

Gravenbrucher Kreis befürwortet im Grundsatz das Aussonderungsrecht des Kunden im Fall der Insolvenz des Kryptoverwahrers

Hamburg, Frankfurt a. M., den 9. Mai 2023

Das Bundesministerium der Finanzen und das Bundesministerium der Justiz haben am 12. April 2023 einen Referentenentwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen veröffentlicht.

Ziel des Gesetzes ist es, insbesondere Startups, Wachstumsunternehmen sowie kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) als Treiber von Innovationen den Zugang zum Kapitalmarkt und die Aufnahme von Eigenkapital zu erleichtern.

Der Referentenentwurf setzt dabei insbesondere absehbare europäische Vorgaben zum Schutz des von Kryptoverwahrern verwahrten Kundenvermögens um (Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Märkte für Kryptowerte („MiCA“), COM(2020) 593 final, letzter Stand: 5. Oktober 2022, Az.: 2020/0265 (COD)) und stellt den Umgang mit Kryptowerten in deren Insolvenz klar.

Der Referentenentwurf regelt dies im Kreditwesengesetz durch die angedachte Einführung des § 46i KWG Ref-E, der von den geplanten Neuregelungen der §§ 26b, 57 KWG Ref-E flankiert wird. Demnach sollen die für einen Kunden bei einem Kryptoverwahrer verwahrten Kryptowerte als dem Kunden zugehörig gelten. Damit wird dem Kunden ein Aussonderungsrecht i. S. d. § 47 InsO gewährt.

Der Gravenbrucher Kreis befürwortet im Grundsatz die insolvenzrechtlichen Regelungen des Referentenentwurfs.

Zu einzelnen Punkten des Referentenentwurfs bezieht der Gravenbrucher Kreis wie folgt Stellung:

SPRECHER:

RA Stefan Denkhäus
Jungfernstieg 30
20354 Hamburg
Tel +49 (0)40 35 006 188
Fax +49 (0)40 35 006 176

www.gravenbrucher-kreis.de
kontakt@gravenbrucher-kreis.de

AKTIVE MITGLIEDER:

RA Dr. Dirk Andres
RA Axel W. Bierbach
RA Volker Böhm
RA Stefan Denkhäus
RA Joachim Exner
RA Prof. Dr. Lucas F. Flöther
RA Dr. Michael C. Frege
WP StB Arndt Geiwitz
RA Tobias Hoefler
RA Dr. Michael Jaffé
RA Dr. Frank Kebekus
RA Dr. Bruno M. Kübler
RA StB Dr. Christoph Morgen
RA Martin Mucha
RA Michael Pluta
RA Dr. Jens M. Schmidt
RA Christopher Seagon
RA Dr. Sven-Holger Undritz
RA Rüdiger Wienberg

PASSIVE MITGLIEDER:

RA Prof. Dr. Siegfried Beck
RA Udo Feser
RA Dr. Volker Grub
RA WP StB Ottmar Hermann
RA Prof. Dr. Rolf-Dieter Mönning
RA Dr. Wolfgang Petereit
RA Dr. Andreas Ringstmeier
RA Hans P. Runkel
WP StB Werner Schneider
RA Dr. Gerd Gustav Weiland

Gravenbrucher Kreis e. V.
Goldsteinstraße 114
60528 Frankfurt am Main

Veinsregister-Nummer VR 16102
Amtsgericht Frankfurt am Main

A. Rechtssicherheit für Inhaber von Utility-Token

Gem. § 46i Abs. 1 Satz 1 KWG Ref-E gilt der im Rahmen eines Kryptoverwahrgeschäfts für einen Kunden verwahrte Kryptowert als dem Kunden gehörig.

Kryptowerte werden in § 1 Abs. 11 Satz 4 KWG definiert als 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 oder juristischen Personen aufgrund einer Vereinbarung oder tatsächlichen Übung als Tausch- oder Zahlungsmittel akzeptiert wird oder Anlagezwecken dient und der auf elektronischem Wege übertragen, gespeichert und gehandelt werden kann.

Ob von dieser Definition auch Utility-Token umfasst sind, kommt auf die konkrete Ausgestaltung des einzelnen Utility-Tokens an (*Patz*, BKR 2021, 725, 727; *Kleinert/Mayer*, EuZW 2019, 857, 859; *FSM-KWG/Schäfer*, 6. Aufl. 2023, KWG § 1 Rn. 300c).

Hingegen umfasst die Definition von Kryptowerten aus Art. 3 Abs. 1 Nr. 2 MiCA ('crypto-asset' means a digital representation of a value or a right which may be transferred and stored electronically, using distributed ledger technology or similar technology) jegliche Arten von Utility-Token, wie Art. 3 Abs. 1 Nr. 5 MiCA klarstellt ('utility token' means a type of crypto-asset which is only intended to provide access to a good or a service supplied by the issuer of that token).

In Art. 67 Abs. 10 MiCA wird der Begriff *crypto-assets* aufgegriffen, zu denen – wie eben beschrieben – auch Utility Token gehören: „The crypto-assets held in custody shall be insulated from crypto-asset service provider 's estate in the interest of the clients of the crypto-asset service provider under relevant law, such that creditors of the crypto-asset service provider have no recourse on the crypto-assets held in custody, in particular in the event of insolvency“.

Diese Anforderungen lassen sich insolvenzrechtlich durch die Gewährung eines Aussonderungsrechts (§ 47 InsO) umsetzen.

Es ist daher geboten, auch jegliche Arten von Utility-Token einer Lösung in Form eines Aussonderungsrechts zuzuführen. Umsetzen ließe sich dies entweder durch eine Anpassung der Definition in § 1 KWG oder aber durch eine zusätzliche Regelung in den §§ 26b, 46i KWG Ref-E. Die Anpassung der Definition in § 1 KWG hätte allerdings weitreichende Folgen, weil solche dann als Finanzinstrumente anzusehen wären. Daher bietet sich aus Sicht des Gravenbrucher Kreises eine Anpassung der §§ 26b, 46i KWG Ref-E an, um einerseits den Anforderungen der MiCA gerecht zu werden und andererseits Rechtssicherheit für Inhaber solcher Token zu schaffen.

B. Anpassung des § 26b Abs. 2 KWG Ref-E

Nach § 26b Abs. 2 KWG Ref-E hat das Institut sicherzustellen, dass über die verwahrten Kryptowerte und privaten kryptographischen Schlüssel ohne ausdrückliche Einwilligung des Kunden nicht für eigene Rechnung des Instituts oder für Rechnung einer anderen Person verfügt werden kann.

Der Gravenbrucher Kreis regt an, den Satzteil „für eigene Rechnung des Instituts oder für Rechnung einer anderen Person“ zu streichen. Es sollten gar keine Verfügungen ohne Einwilligung des Kunden erfolgen. So sieht es auch die Begründung des Ref-E auf S. 119 vor.

Zudem erläutert der Ref-E nicht weiter, was unter „ausdrücklicher“ Einwilligung zu verstehen ist. Vom bestehen der „ausdrücklichen“ Einwilligung kann abhängen, ob dem Kunden ein Aussonderungsrecht zusteht (vgl. § 46i Abs. 1 Satz 2 KWG Ref-E); dies ist der Fall, wenn der Kunde eine Einwilligung zu Verfügungen über den Wert für Rechnung des Instituts oder Dritter erteilt hat (vgl. § 46 Abs. 1 Satz 2 KWG Ref-E). Daher wird im Fall der Insolvenz das Vorliegen und ggf. die Rechtmäßigkeit einer solchen Einwilligung vom Insolvenzverwalter zu prüfen sein. Es bietet sich daher im Sinne der Rechtssicherheit an, die Anforderungen an die Einwilligung gesetzlich festzuhalten.

Der Gravenbrucher Kreis regt daher an, dass Wort „ausdrückliche“ durch „schriftliche oder elektronische“ zu ersetzen.

Eine (Folge-)Änderung des § 46i Abs. 1 Satz 2 KWG Ref-E („Einwilligung“) hält der Gravenbrucher Kreis nicht für erforderlich. Es ergibt sich ohne weiteren Hinweis, dass damit eine Einwilligung in der Form des § 26b Abs. 2 KWG Ref-E gemeint ist.

C. Systematische Stellung des § 46i KWG Ref-E

Der derzeitige Entwurf sieht vor, die Regelung des § 46i KWG Ref-E alphabetisch hinter die bereits mit Buchstaben belegten Regelungen der §§ 46a-h KWG hintenanzustellen. Im Sinne des systematischen Zusammenhangs regt der Gravenbrucher Kreis an, § 46i KWG Ref-E hinter die bereits bestehenden insolvenzrechtlichen Regelungen der §§ 46e, 46f KWG als § 46g KWG einzufügen und die bestehenden Regelungen entsprechend um einen Buchstaben nach hinten zu verschieben.

D. Verweis von § 46i Abs. 1 KWG Ref-E auf § 26b Abs. 1 KWG Ref-E

Nach § 46i Abs. 1 Satz 1 gilt der im Rahmen eines Kryptoverwahrgeschäfts für einen Kunden verwahrte Kryptowert als dem Kunden gehörig. Dies gilt ausweislich der Begründung (S. 119) unabhängig davon, ob der Kryptoverwahrer tatsächlich die Kryptowerte und privaten kryptographischen Schlüssel der Kunden getrennt von den eigenen Kryptowerten und kryptographischen Schlüssel verwahrt. Es soll offenbar genügen, dass die Pflicht hierzu besteht; auf die tatsächliche Vermögenstrennung soll es (wohl) nicht ankommen.

Ein Vergleich mit der Vorschrift des § 551 Abs. 3 S. 3 BGB zeigt, dass die Fiktion des § 46i KWG Ref-E systemfremd ist (BeckOK InsR/Haneke, InsO § 47 Rn. 92i). Der Vermieter ist – insofern parallel zur vorgesehenen Vorschrift des § 26b KWG Ref-E – gesetzlich verpflichtet, eine Mietkaution getrennt von seinem eigenen Vermögen anzulegen. Verstößt er gegen diese Pflicht, greift das Aussonderungsrecht des Mieters nicht.

Der Gravenbrucher Kreis regt an, dass Aussonderungsrecht nur zu gewähren, wenn eine Haftungstrennung tatsächlich vorgenommen wurde. Es bietet sich an, in § 46i KWG Ref-E einen Verweis auf § 26b Abs. 1 KWG Ref-E aufzunehmen:

„Der im Rahmen eines Kryptoverwahrgeschäfts für einen Kunden nach Maßgabe des § 26b Abs. 1 verwahrte Kryptowert gilt als dem Kunden gehörig.“

E. Integration des § 46i Abs 2 Alt. 1 KWG Ref-E in Abs. 1

In § 46i Abs. 2 Alt. 1 KWG Ref-E wird erstmals der Begriff „Anteil an Kryptowerten“ verwendet. Unklar ist, ob hiermit der Anteil an einem Kryptowert gemeint ist (z. B. 0,05 Bitcoin) oder der Anteil des Kunden an für mehrere Kunden gebündelt verwahrten Kryptowerten (Omnibus-Wallet). Gemeint ist angesichts des Verweises auf „in gemeinschaftlicher Verwahrung“ und der Begründung auf S. 120 wohl der Omnibus-Wallet.

Dem Gravenbrucher Kreis erschließt sich nicht, warum die in einem Omnibus-Wallet befindlichen Kryptowerte nicht ohnehin schon unter § 46i Abs. 1 Satz 1 KWG Ref-E fallen. Schließlich sind auch in einem Omnibus-Wallet verwahrte Kryptowerte solche, die für einen Kunden verwahrt werden. Aus diesem Grund kann die Regelung des § 46i Abs. 2 Alt. 1 KWG Ref-E ersatzlos gestrichen werden.

F. Widerspruch zwischen Gesetzestext des § 46i Abs. 2 Alt. 2 KWG Ref-E und der Gesetzesbegründung

Nach § 46i Abs. 2 Alt. 2 KWG Ref-E gilt Abs. 1 entsprechend für isoliert verwahrte private kryptographische Schlüssel. Auch diese sollen als dem Kunden zugehörig gelten (§ 46i Abs. 1 Satz 1 KWG Ref-E), wodurch dem Kunden ein Aussonderungsrecht gewährt wird. Insoweit ist die Regelung nicht zu beanstanden.

Die entsprechende Anwendung des § 46i Abs. 1 Satz 2 KWG Ref-E widerspricht jedoch der Begründung auf S. 119, 120. Laut Begründung soll mit der Regelung gerade keine Festlegung in der Frage getroffen werden,

ob private kryptographische Schlüssel sonderrechtsfähig sind oder ob die Berechtigung an ihnen der Berechtigung am öffentlichen Schlüssel oder den unter diesem Schlüssel abgelegten Werten folgt.

Wenn allerdings § 46i Abs. 1 Satz 2 KWG Ref-E entsprechend anwendbar ist, dann kann der Kunde seine Einwilligung zu Verfügungen über den Wert für Rechnung des Instituts oder Dritter erteilen. Verfügungen über private kryptographische Schlüssel sind jedoch nur möglich, wenn diese sonderrechtsfähig sind. Obwohl der Ref-E somit eigentlich keine Entscheidung über die Sonderrechtsfähigkeit treffen wollte, trifft er – bei genauer Betrachtung – eine solche.

Eine solche Entscheidung – gleich wie sie angesichts der vielen Für und Wider ausfällt – erscheint dem Gravenbrucher Kreis angesichts der damit einhergehenden Rechtssicherheit auch wünschenswert. Die derzeitige Regelung provoziert bereits im jetzigen Stadium, dass der eindeutige Wortlaut in Abs. 1 Satz 2 ggf. auf Grundlage der Begründung (S. 119, 120) teleologisch reduziert werden müsste, wenn private kryptographische Schlüssel nicht sonderrechtsfähig sein sollen.

G. § 46i Abs. 3 KWG Ref-E

§ 46i Abs. 3 KWG Ref-E sieht vor, dass der Kunde die Kosten der Aussonderung trägt, wenn der Kunde die Aussonderung an einen anderen als einen Kryptoverwahrer verlangt.

Im Grundsatz trägt die Insolvenzmasse die Kosten der Aussonderung (BGH, Urteil vom 26.5.1988 - IX ZR 276/87, BGHZ 104, 304 = NJW 1988, 3264, 3264; KPB/*Prütting*, 95. EL März 2023, InsO § 47 Rn. 85). Nur wenn der Verwalter besondere Maßnahmen treffen muss, die über die gewöhnlichen Aufwendungen hinausgehen und der Sicherung sowie Erhaltung dienen, kommt ein Kostenerstattungsanspruch gemäß §§ 677, 683, 670 BGB in Betracht (OLG Stuttgart ZIP 1980, 528; NR/*Andres*, 46. EL November 2022, InsO § 47 Rn. 60).

Unter Zugrundelegung dieses Verständnisses, geht der Ref-E davon aus, dass die Aussonderung von Kryptowerten an einen anderen als einen

Kryptoverwahrer über den gewöhnlichen Aufwand hinausgeht. Mangels Erfahrungswerten enthält sich der Gravenbrucher Kreis einer Einschätzung, ob die Aussonderung von Kryptowerten tatsächlich über den gewöhnlichen Aufwand hinausgeht. Der Gravenbrucher Kreis vermag allerdings nicht zu erkennen, warum die Aussonderung an einen Kryptoverwahrer im Hinblick auf die Kostentragung anders gehandhabt werden soll als die Aussonderung an ein eigenes Wallet des Kunden oder eines von ihm benannten Dritten. Der Gravenbrucher Kreis regt daher an, beide Fälle gleich zu behandeln.

Ein Beispiel könnte man dem Schweizer Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs entnehmen. Dort ist in Art. 242a S. 4 geregelt:

„Die Kosten für die Herausgabe sind von demjenigen zu übernehmen, der diese verlangt. Die Konkursverwaltung kann einen entsprechenden Vorschuss verlangen.“

Demnach sind sämtliche Kosten der Aussonderung nach Auffassung des Gravenbrucher Kreises vom Kunden zu tragen.

Gleich, wie sich der Gesetzgeber entscheiden mag, scheint es aus Sicht des Gravenbrucher Kreises angemessen, wenn die Regelung in fünf Jahren nach Inkrafttreten evaluiert wird, um angesichts der sodann gesammelten Erfahrungen gegebenenfalls die rechtlichen Verhältnisse den tatsächlichen Begebenheiten anzugleichen.

H. Nicht ausreichende Umsetzung von Art. 92 MiCA

In § 57 Abs. 2 S. 1 kann die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 mit einer Geldbuße bis zu EUR 500.000,00 geahndet werden. § 57 Abs. 1 KWG Ref-E flankiert die Regelung des § 26b Abs. 1 KWG Ref-E und soll damit Art. 92 Abs. 1 lit. (d) MiCA umsetzen.

Art. 92 Abs. 2 und 3 MiCA statuierten Mindesthöchstmaße für Geldbußen. Gegenüber einer natürlichen Person soll den jeweiligen zuständigen Behörden nach Art. 92 Abs. 2 lit. (e) MiCA durch nationales Recht ermöglicht

werden, Verstöße gegen die in Art. 63 Abs. 1 MiCA und Art. 67 Abs. 10a MiCA statuierten und durch § 26b Abs. 1 KWG Ref-E umgesetzten Vermögenstrennungs- und Bestimmbarkeitspflichten mit Geldbußen bis zu mindestens EUR 700.000,00 zu ahnden.

Damit wird § 57 Abs. 2 S. 1 KWG Ref-E dem Anspruch nicht gerecht, die absehbaren europäischen Vorgaben in der MiCA präventiv umzusetzen.

I. Überschaubare Abschreckungswirkung in § 57 KWG Ref-E

Der starre Geldbußenrahmen von § 57 Abs. 2 Satz 1 KWG Ref-E kann die Vermögenstrennungs- und Bestimmbarkeitspflichten aus § 26b Abs. 1 KWG Ref-E nicht ausreichend absichern. § 26b Abs. 1 KWG Ref-E ist die Grundlage dafür, dass der Kunde im Insolvenzverfahren des Kryptoverwahrers seinen Wert aussondern kann. Sollte daher der Kryptoverwahrer gegen diese zentrale Pflicht verstoßen, würde der Kunde seinen Kryptowert nicht aussondern können und unterläge hinsichtlich seines Anspruchs der Insolvenzquote. Dies wäre für den Kunden unattraktiv und widerspräche damit einhergehend den Regelungszwecken des Ref-E. Deshalb schlägt der Gravenbrucher Kreis vor, zusätzlich Art. 92 Abs. 3 lit. (iii) MiCA umzusetzen, sodass alternativ auch umsatzbasierte Geldbußen i. H. v. maximal 5 Prozent des Jahresumsatzes erlassen werden können.

J. Schlussbetrachtung

Die insolvenzrechtlichen Regelungen im Referentenentwurf werden vom Gravenbrucher Kreis im Grundsatz begrüßt.

Der Referentenentwurf hat es sich zur Aufgabe gemacht, die Leistungsfähigkeit des deutschen Kapitalmarkts zu stärken und die Attraktivität des deutschen Finanzstandorts zu erhöhen. Kryptowerte haben sich in den letzten Jahren zu einem weitverbreiteten Vermögenswert entwickelt, in den immer mehr Menschen investieren. Durch die Regulierung dieser Werte wird für Vorhersehbarkeit bei Investoren gesorgt.

Ein wesentlicher Faktor zur Erhöhung der Attraktivität des deutschen Kapitalmarkts sind die Regelungen bei der Insolvenz eines

Kryptoverwahrers. So haben Kunden die Sicherheit, dass ihre Investments im Fall der Insolvenz des Kryptoverwahrers durch ihr Aussonderungsrecht abgesichert sind.

Daher ist die Regelungsintention des Referentenentwurfs zu begrüßen. In den Details können die Regelungen aber noch nachgeschärft werden.
