassen sich dabei wie folgt zusammenfassen:

- Klarstellung, dass in Deutschland der sog. europäische Pass für die Verwahrung und Verwaltung von Finanzinstrumenten EU-rechtskonform anerkannt wird, in der Ausgestaltung und mit dem Erlaubnisumfang, den er durch Art. 18 der DLT-Pilot Regime-Verordnung erhalten hat. Somit bedürfen EU-Zweigniederlassungen, die in Deutschland tätig sind und deren Hauptniederlassungen im Herkunftsstaat eine Erlaubnis nach der MiFID II für die Verwahrung und Verwaltung von Finanzinstrumenten innehaben, keiner zusätzlichen Erlaubnis für das Kryptoverwahrgeschäft, soweit sie Kryptowertpapiere im Sinne des eWpG einschließlich (zukunftsgerichtet) Kryptoaktien oder Kryptofondsanteile verwahren. Dies muss gleichermaßen für die Verwahrung im Rahmen der Tätigkeit als Verwahrstelle für Fonds wie auch für die Verwahrung in der Eigenschaft als Depotführer für andere Kunden gelten. Auch für die Tätigkeit als Verwahrer im Sinne des eWpG muss eine vom EU-Herkunftsstaat gewährte Erlaubnis für die Verwahrung und Verwaltung von Finanzinstrumenten entsprechend den Regelungen des europäischen Passes anerkannt werden.
- Schaffung einer Ausnahmeregelung im KWG für Verwahrstellen im Sinne des § 68 Absatz 2 in Verbindung mit Absatz 3 Satz 3 KAGB oder im Sinne des § 80 Absatz 2 Nr. 1 des Kapitalanlagegesetzbuches von der Erlaubnispflicht für die Kryptofondsanteilregisterführung. Diese Ausnahme soll ausschließlich für Kryptofondsanteilregisterführung im Zusammenhang mit der Ausgabe und Rücknahme von Anteilen an den Fonds, für die sie als Verwahrstelle beauftragt wurden, gelten.

Hilfswise regen wir eine eng begrenzte Ausnahmeregelung von der Erlaubnispflicht für die Kryptofondsanteilregisterführung durch Verwahrstellen, die als EU-Zweigniederlassung organisiert sind, an.

Darüber hinaus möchten wir Sie bitten, Ihre Aufmerksamkeit auf das folgende steuerliche Thema zu richten:

- In Artikel 17 Nummer 1 und 2 wird erfreulicherweise die **Umsatzsteuerfreiheit der Konsortialführergebühr** aufgegriffen und ein „Level-Playing-Field“ in der EU geschaffen. Bei der Gesetzesänderung des § 4 Nummer 8 Buchstabe a und Buchstabe g UStG handelt es sich jedoch nicht um eine Änderung der Rechtslage, sondern vielmehr um eine (sehr späte) nachholende vollständige Umsetzung des Art. 135 Abs. 1 Buchstabe b und Buchstabe c der Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (MwStSystRL) in deutsches Umsatzsteuerrecht. Diese sollte somit in allen noch offenen Fällen anzuwenden sein, um nicht nur ein „Level-Playing-Field“ in der Zukunft, sondern auch eine europarechtlich gebotene Gleichbehandlung in allen noch offenen Fälle der Konsortialbanken in Deutschland zu schaffen.

Im Anhang haben wir Ihnen hierzu konkrete Formulierungsvorschläge zur Anpassung der einzelnen gesetzlichen Regelungen aufbereitet. Anhang I befasst sich dabei mit den Digitalisierungs- und aufsichtsrechtlichen Themen, Anhang II mit den steuerlichen Aspekten.

Wir können die Dringlichkeit unserer Anliegen, vor allem im Hinblick auf die Verwahrung von Kryptowertpapieren, nur unterstreichen und verbinden sie mit der Hoffnung auf entsprechende Änderungen im Entwurf.

Für Rückfragen oder einen Austausch hierzu stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Andreas Prechtel

Sabine Kimmich

Anhang:

Anlage 1 - Aufsichtsrechtliche Petiten zum Entwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (Zukunftsfinanzierungsgesetz - ZuFinG)

Anlage 2 - Steuerliche Petiten zum Entwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (Zukunftsfinanzierungsgesetz - ZuFinG)

Anlage 1

Aufsichtsrechtliche Petiten zum Entwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (Zukunftsfinanzierungsgesetz - ZuFinG)

I. Petiten zur Anerkennung des europäischen Passes für die Verwahrung und Verwaltung von DLT-Finanzinstrumenten iSd MiFID II

Der deutsche Gesetzgeber ist durch jüngste Änderungen der MiFID II aufgefordert, den konkretisierten Begriff der Finanzinstrumente in der MiFID II im deutschen Recht umzusetzen und damit auch die Entscheidung des europäischen Gesetzgebers, dass es für solche Finanzinstrumente unerheblich ist, ob sie auf der DLT basieren oder nicht. Naheliegend wäre hierfür, dies in den Definitionsteilen des KWG und WpIG zu tun und durch ergänzende Klarstellungen im KAGB und eWpG zu ergänzen.

1. In § 1 Abs. 11 KWG und § 2 Abs. 5 WpIG sollte ein neuer Satz 2 eingefügt werden:

„Finanzinstrumente im Sinne der Nummern 1, 3-6, 8 und 9 sind auch mittels Distributed-Ledger-Technologie emittierte Finanzinstrumente.“

2. In § 68 Abs. 3 KAGB sollte Satz 3 wie folgt ergänzt werden:

„Verwaltet die OGAW-Kapitalverwaltungsgesellschaft inländische OGAW, muss die Verwahrstelle ihren Sitz im Geltungsbereich dieses Gesetzes haben. Bei der Verwahrstelle für einen inländischen OGAW muss es sich um ein CRR-Kreditinstitut im Sinne des § 1 Absatz 3d des Kreditwesengesetzes handeln, das über die Erlaubnis zum Betreiben des Depotgeschäfts nach § 1 Absatz 1 Satz 2 Nummer 5 des Kreditwesengesetzes verfügt. Als Verwahrstelle für inländische OGAW kann auch eine Zweigniederlassung eines CRR-Kreditinstituts im Sinne des § 53b Absatz 1 Satz 1 des Kreditwesengesetzes im Geltungsbereich dieses Gesetzes beauftragt werden, **dessen Zulassung auf die Verwahrung und Verwaltung von Finanzinstrumenten im Sinne der Richtlinie 2014/65/EU erstreckt.**“

3. In § 80 Abs. 7 KAGB sollte Satz 1 wie folgt ergänzt werden:

„Wird für den inländischen AIF eine Verwahrstelle im Sinne des Absatzes 2 Nummer 1 beauftragt, muss es sich um ein CRR-Kreditinstitut im Sinne des § 1 Absatz 3d des Kreditwesengesetzes handeln, das über die Erlaubnis zum Betreiben des Depotgeschäfts nach § 1 Absatz 1 Satz 2 Nummer 5 des Kreditwesengesetzes oder zur Erbringung des eingeschränkten Verwahrgeschäfts nach § 1 Absatz 1a Satz 2 Nummer 12 des Kreditwesengesetzes verfügt bzw. dessen Zulassung sich auf die Verwahrung und Verwaltung von Finanzinstrumenten im Sinne der Richtlinie 2014/65/ EU erstreckt.“

4. § 4 Abs. 6 eWpG sollte wie folgt ergänzt werden:

„Verwahrer ist, wer über die Erlaubnis zum Betreiben des Depotgeschäfts im Inland oder als CRR-Kreditinstitut oder Wertpapierinstitut mit Sitz in einem anderen Vertragsstaat des Europäischen Wirtschaftsraums über die Erlaubnis zur Verwahrung und Verwaltung von Finanzinstrumenten im Sinne der Richtlinie 2014/65/EU verfügt.“

Begründung:

Umsetzung der Vorgaben aus der MiFID II

Die Ergänzung der Definition des Finanzinstruments in § 1 KWG und § 2 WpIG dient der Umsetzung der jüngsten Änderung der Richtlinie 2014/65/EU (MiFID II) durch die europäische DLT-Pilotregime-Verordnung (Verordnung (EU) 2022/858) und der ausdrücklichen Verankerung der Wertung des europäischen Gesetzgebers, dass die Einordnung eines Finanzinstrumentes im Sinne der MiFID II unabhängig davon ist, ob dieses „traditionell“ oder mittels DLT emittiert wurde.

Der europäische Gesetzgeber hat explizit darauf verzichtet, für die Verwahrung und Verwaltung von auf der DLT basierenden Finanzinstrumenten zusätzliche Erlaubnistatbestände aufzustellen. Die neue Rechtslage ist dementsprechend eindeutig darauf gerichtet, dass die Verwahrung und Verwaltung dieser Finanzinstrumente von der Erlaubnis eines Instituts nach MiFID II oder CRD V einschließlich aller dafür notwendigen technischen Schritte umfasst ist, sofern sich die Erlaubnis eines Instituts auch auf die Verwahrung und Verwaltung von Finanzinstrumenten erstreckt. Dies sollte der deutsche Gesetzgeber entsprechend übernehmen. Der Tatbestand der Verwahrung und Verwaltung von Finanzinstrumenten im Sinne des Anhang I Teil B Nr. 1 der Richtlinie 2014/65/EU (MiFID II) erfasst unmissverständlich auch DLT-basierte Finanzinstrumente. Durch die ab dem 23. März 2023 geltende Änderung des Art. 4 MiFID II (vgl. Art. 18 DLT-Pilotregime-Verordnung) wurde klargestellt, dass die Einordnung als Finanzinstrument unabhängig davon ist, ob ein Finanzinstrument mittels DLT emittiert wurde oder nicht. Deutsche Kryptowertpapiere und Kryptofondsanteile erfüllen diese europarechtliche Definition des Finanzinstruments im Sinne der MiFID II, unabhängig davon, dass sie zusätzlich nach deutschem Recht zum Wertpapier im Sinne des DepotG erklärt wurden. Es ist daher kein Grund ersichtlich ist, warum sie nicht von der heimatstaatlichen Erlaubnis für die

Verwaltung und Verwahrung von Finanzinstrumenten der in Deutschland tätigen EU-Zweigniederlassungen umfasst sein können

Die Ergänzungen in § 68 und § 80 KAGB bezwecken eine damit korrelierende Klarstellung, dass für die Tätigkeit von EU-Zweigniederlassungen von CRR-Kreditinstituten, die in Deutschland als Verwahrstelle nach § 68 bzw. § 80 KAGB beauftragt wurden, die herkunftsstaatliche Erlaubnis und der dort herrschende (MiFID II-konforme) Umfang des Tatbestands der Verwahrung und Verwaltung von Finanzinstrumenten maßgeblich ist.

Die Ergänzung in § 4 Abs. 6 eWpG soll rein vorsorglich vermeiden, dass regulierte Institute mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat, die über eine Erlaubnis für die Verwahrung und Verwaltung von (DLT-basierten) Finanzinstrumenten verfügen, mangels inländischer Erlaubnis für die Erbringung des Depotgeschäfts von der Tätigkeit als Verwahrer von elektronischen Wertpapieren ausgeschlossen werden.

Probleme mit der aktuellen gesetzlichen Regelung und praktische Folgen

Alle diese Klarstellungen sind vor dem Hintergrund essentiell, als dass die BaFin ausweislich eines Schreibens an eines unserer Mitgliedsinstitute derzeit ausdrücklich die Auffassung vertritt, dass die herkunftsstaatliche Lizenz von CRR-Kreditinstituten für die Verwahrung und Verwaltung von Finanzinstrumenten die Verwahrung von Kryptowertpapieren und Kryptofondsanteilen iSd eWpG und KAGB durch Zweigniederlassungen in Deutschland nicht mit umfasst.

Diese Auffassung der BaFin führt dazu, dass regulierte Institute mit einer EU-Pass-fähigen Erlaubnis für die Verwahrung und Verwaltung von Finanzinstrumenten in ihrem Heimatstaat diese deutschen Kryptowertpapiere nicht verwahren dürfen, sofern sie hierfür nicht zusätzlich eine inländische Erlaubnis für die Erbringung des Kryptoverwahrgeschäfts nach § 1 Abs. 3 Nr. 10 KWG innehaben. EU-Zweigniederlassungen wird damit faktisch ein Tätigkeitsverbot auferlegt, da sie eine inländische Erlaubnis zusätzlich zu ihrer Erlaubnis im Herkunftsstaat ganz grundsätzlich aufgrund ihrer Organisationsform nicht erlangen können.

Dieses faktische Tätigkeitsverbot wiegt besonders schwer im Fall von Verwahrstellen, die als EU-Zweigniederlassungen organisiert sind. Denn deutsche Fonds können, wenn sie eine solche Verwahrstelle beauftragt haben, entweder gar nicht in Kryptowertpapiere und/oder Kryptofondsanteile (und zukünftig Kryptoaktien) investieren oder müssen die Verwahrstelle wechseln.

Drohende Auswirkungen auf den Finanzplatz

Angesichts des Umfangs des von EU-Zweigniederlassungen verwahrten Fondsvermögens sind die Implikationen immens und tiefgehend. Auf Grundlage der aktuellen BVI-Verwahrstellenstatistik ist davon potenziell ein **Fondsvermögen von derzeit EUR**

788.266.000.000 betroffen, d.h. gemessen am verwahrten Fondsvermögen **ca. 31% der in Deutschland verwahrten Fondsvermögen.**²

Dies wäre der deutschen Fondsindustrie nicht vermittelbar und dürfte u.E. zeitnah zu Nachteilen des Fondsstandorts Deutschland zu Gunsten anderer europäischer Standorte führen. Unsere Mitgliedsinstitute berichten schon jetzt von entsprechenden Projekten und auch Anfragen von KVGn, die jedoch wegen der unklaren Rechtslage vorerst nicht weiterverfolgt werden können.

Abgesehen davon wird der Erfolg von Kryptowertpapieren im Markt möglicherweise darunter leiden, wenn große Teile der Anlegerschaft nur erschwerten Zugang dazu haben, weil ihre depotführenden Stellen bzw. Verwahrstellen diese nicht für sie verwahren können. Die Marktfähigkeit von Kryptowertpapieren könnte somit von Anfang an durch verringerte Liquidität und rechtliche Unsicherheit beeinträchtigt sein.

Diese Konsequenzen können durch eine einfache Klarstellung im Sinne einer 1:1-Umsetzung der jüngsten MiFID II-Änderung vermieden werden. Zugleich würde dadurch die erhebliche Rechtsunsicherheit, die im Markt zwischenzeitlich entstanden ist, unmissverständlich ausgeräumt.

II. Petition zur Kryptofondsanteilregisterführung durch Verwahrstellen

Wir regen an, eine Ausnahmeregelung für Verwahrstellen im Sinne des KAGB von der Erlaubnispflicht nach § 32 KWG für die Kryptofondsanteilregisterführung nach KryptoFAV einzuführen.

Hilfsweise: Klarstellung in § 2 KWG durch Einführung einer eng begrenzten Ausnahmeregelung, dass Verwahrstellen, die als EU-Zweigniederlassung organisiert sind, im Rahmen der Ausgabe und Rücknahme von Kryptofondsanteilen auch Tätigkeiten vornehmen können, die als Kryptofondsanteilregisterführung einzustufen sind, ohne eine zusätzliche Erlaubnis nach KWG hierfür zu benötigen.

Begründung:

Die derzeitige Auslegung des Gesetzeswortlauts durch die BaFin führt dazu, dass Verwahrstellen eine zusätzliche Erlaubnis für die Erbringung der Kryptowertpapierregisterführung benötigen, wenn sie im Zusammenhang mit der Ausgabe und Rücknahme von Kryptofondsanteilen Aufgaben wahrnehmen, die zugleich als Kryptofondsanteilregisterführung einzustufen sind.

² Wie der Presse zu entnehmen ist, plant auch eine weitere bedeutende Verwahrstelle eine Umwandlung in eine EU-Zweigniederlassung. Dann würde sich der Anteil des betroffenen Fondsvermögens auf etwa 1085 Mrd. Euro oder 41% erhöhen.

Das Zusammenfallen der Verwahrstellenaufgaben und der Kryptofondsanteilregisterführung ist dabei der gesetzlich gewünschte Regelfall (vgl. § 3 KryptoFAV). Überlappungen dieser beiden Tätigkeitsfelder bestehen insbesondere bei der Entgegennahme von Weisungen, Registerangaben, KYC und der mit der Ausgabe und Rücknahme von Fondsanteilen verbundenen Zahlungsabwicklung.

Verwahrstellen, die nicht über eine zusätzliche Erlaubnis verfügen, müssten nach aktuellem Stand einen Dritten mit entsprechender Lizenz für die Erbringung der Kryptowertpapierregisterführung für die Tätigkeit der Registerführung einsetzen, obwohl diese eng mit den eigenen (nicht auslagerbaren) Verwahrstellenaufgaben verbunden sind.

Die dadurch bewirkte künstliche Aufspaltung von Verwahrstellenaufgaben und Aufgaben der Registerführung im Rahmen der Ausgabe und Rücknahme von Anteilsscheinen auf zwei unterschiedliche Einheiten führt nach unseren Erkenntnissen zu wirtschaftlichen und operationellen Schwierigkeiten.

Im Falle von Verwahrstellen, die als EU-Zweigniederlassungen organisiert sind, kommt erschwerend hinzu, dass sie aufgrund ihrer Organisationsform grundsätzlich keine inländische Erlaubnis erlangen können. Insofern führt die derzeitige Regelung auch zu einer erheblichen Schlechterstellung von EU-Zweigniederlassungen im Vergleich zu Verwahrstellen mit inländischer Erlaubnis, da EU-Zweigniederlassungen immer einen Dritten als registerführende Stelle einsetzen müssen. Andere Verwahrstellen, die in Deutschland als eigenständige Gesellschaft organisiert sind, bleibt es hingegen unbenommen, diese Dienstleistungen zusammen mit ihren Verwahrstellenaufgaben effizient in Personalunion zu erbringen, wenn sie eine zusätzliche Erlaubnis erhalten.

Kapitalverwaltungsgesellschaften wollen ihre bestehenden Fonds und neuen Fondsprodukte zunehmend auf die Blockchain heben und Kryptofondsanteile ausgeben. Sofern die von ihnen beauftragte Verwahrstelle jedoch als EU-Zweigniederlassung organisiert ist oder als inländisches Institut (noch) nicht über die erforderliche zusätzliche Erlaubnis für die Kryptowertpapierregisterführung verfügt, würde die hier zwingende Einbindung eines Dritten als Kryptofondsanteilregisterführer neben komplexeren und operativ stärker risikobehafteten Prozessen (mit den einhergehenden Nachteilen für den Anlegerschutz) auch zu Mehrkosten für den Fonds und letztlich für die Anleger führen.

Fonds, die derzeit eine EU-Zweigniederlassung als Verwahrstelle haben (das sind ausweislich der aktuellen BVI-Verwahrstellenstatistik über 30% des deutschen Marktes nach Fondsvolumen), werden demnach bei Ausgabe von Kryptofondsanteilen neben der zusätzlichen operativen Komplexität entweder Mehrkosten für ihre Anleger in Kauf nehmen oder über einen (nicht ohne Weiteres durchführbaren) Wechsel der Verwahrstelle nachdenken müssen. Gleiches gilt bei Fonds, deren Verwahrstelle angesichts der lang andauernden und kostenintensiven Erlaubnisverfahren (noch) nicht über die zusätzliche Erlaubnis für die Kryptowertpapierregisterführung verfügt. Dies sind keine Optionen, die die Attraktivität neuer Technologien wie der Blockchain-Technologie fördern oder den deutschen Finanzmarkt in dieser Hinsicht zukunftsfähiger ausgestalten.

Es besteht u.E. auch kein zwingender Bedarf für eine zusätzliche Erlaubnispflicht bei bereits streng regulierten und entsprechend beaufsichtigten Verwahrstellen. Vor dem Hintergrund, dass die Ausübung der registerführenden Tätigkeiten für Kryptofondsanteile durchaus als Teil der Administration von Fondsanteilen angesehen werden kann, müsste eine Verwahrstelle auch ohne eine zusätzliche Erlaubnis die besonderen organisatorischen und technischen Anforderungen erfüllen, die mit der Kryptofondsanteilregisterführung einhergehen, wenn sie im Zusammenhang mit ihren originären Verwahrstellenaufgaben bei der Ausgabe und Rücknahme von Kryptofondsanteilen zugleich Funktionen der registerführenden Stelle für diese Anteile wahrnimmt. Im Rahmen der tätigkeitsbezogenen Verwahrstellenaufsicht durch die BaFin bliebe sie bei dieser Tätigkeit BaFin-beaufsichtigt, unabhängig davon, ob sie als EU-Zweigniederlassung oder als inländisches Institut organisiert ist.

Begründung für das Hilfspetition:

Falls unser Hauptpetition aus Ihrer Sicht als nicht durchführbar erscheint, schlagen wir hilfsweise eine eng begrenzte Ausnahmeregelung im Rahmen des § 2 KWG vor, der EU-Zweigniederlassungen speziell für und begrenzt auf die Konstellation der Ausgabe und Rücknahme von Kryptofondsanteilen durch die Verwahrstelle Tätigkeiten erlaubt, die als Registerführung einzustufen sind, ohne dass hierfür eine gesonderte zusätzliche Erlaubnis nach KWG erforderlich ist. Diese Ausnahmeregelung sollte so formuliert werden, dass dem Bedürfnis nach Beaufsichtigung und Erfüllung der zusätzlichen materiellen Anforderungen an die Kryptowertpapierregisterführung weiterhin im Rahmen der tätigkeitsbezogenen Verwahrstellenaufsicht Rechnung getragen werden kann. Der konkrete Formulierungsvorschlag liegt dem BMF bereits vor:

In § 2 KWG wird ein neuer Absatz 7c eingefügt.

„(7c) Auf CRR-Kreditinstitute mit Sitz in einem anderen Staat des Europäischen Wirtschaftsraums, die als Verwahrstelle im Sinne des § 68 Absatz 2 in Verbindung mit Absatz 3 Satz 3 KAGB oder im Sinne des § 80 Absatz 2 Nr. 1 in Verbindung mit Absatz 6 Satz 1 des Kapitalanlagegesetzbuches beauftragt sind, sind die §§ 1a, 2c, 6b bis 6d, 10 bis 18, 24, 24a, 25, 25c bis 25e, 26 bis 35, 38, 44b, 45 und 51 Absatz 1 dieses Gesetzes nicht anzuwenden, soweit ihre Tätigkeit im Zusammenhang mit der Ausgabe und Rücknahme von Kryptofondsanteilen als Kryptowertpapierregisterführung im Sinne des § 1 Abs. 1a Nr. 8 anzusehen ist und das Institut im Hinblick auf diese Kryptowertpapierregisterführung im Rahmen der Beaufsichtigung nach § 68 Absatz 7 bis 8, auch in Verbindung mit § 87, bzw. § 86 des Kapitalanlagegesetzbuchs beaufsichtigt wird.“

III. Petiten zur Verwahrung von Kryptowertpapieren

1. **Die Begründung des Zukunftsfinanzierungsgesetzes bedarf einer Klarstellung, wonach die Verwahrung durch Intermediäre bei allen Arten von Kryptowertpapieren – einschließlich Kryptoaktien – grundsätzlich möglich ist.**

Begründung:

Auf S. 92 des Referentenentwurfs wird zu Art. 12 Nr. 1 lit. a), 3. Absatz die Aussage getroffen, dass „bei Kryptoaktien, die in ein mittels der Blockchain-Technologie oder vergleichbarer Technologien geführtes Kryptowertpapierregister eingetragen sind, [...] aber nun Intermediäre für das Halten und Verfügen gerade nicht mehr erforderlich [sind]“. Diese Aussage könnte dahingehend missverstanden werden (und wird es dem Vernehmen nach auch vereinzelt), dass Intermediäre im Rahmen der Verwahrung und Verwaltung von Kryptoaktien generell keine Rolle mehr spielen. Dieses Missverständnis sollte durch eine entsprechende Klarstellung in der Begründung ausgeräumt werden, da nach unserem Verständnis Intermediäre bei Kryptowertpapieren in Einzeleintragung zwar sicherlich nicht mehr zwingend sind, aber zumindest bei Kryptowertpapieren in Sammeleintragung weiterhin erforderlich sein werden. Auch allgemein sollte klargestellt werden, dass Kunden weiterhin die Vorteile einer depotmäßigen Verwahrung bei Kryptowertpapieren in Anspruch nehmen können, wenn sie dies wünschen.

2. **Es sollte klargestellt werden, dass auch bei einer Eigenverwahrung und -verwaltung von Kryptowertpapieren in Einzeleintragung die Einschaltung eines Dritten zur Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben zu einer entsprechenden Erlaubnispflicht dieses Dritten für die Erbringung des Depotgeschäfts bzw. die Verwahrung und Verwaltung von Finanzinstrumenten im Sinne der MiFID II führt.**

Begründung:

Nicht nur die Verwahrung sondern auch die (ggf. isoliert erbrachte) Verwaltung von Wertpapieren für andere stellt eine erlaubnispflichtige Tätigkeit dar (vgl. BaFin Merkblatt Depotgeschäft). Wenn an der Verwaltung von Kryptowertpapieren Dritte beteiligt sind, so sollte aus Gründen des Anlegerschutzes sowie zur Sicherstellung eines möglichst reibungslos funktionierenden Kapitalmarkts nicht von einer Erlaubnispflicht dieses Dritten abgesehen werden.

Trotz der vornehmlich automatisierten Verwaltung von Kryptowertpapieren in Einzeleintragung halten wir es für wahrscheinlich, dass Dritte im Zusammenhang mit Dividendenzahlungen, Kapitalmaßnahmen und Stimmrechtsvertretungen über smart contracts involviert sind, z.B. im Rahmen der entsprechenden Programmierung, Beschaffung, Implementierung und Wartung, aber auch bei der Durchführung der Zahlungsvorgänge. Dies sollte nicht Dritten ohne entsprechende Erlaubnis und Beaufsichtigung für die Verwahrung und Verwaltung von Finanzinstrumenten überlassen werden können.

IV. Petitum zum AGB-Recht

§ 310 Abs. 1a BGB idF des Referentenentwurfs sollte wie folgt gefasst werden:

„Die §§ 305c, 307 und 308 Nr. 1a und 1b sind nicht anzuwenden auf Verträge über eines der Geschäfte nach Satz 2, wenn ein Unternehmer, der im Inland oder Ausland für ein solches Geschäft eine Erlaubnis hat und der Aufsicht unterliegt, den Vertrag geschlossen hat mit

1. [...]
2. einem großen Unternehmer im Sinne des Satzes 3, der keine Erlaubnis für ein solches Geschäft hat, aber im Inland oder Ausland für eines der anderen Geschäfte nach Satz 2 **eine Erlaubnis** hat und der Aufsicht unterliegt,
[...]

Ein Unternehmer ist als großer Unternehmer nach Satz 1 Nummer 2 anzusehen, wenn er in den beiden Kalenderjahren vor dem Vertragsschluss im Jahresdurchschnitt nach § 267 Abs. 5 des Handelsgesetzbuchs jeweils mindestens 250 Arbeitnehmer beschäftigt hat und

1. er in den beiden Kalenderjahren vor dem Vertragsschluss jeweils Umsatzerlöse von mehr als 50 Millionen Euro erzielt hat oder
2. seine Bilanzsumme nach § 267 Absatz 4a des Handelsgesetzbuchs sich in den letzten beiden Geschäftsjahren vor dem Vertragsschluss jeweils auf mehr als 43 Millionen Euro belaufen hat

oder wenn er als geeignete Gegenpartei im Sinne des § 67 Abs. 4 Satz 2 des Wertpapierhandelsgesetzes eingestuft ist.

Begründung:

Wir begrüßen die geplante Ausnahme von der AGB-Kontrolle ausdrücklich, denn dies wird gerade im Bereich der Verträge im Finanzdienstleistungsbereich und bei der Verwendung von international verbreiteten Standardklauseln die Rechtssicherheit erheblich erhöhen. Wir regen jedoch zwei Änderungen an:

Zum einen sollte sich die Ausnahme auch auf § 305c BGB erstrecken, da gerade in diesem Bereich Vertragspartner mit den aus weniger geschulter bzw. praxiserfahrener Sicht vielleicht überraschend oder ungewöhnlich erscheinenden Klauseln vertraut sind.

Zum anderen möchten wir anregen, den Kreis der „großen Unternehmer“ um solche Unternehmen zu erweitern, die die Größenkriterien für die Einstufung als professioneller Kunde im Sinne des § 67 Abs. 2 Nr. 2 WpHG erfüllen und zudem einer Einstufung als geeignete Gegenpartei gemäß § 67 Abs. 4 Satz 2 WpHG ausdrücklich zugestimmt haben. Dies würde in der Praxis eine erhebliche Erleichterung darstellen, da hierdurch ein Gleichklang sowohl im Hinblick auf die wertpapierhandelsrechtlichen Pflichten als auch im Hinblick auf die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle bestehen würde. Die administrativ aufwändige und ohnehin erforderliche Kundenklassifizierung nach WpHG könnte auf diese

Weise der gesamten Kundenbeziehung zugrunde gelegt werden. Es müssten nicht für unterschiedliche Zwecke unterschiedliche Daten erhoben, gepflegt und bewertet werden. Unter Kundenschutzgesichtspunkten ist die Schutzwürdigkeit von geeigneten Gegenparteien dergestalt, dass sie auch als große Unternehmen im Sinne des § 310 Abs. 1a BGB betrachtet werden können.

Anlage 2

Steuerliche Petiten zum Entwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (Zukunftsfinanzierungsgesetz - ZuFinG)

Petition zur Umsatzsteuerfreiheit der Konsortialführergebühr (s. Artikel 17 (Änderung des Umsatzsteuergesetzes) und Artikel 30 (Inkrafttreten))

In Artikel 17 Nummer 1 und 2 wird erfreulicherweise die Umsatzsteuerfreiheit der Konsortialführergebühr aufgegriffen und ein „Level-Playing-Field“ in der EU geschaffen. Bei der Gesetzesänderung des § 4 Nummer 8 Buchstabe a und Buchstabe g UStG handelt es sich jedoch nicht um eine Änderung der Rechtslage, sondern vielmehr um eine (sehr späte) nachholende vollständige Umsetzung des Art. 135 Abs. 1 Buchstabe b und Buchstabe c der Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (MwStSystRL) in deutsches Umsatzsteuerrecht. Diese sollte somit in allen noch offenen Fällen anzuwenden sein, um nicht nur ein „Level-Playing-Field“ in der Zukunft, sondern auch eine europarechtlich gebotene Gleichbehandlung in allen noch offenen Fälle der Konsortialbanken in Deutschland zu schaffen. Unnötige Rechtsstreitigkeiten könnten somit vermieden werden.

Wir bitten daher um eine entsprechende Klarstellung gemäß nachfolgenden Vorschlägen:

1. Zu Artikel 30 (Inkrafttreten)

VORSCHLAG: Artikel 30 sollte wie folgt geändert werden:

„(2) Artikel 7 und 8, Artikel 16 Nummer 1 bis 4, 6 und 8, Artikel 17 Nummer 3 sowie Artikel 29 treten am 1. Januar 2024 in Kraft.“

Es sollte mit einem sofortigen Inkrafttreten nach Gesetzesverkündung klargestellt werden, dass es sich bei dieser Gesetzesänderung des § 4 Nummer 8 Buchstabe a und Buchstabe g UStG um keine neue Rechtslage handelt, sondern nur um eine nachholende vollständige Umsetzung der EU-Mehrwertsteuersystemrichtlinie aus dem Jahr 1977 in deutsches Mehrwertsteuerrecht, die somit in allen noch offenen Fällen anzuwenden sein sollte.

2. Zur Gesetzesbegründung zu Artikel 30

VORSCHLAG: Die Gesetzesbegründung zu Artikel 30 sollte wie folgt geändert werden:

„Grundsätzlich sollen die Regelungen des Zukunftsfinanzierungsgesetzes so bald wie möglich, nämlich am Tag nach der Verkündung, in Kraft treten, damit die hiermit verfolgten Ziele möglichst bald erreicht werden. (...) Die Änderungen der § 4 Nummer 8 Buchstabe ~~a, g~~ und h UStG treten zum 1. Januar 2024 in Kraft. Den betroffenen Unternehmen wird damit ausreichend Zeit für erforderliche – auch technische – Umstellungsmaßnahmen eingeräumt. Eine rückwirkende Anwendung ist für den umsatzsteuerrechtlichen Teil nach § 4 Nummer 8 Buchstabe h UStG nicht möglich. (...)“

3. Zeitnahe Veröffentlichung eines BMF-Schreibens zur Änderung des § 4 Nummer 8 Buchstabe a und Buchstabe g UStG (gem. Artikel 17 Nummer 1 und 2)

Es sollte umgehend nach der Verkündung des Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (Zukunftsfinanzierungsgesetz) folgendes in einem BMF-Schreiben klargestellt werden:

„Mit dem Gesetz zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (Zukunftsfinanzierungsgesetz) vom [...] 2023 (BStBl [...]) wird § 4 Nummer 8 Buchstabe a und Buchstabe g UStG vollständig an die Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (MwStSystRL) angepasst. Mit dieser Eins-zu-eins-Umsetzung in nationales Recht wird keine neue Rechtslage geschaffen, sie stellt lediglich eine nachholende Klarstellung dar. Es wird daher nicht beanstandet, wenn diese Gesetzesänderung in allen noch offenen Fällen angewandt wird.“