



8. März 2019

Schriftliche Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung zu dem Antrag der Fraktion der FDP „Zukunftsfähige Rahmenbedingungen für die Distributed-Ledger-Technologie im Finanzmarkt schaffen“ (BT-Drucksache 19/4217)

Sehr geehrte Frau Vorsitzende,
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

wir danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung zu dem Antrag der Fraktion der FDP „Zukunftsfähige Rahmenbedingungen für die Distributed-Ledger-Technologie im Finanzmarkt schaffen“ (BT-Drucksache 19/4217). Gerne ergreifen wir die Gelegenheit zur Stellungnahme:

Zu den Punkten im Einzelnen:

1. Kompetenzausstattung der BaFin

Wir konnten einen deutlichen Kompetenzaufbau bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht („BaFin“) ab der zweiten Jahreshälfte 2017 beobachten. Das fachliche Wissen bei den auf diese Themen spezialisierten Mitarbeitern ist inzwischen sehr gut.

Allerdings halten wir die personelle Ausstattung der mit den Blockchain/DLT beschäftigten Abteilungen noch für zu gering. Die BaFin ist aktuell nicht nur mit einer Vielzahl von Anfragen durch Unternehmen beschäftigt, sondern auch mit der Koordination und Vorbereitung der korrespondierenden Arbeiten im BMF, der Abstimmung der Fragen auf europäischer Ebene im Rahmen der ESMA und vielfältigen weiteren Aufgabenstellungen. Für eine zeitnahe Bearbeitung der Unternehmens-Anfragen fehlen daher die erforderlichen personellen Kapazitäten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Unternehmen im Hochtechnologiebereich eine sehr hohe Geschwindigkeit bei der Entscheidungsfindung erfordern. Eine Verfahrensdauer von Monaten (statt Wochen) führt sehr häufig dazu, dass die Unternehmen in Jurisdiktionen mit einer agileren Finanzaufsicht ziehen.

2. Transparenz der BaFin in Bezug auf die Blockchain Technologie

Wir unterstützen die Forderung nach größtmöglicher Transparenz bei der behördlichen Entscheidungsfindung über Blockchain-/DLT-bezogene Fragestellungen. Dies gilt in der Tat in besonderem Maße für die BaFin, der die Aufsicht über die Einhaltung von finanzaufsichtsrechtlichen Erlaubnisanforderungen sowie Prospektanforderungen obliegt.

Die BaFin hat in ihrem Hinweisschreiben vom 20.02.2018 (GZ: WA 11-QB 4100-2017/0010) kommuniziert, nur Einzelfallentscheidungen in diesem Bereich treffen zu wollen. Dies schafft jedoch keine hinreichende Transparenz über die gerade entstehende Verwaltungspraxis der BaFin. In ihrer Veröffentlichung vom August 2018 (BaFin Perspektiven) hat die BaFin dann erstmals öffentlich konkretere Hinweise zu der Frage der Token-Klassifizierung gegeben. Die Ausführungen stehen ausdrücklich weiterhin unter dem Vorbehalt der Einzelfallentscheidung.

Die (grundsätzlich verständliche) Eigenerwartung der BaFin, nur langfristig aufrecht zu erhaltende Kriterien zu veröffentlichen, behindert eine rechtssichere und sinnvoll gesteuerte Entwicklung der schnelllebigen Technologiebranche. Daher begrüßen wir den Beginn der öffentlichen Kommunikation über die aktuell angelegten Abgrenzungskriterien im August 2018 und regen eine Fortschreibung dieser Linie durch Veröffentlichung eines formalen Hinweisschreibens zu dem Thema an.

Ebenfalls für sinnvoll hielten wir die Flankierung eines solchen Hinweisschreibens durch eine Veröffentlichung von Einzelfallentscheidungen, auf anonymisierter Basis. Diesem Wunsch werden regelmäßig datenschutzrechtliche Bedenken sowie die Vertraulichkeitsverpflichtung der BaFin entgegengehalten. Ein Weg, diesen Bedenken zu begegnen, ist eine rein typisierende Darstellung. Die englische Finanzmarktaufsicht FCA hat (Guidance to Crypto Assets, Consultation Paper (CP 19/3)) ebenso wie die MAS aus Singapur (A Guide to Digital Token Offerings) damit begonnen, Musterbeispiele zu bilden,

um Abgrenzungen deutlicher werden zu lassen. Ferner würde eine Einwilligung in eine Veröffentlichung durch die betroffenen Unternehmen von datenschutzrechtlichen sowie Vertraulichkeitsbedenken befreien. Viele Unternehmen haben ausdrücklich Interesse, über das Ergebnis ihrer Abstimmung mit der BaFin zu informieren. Dies wird ihnen jedoch aktuell von der BaFin ausdrücklich untersagt unter Hinweis darauf, dass mit der Auskunft der BaFin, wie der Fall von ihr beurteilt wird, keine Werbung gemacht werden darf.

Die Forderung nach einer mehrsprachigen Veröffentlichung der Informationen der BaFin in diesem Bereich begrüßen wir ausdrücklich. Der Sektor ist durch Internationalität geprägt aufgrund der grundsätzlich grenzüberschreitend genutzten Technologie.

3. Prospekterstellung und Prospekthaftung

Token-Emittenten sollten unabhängig von der Klassifizierung der Token die Möglichkeit haben, sich an die EU-Prospektvorschriften für Wertpapierprospekte zu halten und einen durch die nationale Aufsichtsbehörde gebilligten Prospekt zu veröffentlichen. In der EU ist die Veröffentlichung eines gebilligten Prospekts der "Goldstandard" für das Angebot von Wertpapieren an die Öffentlichkeit und damit insbesondere an Privatanleger, da der Prospekt einer Kohärenzprüfung durch die zuständige Aufsichtsbehörde unterfällt. Wir unterstützen das aus Frankreich bekannte „ICO-Gesetzesmodell“ zur Förderung von Transparenz am Kapitalmarkt, indem ein freiwilliges Opt-in für wertpapierfremde-Token (also alle Token, die nicht als Security-Token zu qualifizieren sind) geschaffen wird. Die Aufsichtsbehörde fungiert dann nicht nur als Prüf- sondern auch als Hinterlegungsstelle. Hierdurch würde nicht nur mehr Transparenz im noch jungen und stetig wachsenden ICO Markt entstehen, sondern auch Sicherheit bei den Investoren, welche ein auf Inhalt und Plausibilität gebilligtes Dokument der BaFin als Grundlage für fundierte Investitionsentscheidungen nutzen könnten, zudem würde ein zivilrechtlich relevantes Haftungsdokument geschaffen werden. Das Opt-in und somit die Billigung des Prospekts durch die BaFin würde für die Token-Emittenten die „eingeschränkte“ Prospekthaftung ermöglichen und damit die zivilrechtliche Prospekthaftung im weiteren Sinne nach Maßgabe der BGH-Rechtsprechung ausschließen.

Eine verbindliche Auskunft der BaFin zur Prospektfreiheit nach dem Vorbild von § 4 KWG bzw. § 5 Abs. 3 Satz 1 KAGB wäre sehr zu begrüßen. Die BaFin sollte – ähnlich wie sie dies für sonstige Anfragen derzeit durch ihr Kontaktformular für FinTechs anbietet – Anfragen zur Prospektpflicht bei jungen Unternehmen, auch verbindlich ohne die Einreichung eines kompletten und kostenintensiven Prospekts ermöglichen. Die Anbieter von Token hätten somit einen bestandskräftigen feststellenden Verwaltungsakt zur Verfügung, was die Rechtssicherheit im Vergleich zu den bisher bekannten Auskünften, die in ihrer konkreten Ausgestaltung derzeit leider unterschiedlich und von ihrer Rechtsnatur her mitunter unklar sind, zur Verfügung.

Wie bereits die ESMA in ihrer diesjährigen Veröffentlichung zu Crypto-Assets darstellt, gibt es einige europäische Aufsichtsbehörden, die einen Token-spezifischen Prospektanhang unterstützen. Auch wir befürworten dies. Es sollten neue Anhänge zur Prospekt-

verordnung erstellt werden, um Mindestdarstellungsanforderungen speziell für ein Angebot von Wertpapier-Token an die Öffentlichkeit aufzunehmen. Diese Offenlegungspflichten sollten angemessen angepasst werden, um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass die meisten Token in der Vorbereitungsphase von Start-ups ohne nennenswerte finanzielle Historie ausgegeben werden. Ein Vorbild kann der EU-Wachstumsprospekt nach Art. 15 EU-ProspektVO sein. Um im Rahmen der EU-Harmonisierung europaweite einheitliche Standards zu setzen, sollte dieser Vorschlag durch die Bundesregierung auf EU-Ebene diskutiert werden. Eine nationale Lösung wäre in Anbetracht des internationalen Umfelds der Token-Geschäfte nicht zielführend. Dies wird insbesondere dann praxisrelevant, wenn Token auf Grundlage von gebilligten Prospekten grenzüberschreitend in der EU vertrieben werden sollen.

Auch für wertpapierfremde Token sollten neue Anhänge zur Prospektverordnung erstellt werden. Die Token-spezifischen Besonderheiten gelten nicht nur für Security-Token, sondern gerade auch bei sonstigen Token (so in etwa bei den Utility Token, welche in den vergangenen 18 Monaten vermehrt von Start-ups zur Unternehmensfinanzierung ausgegeben wurden).

4. Behörden

- (a) Entwicklung interner Überprüfungsmechanismen und -werkzeuge für Transaktionen auf DLT-Netzwerken im Rahmen des Veranlagungsverfahrens

Die Blockchain bietet grundsätzlich das Potential sämtliche im Netzwerk vorgenommenen Transaktionen nachzuvollziehen und zu analysieren. Die Netzwerkteilnehmer bleiben nur anonym, insoweit die Identität hinter den von ihnen verwendeten kryptografischen Schlüsselpaaren unbekannt ist. Könnte zu einem Zeitpunkt ein Schlüsselpaar einer Identität zugeordnet werden, gilt gleiches für die Transaktionshistorie und zukünftige Transaktionen. Die Identifizierung des Schlüsselinhabers kann dabei durch ihn selbst bzw. einen Schnittstellenanbieter erfolgen, der dem Geldwäschegesetz unterliegt. Insbesondere im Hinblick auf die Überprüfung der in der Steuerveranlagung durch den Steuerpflichtigen offengelegten Einkünfte sowie bei der Bekämpfung von Steuerhinterziehung und Geldwäsche, sollten die Steuer- und Aufsichtsbehörden entweder eigene Softwarelösungen schaffen oder Kooperationen mit privaten Unternehmen anstreben, welche derartige Dienstleistungen erbringen können.

- (b) Etablierung eines Analyseinstruments für Blockchain-bezogene Daten ausländischer Finanzdienstleister, welche der deutschen Finanzverwaltung über den AEOI gemeldet werden

Werden Token von Investmentunternehmen verwahrt, die gemäß den Common Reporting Standards (CRS) verpflichtet sind Finanzinformationen zu melden, werden diese im Rahmen des Automatischen Informationsaustausches (AEOI) u.a. an Deutschland geliefert. Insofern sollte sichergestellt werden, dass die in Deutschland zuständigen Behörden diese Informationen interpretieren und analysieren, sowie einen Abgleich mit den in der Steuerveranlagung deklarierten Einkünften vornehmen können.

- (c) Informationsaustausch zwischen Aufsichts- und Steuerbehörden zur sachgerechten steuerlichen Einordnung neuer Token

Insofern neue Token emittiert werden, welche in Deutschland mit einer Prospektpflicht einhergehen, beinhaltet der Prospekt regelmäßige Ausführungen zu zivilrechtlichen Grundlagen sowie steuerrechtlichen Rechtsfolgen. Es ist anzuraten eine interne Datenbank zur Verwaltung und zum Informationsaustausch dieser Informationen zwischen den Aufsichts- und Steuerbehörden einzurichten.

5. Klärung der regulatorischen und gesetzlichen Rahmenbedingungen

Hinsichtlich der Kompatibilität ist zwischen verschiedenen Aspekten zu unterscheiden. Soweit Rechte wirksam an Token geknüpft werden können (dazu sogleich) werden diese zum Teil bereits jetzt von europarechtlichen Regelungen erfasst. So ist beispielsweise ein Gewinnbeteiligungsrecht, das mit einem Token verbunden ist, bereits jetzt von der europarechtlichen Kapitalmarktregulierung (MiFiD und ProspektVO) erfasst. Aus speziell deutsch-zivilrechtlicher Perspektive existieren insoweit allerdings einige dogmatische Herausforderungen, um diese Verbindung von Token und Rechtsposition zu erreichen (dazu sogleich). Weitere zivilrechtliche Herausforderungen betreffen unter anderem die Frage, ob und wer bei derart (unterstellt) dezentralisierten Registern für Fehler innerhalb des Netzwerks haftet.

Ebenfalls noch nicht endgültig geklärt ist die Frage der rechtlichen Einordnung von Token und – darauf aufbauend – wie die Rechtsposition des Token“inhabers“ zu schützen ist. Die überwiegende Ansicht qualifiziert Token mangels Verkörperung nicht als „Sache“ im Sinne des § 90 BGB, sondern als „sonstigen Vermögensgegenstand“. Das sind individualisierbare, vermögenswerte Objekte und Güter, über die Rechtsmacht im Sinne von Herrschafts- oder Nutzungsrechten ausgeübt werden kann. Wer den private key besitzt, der hat zugleich die Herrschaftsmacht über den Token. Diese Rechtsposition muss geschützt werden. Ob und inwieweit zB §§ 823, 1006 BGB etc ggf analog zu Gunsten des Schlüsselinhabers anwendbar sind, ist gegenwärtig Stand verschiedener Diskussionen. Eine gesetzgeberische Klarstellung wäre dringend wünschenswert.

Nicht endgültig geklärt ist ebenfalls die Anwendbarkeit des deutschen und europäischen Verbraucherschutzrechts, speziell im Hinblick auf das Erfordernis und die Ausgestaltung von Widerrufsrechten. Token werden im Internet verkauft, so dass die Regelungen über Fernabsatzverträge grds. Anwendung finden dürften. Wünschenswert wäre eine Klarstellung des Gesetzgebers, ob und wann der Verkauf von Token unter den Ausnahmetatbestand des § 312g Abs.2 Nr. 8 BGB fällt, ein Widerrufsrecht mithin ausgeschlossen ist. Weiterhin wäre wünschenswert, dass die in Anhang I zu Art. 246a § 1 EGBGB vorgesehene Musterwiderrufsbelehrung so angepasst wird, dass sie mit der erforderlichen Rechtssicherheit auf den Verkauf von Token angewendet werden kann. Eine Klarstellung sollte zudem erfolgen im Hinblick auf die Frage, ob Token als digitale Inhalte im Sinne der europäischen Vorgaben anzusehen sind, da hiervon u.a. abhängt, ob Erwerber auf etwaig bestehende Widerrufsrechte verzichten können.

6. Klärung des Urkundenerfordernisses

Die Bundesregierung sollte die Abschaffung des Urkundenerfordernisses (soweit ein solches besteht) für u.a. Aktien und Schuldverschreibungen prüfen und die Begebung entmaterialisierter digitaler Wertpapiere auf Grundlage eines „qualifizierten digitalen Register“ (im Folgenden auch „QDR“) (analog den Regelungen im Bundesschuldwesengesetz für öffentliche Schuldtitel) ermöglichen. Dementsprechend begrüßen wir grundsätzlich den am 7. März 2019 veröffentlichten gemeinsamen Vorstoß des Bundesministeriums der Finanzen und des Bundesministeriums der Justiz und Verbraucherschutz zur Einführung sog. elektronischer Wertpapiere.

Auch wenn heute schon die Möglichkeit besteht, bestimmte Rechtspositionen rechtlich so mit einem Token zu verknüpfen, dass man bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise von einer digitalen Verbriefung (sog. Tokenisierung) sprechen kann, bedarf es insbesondere im Hinblick auf die Schaffung kapitalmarktähnlicher Sekundärmärkte für wertpapierähnliche Token diverser Anpassungen im deutschen Zivil- und Aufsichtsrecht, um die für Marktteilnehmer erforderliche Rechtssicherheit zu gewährleisten. Nur mit funktionierenden Sekundärmärkten lässt sich das wirtschaftliche Potenzial der Tokenisierung von Rechtspositionen vollständig heben. Rechtstechnisch geht es dabei um die Entmaterialisierung von Wertpapieren, also die Möglichkeit der Begebung entmaterialisierter Wertrechte, die nur noch digital verwaltet werden. Die DLT ist dabei eine mögliche Technologie, um ein QDR zu betreiben.

Insbesondere das zivilrechtliche Erfordernis einer Urkunde (im Sinne einer physischen Verbriefung) nach dem zivilrechtlichen Wertpapierbegriff stellt ein Hindernis bei der Tokenisierung (d.h. digitalen Verbriefung) von Vermögenswerten dar. Dies gilt sowohl für Eigen- als auch Fremdkapitalinstrumente.

Im Kapitalmarktrecht ist mittlerweile anerkannt, dass tokenisierte Vermögensrechte bei entsprechender Umlauffähigkeit übertragbare Wertpapiere im Sinne der MiFID II darstellen können (vgl. die Definition der „Transferable Securities“ nach Art. 4 Abs. 1 Nr. 44 der Richtlinie 2014/65/EU). Das Erfordernis einer urkundlichen Verbriefung kennt das europäisch geprägte Kapitalmarktrecht nicht. Das hat zur Folge, dass solche Token, die als Wertpapier im kapitalmarktrechtlichen Sinn qualifizieren, u.a. in den Anwendungsbereich des Wertpapierprospektregimes (WpPG und ab dem 21. Juli 2019 die Wertpapierprospekt-VO), der MAR, der MIFIR und des WpHG fallen. Dies entspricht auch der aufsichtsrechtlichen Verwaltungspraxis der BaFin und anderer nationaler Aufsichtsbehörden bei Anwendung der genannten Vorschriften, die jüngst entsprechende Wertpapierprospekte für sog. Security Token Offerings genehmigt haben.

Davon zu unterscheiden ist jedoch der Wertpapierbegriff des deutschen Zivilrechts, der für die zivilrechtliche Begebung, Übertragung, Belastung und Verwaltung von Wertpapieren (und damit mittelbar auch der darin verkörperten Rechte) maßgeblich ist (sog. zivilrechtlicher Wertpapierbegriff):

Zwar ist auch die deutsche Kapitalmarktpraxis seit Einführung des stückelosen Effekten giroverkehr weitgehend entmaterialisiert und vom gesetzlichen Leitbild gelöst in dem

Sinn, dass die Berechtigten, also die Anleger, keine (einzel-)verbrieften Urkunden mehr erhalten. Die Wertpapiere werden in der Kapitalmarktpaxis nur noch globalverbrieft, bei einem Zentralverwahrer hinterlegt und in den entmaterialisierten Effktengiroverkehr eingebucht. Die Berechtigung eines Anlegers an einem Wertpapierbestand wird in einem pyramidenförmigen Verwahrungssystem zwischen Zentralverwahrer und Depotbanken nur durch Depotgutschriften repräsentiert und die (wirtschaftliche) Übertragung erfolgt durch entsprechende Depotumbuchungen.

Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die zivilrechtliche Übertragung nach deutschem Recht begebener girosammelverwahrter Wertpapiere weiterhin nach dem sachenrechtlich geprägten deutschen Wertpapierrecht richtet. Nach der für die Praxis maßgeblichen ganz herrschenden Meinung im deutschen Zivilrecht handelt es sich bei einem Wertpapier um ein urkundlich verbrieftes Vermögensrecht, zu dessen Ausübung der Besitz der (physischen) Urkunde nötig ist. Der Eigentumsübergang erfolgt, wenn der Buchungsvorgang bei der Wertpapiersammelbank abgeschlossen ist. Die Umschreibung im Depotbuch dokumentiert dabei nach außen die Änderung des (Fremd-)Besitzwillens der Depotbanken im Rahmen des mehrstufigen Besitzmittlungsverhältnisses und führt zum Verlust des Eigentums des Veräußerers nach § 929 S. 1 BGB.

Wegen des Urkundenerfordernisses erfasst der zivilrechtliche Wertpapierbegriff nach dem für die Praxis maßgeblichen herrschenden Verständnis keine rein digitalen Vermögenswerte. Anders als die Rechtsordnungen in beispielsweise Frankreich, Spanien, Italien, Luxemburg oder der Schweiz kennt das deutsche Zivilrecht grundsätzlich keine entmaterialisierten Wertrechte (zur Ausnahme der entmaterialisierten Anleihen der öffentlichen Hand sogleich). Folglich können (digitale) Token mangels physischer Urkunde derzeit zivilrechtlich nicht als Wertpapier qualifizieren.

Dies hat eine Reihe von Konsequenzen für die Kapitalmarktfähigkeit von Token. Nur wenn eine vergleichbare Rechtssicherheit (insbesondere bezogen auf die Übertragung und Verwahrung) wie im konventionellen Kapitalmarkt gewährleistet ist, werden auch institutionelle Marktteilnehmer sich in signifikantem Maße engagieren können. Dazu gehört insbesondere die Möglichkeit eines gesetzlich gesicherten gutgläubigen Erwerbs. Derjenige Anleger, der gutgläubig eine digital verbrieft Rechtsposition erwirbt, muss davon ausgehen können, diese Rechtsposition auch wirksam erworben zu haben. Umgekehrt muss sich der Emittent darauf verlassen können, schuldbefreiend an den formell Legitimierten, also den Tokeninhaber, leisten zu können. Jeder Zweifel daran hindert letztlich die Etablierung vertrauenswürdiger Kapitalmärkte, von der alle Investorenklassen gleichermaßen profitieren.

Da es für die Tokenisierung, d.h. für die rein digitale Verbriefung von Rechtspositionen in Form von entmaterialisierten Wertrechten, an vergleichbaren gesetzlichen Instrumenten fehlt, versucht sich die Praxis derzeit mit kautelarjuristischen Lösungen zu behelfen. Dazu wird auf Grundlage der jeweiligen Token-Bedingungen eine Beziehung zwischen Token und tokenisiertem Recht konstruiert, die derjenigen zwischen einer Inhaberschuldverschreibung und verbrieften Recht funktional weitgehend angenähert ist. Dies geschieht u.a. dadurch, dass die entsprechenden Bedingungen regelmäßig vorsehen, dass die Geltendmachung des tokenisierten Rechts gegenüber dem Emittenten nur

durch den Tokeninhaber möglich ist und die wirksame Übertragung des tokenisierten Rechts die technische Übertragung des Tokens voraussetzt. Dadurch soll verhindert werden, dass technische Zugriffsmöglichkeit auf den Token und materiell-rechtliche Berechtigung an der digital verbrieften Rechtsposition auseinanderfallen.

Die Schwäche dieser Hilfskonstruktion ist, dass diese weitgehende Annäherung lediglich schuldvertraglicher Natur ist, also nur zwischen den Parteien Wirkung entfaltet. Im Gegensatz z.B. zur Inhaberschuldverschreibung, bei der das „Recht aus dem Papier“ dem „Recht am Papier“ folgt, genügt eben nicht nur die technische Übertragung des Tokens zur wirksamen Übertragung der darin digital verbrieften Rechtsposition. Mangels gesetzlich gesicherten Gutgläubensschutzes kann der Erwerber einer digital verbrieften Rechtsposition derzeit nicht mit der – jedenfalls für institutionelle Marktteilnehmer – notwendigen Sicherheit davon ausgehen, dass er diese Rechtsposition auch wirksam erworben hat. Deshalb bedarf es der zivilrechtlichen Gleichstellung von Wertpapieren und digital verbrieften Rechtspositionen:

Bund und Länder können bereits heute vollständig entmaterialisierte Anleihen emittieren, die durch Eintrag in das Bundes- oder Landesschuldbuch begründet werden. Auf diese privatrechtlichen Verbindlichkeiten der öffentlichen Hand finden die gleichen sachenrechtlichen Vorschriften Anwendung wie auf verbrieft Schuldverschreibungen. Mit dem Bundesschuldenwesengesetz (BSchuWG) hat der Gesetzgeber über § 6 BSchuWG eine Gleichbehandlung der Forderungen des Bundes mit verbrieften Forderungen realisiert, indem er die Sammelschuldbuchforderungen als Wertpapiersammelbestand fingiert (§ 6 Abs. 2 S. 1 BSchuWG) und die Vorschriften des Depotgesetzes als entsprechend anwendbar erklärt (§ 6 Abs. 2 S. 6 BSchuWG).

Der Gesetzgeber könnte in entsprechender Weise die Fiktion auf bestimmte digitale Rechtspositionen erstrecken, die in einem dezentralen Register, das als QDR qualifiziert, verwaltet werden. Anstelle des Vertrauens des öffentlich geführten Registers des BSchuWG steht das Vertrauen in das kryptographisch gesicherte dezentrale Register. Der aus Register eindeutig zuzuordnende Token würde den notwendigen Rechtsschein für die Inhaberschaft des digital verbrieften Rechts begründen.

Wegen des fragmentarisch geregelten deutschen Wertpapierrechts erfordert die Einführung von kapitalmarktfähigen Wertrechten eine Reihe von Anpassungen in unterschiedlichen Gesetzen und Rechtsnormen. Dazu zählen u.a. das BGB, das DepotG, das SchuldVG, das AktG, die ZPO und die InsO. In Anbetracht des Umstandes, dass die DLT nur eine mögliche Technologie zur Schaffung und Übertragung von entmaterialisierten Wertrechten ist und sich diese Technologie noch in einem sehr frühen Entwicklungsstadium befindet, ist es unerlässlich, die Einführung von Wertrechten möglichst technologie-neutral auszugestalten. Die Schaffung eines DLT-Sonderrechts ist daher weder erforderlich noch zweckmäßig. Gleichwohl dürfte es sich anbieten, die für die Begebung, Übertragung und Verwaltung von Wertrechten wesentlichen Regelungen in einer Art Wertrechtegesetz zentral zu erfassen.

Damit ist noch nicht die Frage beantwortet, welche Anforderungen an ein QDR zu stellen sind. In Anbetracht der Rechtsfolgen, die an die hier vorgeschlagene Gleichstellung von

digitalem Wertrecht und konventionellem Wertpapier geknüpft sind, wird man sich in diesem Zusammenhang mit einer Reihe von möglichen Themen beschäftigen müssen, die sich nicht nur auf technische (z.B. IT-Sicherheit und Datenschutz, Standardisierungsbemühungen), sondern vor allem auch konzeptionelle Fragestellungen (Betrieb des Registers und mögliche regulatorische Anforderungen an die beteiligten Parteien, Konsensbildung, Finalität der Buchungen, Beweisfähigkeit, Risikomanagement und Compliance) beziehen.

Darüber hinaus muss die Einführung von entmaterialisierten Wertrechten mit unterschiedlichen aufsichtsrechtlichen Regelungen synchronisiert werden. Dies betrifft nicht nur unterschiedliche nationale Vorschriften des KWG, des WpHG und des KAGB, sondern auch europäische Vorschriften wie die Verordnung über Wertpapierfinanzierungsgeschäfte (SFTR) sowie die Verordnung über Wertpapierzentralverwahrer (CSDR). Letztere verlangt beispielsweise, dass Wertpapieren, die an Sekundärmärkten gehandelt werden, im Effekten giro bei einem Zentralverwahrer eingebucht werden.

Vor dem Hintergrund der sich eröffnenden neuen technologischen Möglichkeiten sollte geprüft werden, ob technische Mindeststandards definiert werden können, unter denen ein dezentrales Verwaltungssystem neben dem monopolisierten Zentralverwaltungssystem anerkannt werden kann.

7. Banken

Im Rahmen der am Markt bestehenden Geschäftsmodelle mit Kryptowährungen und anderen Token übernehmen Banken verschiedene Funktionen. Sofern das Geschäftsmodell den Erwerb von Token gegen Zahlung von FIAT-Währungen umfassen, übernehmen Banken die Abwicklung der Geldzahlungen und führen hierbei Konten für Kunden und/oder Anbieter, auf die die Geldzahlungen verbucht werden. Für diese Tätigkeiten gelten die gleichen Regeln wie für entsprechenden Tätigkeiten, die nicht im Zusammenhang mit Geschäftsmodellen mit kryptographischen Token erbracht werden.

Banken übernehmen dahingegen nur selten die Funktion als Verwahrer von Token. Üblicherweise wird diese Dienstleistung von Unternehmen angeboten, die aus dem Blockchain-Bereich kommen und gegebenenfalls bei ihrem Geschäftsmodell mit Banken oder Finanzdienstleistungsinstituten kooperieren.

Angebote für die Verwahrung von Token können verschiedene Ausgestaltungen haben. Diese reichen von Software oder Online-Angeboten, bei denen nur der Nutzer Zugriff auf die Private Keys des Wallet hat und somit jederzeit ohne Mitwirkung des Anbieters über die dem Wallet zugeordneten Token verfügen kann, bis zu Online-Angeboten bei denen Token für einzelne oder mehrere Nutzer einen oder mehreren Online-Wallets zugeordnet werden, für die nur der Anbieter über den Private Key verfügt. Der Nutzer kann hier somit ohne Mithilfe des Anbieters nicht über die Token verfügen.

Insbesondere das letztere Angebot geht mit Risiken für den Kunden einher, da der Kunde darauf vertrauen muss, dass der Anbieter über eine angemessene Organisation und Sicherheitsmechanismen verfügt, um einen Verlust der Token zu vermeiden, und

darüber hinaus jederzeit in der Lage ist, über die dem Online-Wallet zugeordneten Token zu verfügen bzw. dem Nutzer verfügbar zu machen (vgl. EBA, Report with advice for the European Commission on crypto assets, Rn. 31 mit einer Übersicht von Risiken für Verbraucher im Zusammenhang mit Anbietern von Online-Wallets).

Dementsprechend stellen bestehende Definitionen, wann eine Verwahrung von Token vorliegt, darauf ab, dass der Anbieter den Private Key des Wallets für den betreffenden Nutzer hält. So definiert Art. 3 Nr. 19 der Richtlinie (EU) 2018/843 (5. Geldwäscherichtlinie) Anbieter von elektronischen Geldbörsen als einen Anbieter, der Dienste zur Sicherung privater kryptografischer Schlüssel im Namen seiner Kunden anbietet, um virtuelle Währungen zu halten, zu speichern und zu übertragen. Diese Definition deckt sich auch mit der von der European Securities Market Authority in ihrem „Advice Initial Coin Offerings and Crypto-Assets“ (ESMA50-157-1391) dargelegten Einschätzung, welche Tätigkeiten als Verwahrung von Kryptowährungen qualifizieren könnte (ESMA50-157-1391, Rn. 164).

Diese Tätigkeit (auch wenn sie von Banken erbracht werden), ist weder mit der Tätigkeit einer Kontoführung noch der einer Wertaufbewahrung vergleichbar. Anders als bei der Kontoführung nimmt der Anbieter der Verwahrung von Token gerade keine Buchungen auf dem Konto vor. Die dem Wallet zugeordneten Token werden diesem vielmehr durch Validierung der Transaktion in dem (dezentralen) Netzwerk zugebucht. Der Anbieter der Online-Wallet ist lediglich in der Lage mittels des Private Keys (im Auftrag des Kunden) Transaktionen in Bezug auf das Online-Wallet auszulösen. Auch erfolgt wie bei der Wertaufbewahrung keine Verwahrung von beweglichen Sachen, sondern eine Speicherung des Private Key für den Nutzer und somit eine Speicherung von Daten. Wegen diesen Unterschieden ist eine entsprechende Einordnung als Kontoführung oder Wertaufbewahrung zur Zeit nicht angebracht.

Anbieter von Online-Wallets, die auch die Private Keys für deren Nutzer verwahren, unterliegen in Bezug auf diese Tätigkeit keiner Erlaubnispflicht nach dem Kreditwesengesetz. Dies gilt auch, wenn die entsprechende Tätigkeit von unter dem Kreditwesengesetz regulierten Instituten erbracht wird. Als nach dem Kreditwesengesetz regulierte Tätigkeit käme grundsätzlich das Depotgeschäft (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 KWG) in Betracht. Das Depotgeschäft ist die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren für Dritte. Bei den Wertpapieren handelt es sich in diesem Zusammenhang nur um Wertpapiere im Sinne von § 1 Abs. 1 des DepotG. Diese umfassen Urkunden, die ein Recht in einer Weise verbriefen, dass nur der Inhaber der Urkunde dieses Recht ausüben kann. Die durch Token repräsentierten Rechte sind nicht in einer Urkunde verbrieft. Token qualifizieren daher zur Zeit nicht als Wertpapiere im Sinne des DepotG. Dies gilt auch für die Verwahrung von Token, die als Wertpapiere im Sinne des Kreditwesengesetz / Wertpapierhandelsgesetz qualifizieren, da auch diese nicht in Urkunden verbrieft sind.

Sofern Wertpapierdienstleistungsunternehmen die Verwahrung von Token mittels Online-Wallets anbieten, ist zu beachten, dass das Depotgeschäft ebenfalls als Wertpapiernebendienstleistung nach § 2 Abs. 9 Nr. 1 WpHG qualifiziert. Die Definition des Depotgeschäfts nach dem Wertpapierhandelsgesetz weicht jedoch von der Definition des Kre-

ditwesengesetzes ab. Das Depotgeschäft im Sinne des Wertpapierhandelsgesetzes umfasst die Verwahrung und Verwaltung von Finanzinstrumenten (im Sinne des WpHG) für andere einschließlich der damit verbundenen Dienstleistungen. Dementsprechend könnte in Bezug auf Token, die als Wertpapiere und damit als Finanzinstrumente im Sinne des Wertpapierhandelsgesetzes qualifizieren, der Tatbestand des Depotgeschäfts erfüllt sein, wenn man annimmt, dass der Verwahrer des Private Keys letztendlich auch die dem betreffenden Online-Wallet zugeordnete Token, die als Wertpapier qualifiziert, verwahrt.

Diesbezüglich ist zu beachten, dass nach § 84 WpHG ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen Maßnahmen zum Schutz der Eigentumsrechte seiner Kunden an Finanzinstrumenten treffen muss, die sich im Besitz des Wertpapierdienstleistungsunternehmens befinden. Ein solches Wertpapierdienstleistungsunternehmen ist verpflichtet, Wertpapiere, die es bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen von Kunden erhält, an ein Kreditinstitut weiterzuleiten, das nach dem Kreditwesengesetz zum Betreiben des Depotgeschäfts zugelassen ist. Diese Regelung erscheint in Bezug auf Token, die als Wertpapiere qualifizieren, problematisch, da zum einen Kreditinstitute regelmäßig die Verwahrung von Private Keys / Token in Form von Wallets nicht anbieten und zum anderen sich das Depotgeschäft im Sinne des Kreditwesengesetz signifikant von der Verwahrung von Private Keys / Token unterscheidet. Daher wäre eine gesetzgeberische Klarstellung (idealerweise auf europäischer Ebene) wünschenswert, dass das betreffende Wertpapierdienstleistungsunternehmen Maßnahmen zu treffen hat, die sicherstellen, dass die wirtschaftliche Verfügungsgewalt über die Token beim jeweiligen Kunden verbleibt.

Sofern aufgrund den mit der Nutzung von Online-Wallets, bei denen der Private Key vom Anbieter verwahrt wird, verbundenen Risiken eine Regulierung der Tätigkeit erfolgt, wäre eine einheitliche europäische Regulierung wünschenswert, die es erlaubt, die entsprechende Dienstleistung in allen Mitgliedsstaaten der EU zu erbringen.

Im Rahmen einer etwaigen Regulierung sind die Blockchain-spezifischen Besonderheiten zu berücksichtigen. Eine pauschale Übertragung der Erlaubnisanforderungen und Organisationspflichten von Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten erschiene hierbei als überzogen. Für die Sicherung der rein digital verwahrten Private Keys ist vielmehr die Nutzung zuverlässiger IT Systeme und Vorhaltung entsprechender Backup-Lösungen erforderlich.

8. Steuern

(a) Steuerrechtliche Tokenklassifizierung

Auch im Steuerrecht spiegelt sich die Innovationskraft der Blockchain insoweit wider, dass bis dato nur ausgewählte Äußerungen der Finanzverwaltung und des Gesetzgebers zur ertragsteuerlichen Klassifizierung Blockchain-basierter Token identifizierbar sind. Neben vereinzelt Anfragen des FDP-Bundestagsabgeordneten Frank Schäffler aus 2013 (vgl. BT-Drs. 17/14530, S. 40.), die sich ausschließlich auf Bitcoin beschränkten, sorgte insbesondere das Antwortschreiben des Parlamentarischen Staatssekretärs Dr.

Michael Meister vom 29.12.2017 (vgl. BT-Drs. 19/370, S. 21) – in welchem sich die Aussagen erstmals auf den generellen Terminus „Kryptowährungen“ bezogen – für die derzeit ganz h.M., dass Geschäfte mit Blockchain-basierten Vermögenswerten im Privatvermögen pauschal unter § 23 EStG als private Veräußerungsgeschäfte subsumiert werden können (vgl. Stellungnahmen der Finanzverwaltung: OFD NRW vom 20.04.2018, Kurzinformation ESt, Nr. 04/2018; FinMin Hamburg vom 11.12.2017, DB 2018, S. 159; Literaturmeinungen: Behrendt, P./Janken, S., DStZ 2018, S. 345; Heuel, I./Matthey, I., EStB 2018, S. 265; Hornung, C./Westermann, B., DStZ 2018, S. 303; Kanders, T./Thonemann-Micker, S./Gräfen, M., ErbStB 2018, S. 149; Reiter, C./Nolte, D., BB 2018, S. 1180f.; Richter, L./Augel, C., FR 2017, S. 948f.; Pinkernell, R., Ubg 2015, S. 25; Eckert, K.P., DB 2013, S. 2109.). Diese undifferenzierte Klassifizierung von Kryptoassets als private Wirtschaftsgüter sollte insbesondere unter Berücksichtigung der verschiedenen funktionalen und rechtlichen Ausgestaltungsformen von Token sowie der daraus resultierenden Rechtsbeziehungen zwischen Tokeninhabern und Emittenten nicht in allen Fällen zu einer rechtskonformen Besteuerung führen. Vielmehr beschränkt sich diese steuerliche Würdigung wohl ausschließlich auf Token, die in brancheninternen Abgrenzungsversuchen als Currency- oder Utility-Token bezeichnet werden. U.E. bedarf es hier einer steuerspezifischen Differenzierung von verschiedenen Tokenmodellen, welche mit unterschiedlichen Rechtsfolgen einhergehen. Auf dieses Differenzierungserfordernis sollte in zukünftigen Verlautbarungen der Bundesregierung und Finanzbehörden insbesondere hingewiesen werden. U.E. könnte ein Differenzierungsschema wie folgt, die am Markt zu beobachtenden Erscheinungsformen sowie systemimmanente Rechtsfolgen widerspiegeln:

Kategorie	Rechtliche Grundlage	Steuerrecht (Emittent)	Steuerrecht (Investor - laufend)	Steuerrecht (Investor - Exit)
Currency Token	Keine Rechtsansprüche	KSt, GewSt	-	PV: ESt (PVG) BV: BE
Utility Token	Rechtsbeziehung zwischen Tokeninhaber und Emittent	USt, KSt, GewSt (bei Einlösung)	-	PV: ESt (PVG) BV: BE
Mezzanin-Kapital (FK-ähnlich) und Derivate	i.d.R. schuldrechtliche Vertragsbeziehung	FK	PV: ESt (AbgSt) BV: BE	PV: ESt (AbgSt) BV: BE
Genussrecht (EK-ähnlich)	Schuldrechtliche Vertragsbeziehung	EK	PV: ESt (AbgSt) BV: BE (ggf. § 8b KStG / § 9 Nr. 2a GewStG)	PV: ESt (AbgSt – ggf. § 17 EStG) BV: BE (i.d.R. § 8b KStG)

Je nach Ausgestaltung, bestimmt sich neben den ertragsteuerlichen Implikationen auch die verfahrensrechtliche Vorgehensweise. So unterliegen Erträge aus hier als Mezzanine-Kapital, Genussrecht oder Derivate dargestellte Tokenmodelle grundsätzlich nach den §§ 20, 43a ff. EStG dem Kapitalertragsteuerabzug, insofern es sich um einen inländischen Emittenten handelt oder die Verwahrung durch ein inländisches Kreditinstitut erfolgt.

- (b) FIFO-Verbrauchsfolgeverfahren bei Veräußerungen von Currency und Utility Token

Nach § 20 Abs. 4 S. 7 EStG i.V.m. Rz. 97 ff. des BMF-Schreibens vom 18. Januar 2016 (Abgeltungsteuererlass) ist das First In First Out (FIFO) Verbrauchsfolgeverfahren bei der Ermittlung von Veräußerungsgewinnen aus Wertpapieren zu Grunde zu legen. Nach Rz. 97 f. des Abgeltungsteuererlasses ist diese ferner für jedes Depot einzeln vorzunehmen. Demnach gilt dies auch für Tokenmodelle, die vorstehend als Mezzanine-Kapital, Genussrecht oder Derivate dargestellt wurden. Fraglich ist die Behandlung von Currency und Utility Token, welche als private Wirtschaftsgüter dem Besteuerungsregime des § 23 EStG unterliegen. Nach ganz h.M. soll auch hier FIFO zur Anwendung kommen (vgl. FinMin Hamburg, DB 2018, S. 159; Behrendt, P./Janken, S., DStZ 2018, S. 345; Reiter, C./Nolte, D., BB 2018, S. 1182; Heuel, I./Matthey, I., EStB 2018, S. 267; Pinkernell, R., Ubg 2015, S. 25). Jedoch fehlt es bisher – mit Ausnahme des Erlasses des FinMin Hamburgs vom 11.12.2017 – einer gesetzlichen Grundlage oder Verwaltungsanweisung. In Frage kommt insbesondere in Hinblick auf das BFH-Urteil vom 24.11.1993 auch die Anwendung eines gewichteten Durchschnitt-Verfahrens, da § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 S. 3 EStG FIFO ausschließlich für Fremdwährungen normiert, welche als gesetzliche Zahlungsmittel eines ausländischen Staats definiert sind. Bis auf wenige Ausnahmen wie den venezolanischen Petro sollte dies wohl regelmäßig bei Blockchain-basierten Token nicht der Fall sein.

U.E. sollte aus gesetzessystematischen Erwägungen das FIFO-Verfahren auch für Currency und Utility Token gesetzlich oder durch Verwaltungsanweisung normiert werden, um eine Ungleichbehandlung ggü. anderen Anlageklassen zu vermeiden, für welche das deutsche Einkommensteuergesetz stringent das FIFO-Verfahren im Privatvermögen vorsieht. Ebenso sollte, wie im Abgeltungsteuererlass vorgesehen, die Anwendung des FIFO-Verfahrens depotgetrennt vorzunehmen sein, um dem Einzelbewertungsgrundsatz des § 23 EStG als „overriding principle“ gerecht zu werden. Die Anwendung eines Bewertungsvereinfachungsverfahrens wie FIFO ist ein praxisnotwendiges Mittel, um der Marktkomplexität gerecht zu werden, sollte jedoch im Zweifelsfall nicht dem normierten Willen des Gesetzgebers vorgehen. Wenn ein Token in einem Depot veräußert wird, lässt sich dieser Veräußerungsvorgang regelmäßig diesem Depot zuordnen, ohne, dass dies den Komplexitätsgrad der Berechnung steigert. Demnach entspricht eine depotgetrennte, also eine nach Walletanbietern und Börsen differenzierte Anwendung von FIFO, dem teleologischen Sinn des § 23 EStG und gewährleistet trotzdem eine praxisnotwendige Vereinfachung.

- (c) Rechtssystematische und praxistaugliche steuerliche Erfassung von Hard Forks durch die sog. Fußstapfentheorie

Fraglich ist, wie sog. Hard Forks, d.h. Aufspaltungen öffentlicher Blockchains ertragsteuerlich zu würdigen sind. U.E. sollte hier die herrschende Literaturmeinung zutreffend und Forks als ertragsneutraler Vorgang im Wege der Fußstapfentheorie zu behandeln sein. Die Aufteilung der historischen Anschaffungskosten sollte dabei nach der Gesamtwertmethode erfolgen (vgl. Hakert, A./Kirschbaum, B., DStR 2018, S. 882; Himmer, K./Berchtold, M. et al., Forks, 29.01.2018, http://www.explore-ip.com/2018_Implicationen-Soft-und-Hard-Forks.pdf, 23.02.2019).

- (d) Etablierung einer praxistauglichen Regelung für den Einsatz von Token als Zahlungsmittel für Waren und Dienstleistungen

Die steuerliche Klassifikation von Fremdwährungen, Currency und Utility Token als private Wirtschaftsgüter bzw. Finanzinstrumente führt zu einer potentiellen Steuerpflicht von Transaktionen mit diesen. Die hieraus resultierenden Dokumentationserfordernisse stellen ein bedeutendes Hindernis für die Verwendung von Blockchain-basierten Token als alternatives Zahlungsmittel dar, da alltägliche Kaufvorgänge nur schwer mit dem rechtlichen Erfordernis der Veräußerungsgewinnermittlung vereinbar sind. Dies ist insbesondere kritisch in Bezug auf micro-payments, welche voraussichtlich im Rahmen von Internet of Things (IoT) Anwendungen eine entscheidende Rolle einnehmen werden (vgl. Sixt, E./Himmer, K. et al., Positionspapier Tax & Accounting, Bundesverband Blockchain e.V.). U.E. sollte die bestehende Freigrenze des § 23 EStG – zumindest für diese Zwecke – signifikant erhöht oder lex specialis Regelungen für diesen Anwendungsfall gefunden werden, um eine Steuerfreiheit resp. Vereinfachung der Dokumentationserfordernisse in diesem Zusammenhang sicherzustellen. Eine weitere denkbare Vorgehensweise wäre, Zahlungsvorgänge im Rahmen der persönlichen Lebensführung des Steuerpflichtigen von der Besteuerung auszuschließen.

- (e) Überprüfung marktgängiger Dokumentationstools und Entwicklung von Empfehlungen für Steuerpflichtige

Durch die mediale Aufmerksamkeit, welche sich insbesondere im Jahr 2017 auf Blockchain-basierte Vermögenswerte richtete, kam es zum Markteintritt von Privatinvestoren, die regelmäßig im Unklaren über marktübliche Compliance-Anforderungen im Finanz- und Asset-Management-Umfeld sind. Dies führte zu einer nicht unbeträchtlichen Anzahl an Anlegern, die potenziell ohne Kenntnis über die steuerlichen Rechtsfolgen signifikante steuerpflichtige Einkünfte durch Tauschvorgänge zwischen verschiedenen Kryptoassets realisierten, ohne, dass ihnen Steuerliquidität in Euro zur Verfügung steht. Vor diesem Hintergrund, laufen betroffene Steuerpflichtige Gefahr Steuerhinterziehung zu begehen, wenn sie sich nicht aktiv um die Steuercompliance bemühen, d.h. ihre Anlagetätigkeit gegenüber dem Finanzamt offenlegen. Dieses Risiko wird zusätzlich durch offene Rechtsfragen, Fehlinformationen und der mangelnden Fähigkeit vieler Steuerberater große Datenmengen aufzubereiten verstärkt.

Da herkömmliche Finanzanlagen im Rahmen des Abgeltungsteuerregimes einer Quellenbesteuerung unterliegen, verlassen sich Anleger und Berater zumeist auf den Steuerabzug durch das Finanzinstitut oder den Emittenten bzw. auf offizielle Dokumente dieser. Da Currency und Utility Token jedoch keiner Quellenbesteuerung unterliegen und die branchenüblichen Finanzdienstleister i.d.R. keine Steuerreporting-Dienstleistungen erbringen, liegt die Berechnung und Erklärung der Einkünfte bei den Steuerpflichtigen und / oder ihren steuerlichen Beratern. Dies führt oftmals zu Eigenberechnungen oder den Rückgriff auf ausländische Serviceanbieter, welche nicht mit länderspezifischen Gesetzesvorgaben vereinbar sind. Bis eine funktionierende Infrastruktur im Markt vorhanden ist, kommen daher Softwarelösungen, welche Anlegern und Beratern ermöglichen rechtskonform Einkünfte in einer Form zu ermitteln und offenzulegen, dass sie von den Finanzämtern überprüft und akzeptiert werden können, eine wichtige Bedeutung zu.

Derzeit gibt es wenige Softwarelösungen für den deutschen Markt. Da es dem durchschnittlichen Rechtsanwender nicht möglich ist, Anbieter hinsichtlich einer zutreffenden Anwendung gesetzlicher Regelungen zu differenzieren, ist eine Analyse der Softwarelösungen durch die Steuerbehörden, sowie eine daraus resultierende Handlungsempfehlung für Rechtsanwender dringend zu empfehlen.

(f) Auslegung des § 23 Abs. 2 Nr. 2 S. 4 EStG in Bezug auf Blockchain-basierte Token

Oft diskutiert wird eine etwaige Verlängerung der Spekulationsfrist, wenn z.B. durch Teilnahme an Konsensfindungsalgorithmen neue Coins generiert werden. Gemäß § 23 EStG stellen Verkäufe von privaten Wirtschaftsgütern nur private Veräußerungsgeschäfte dar, wenn zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als ein Jahr liegt. Falls durch das Wirtschaftsgut in zumindest einem Kalenderjahr Einkünfte erzielt werden, erhöht sich die Haltefrist gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 2 S. 4 EStG auf 10 Jahre. Eine Verzehnfachung der Haltefrist hätte enorme Auswirkungen auf das Verhalten der Marktteilnehmer, denn steuerfreie Gewinne in einem derzeit noch sehr neuen und volatilen Markt wären nicht planbar. Zukunftstechnologien wie das Proof of Stake-Verfahren würden somit zumindest weniger Interesse erfahren, was potentiell mit einer negativen Auswirkung auf die Attraktivität des Innovationsstandorts Deutschlands einhergeht.

Die Einführung der Haltefristverlängerung lässt sich auf das Unternehmensteuerreformgesetz 2008 zurückführen. Die Verlängerung wurde aufgrund von Steuersparmodellen – sog. Containerleasingmodellen – eingeführt, um einen Steuerspareffekt, der sich aus einem Auseinanderfallen zwischen pauschaler Abschreibung (nach AfA-Tabelle) und tatsächlichem Wertverzehr ergab einzudämmen (vgl. BT-Drs. 16/4841, S. 58). U.E. erfordert die Gesetzesnorm demnach eine teleologische Reduktion auf ihre Zweckbestimmung als Steuervermeidungsbekämpfungsvorschrift. Die grammatikalische Umsetzung im Gesetzestext ist folglich zu breit und undifferenziert. Da Token, welche als private Wirtschaftsgüter qualifizieren, regelmäßig keinem natürlichen Wertverzehr und entsprechend keiner Abschreibung unterliegen, ist durch diese ein Steuersparmodell i.S.d. Containerleasings undenkbar. Eine Klarstellung des Gesetzgebers oder eine differenzierte Eingrenzung auf Steuersparmodelle durch Verwaltungsanweisung wäre daher erstrebenswert.

Wir bedanken uns bei den Mitgliedern der Working Group Finance, die an dieser Stellungnahme mitgewirkt haben (in alphabetischer Reihenfolge):

Dr. Christoph Gringel (Heuking Kühn Lüer Wojtek)

Dr. Sebastian Keding (McDermott Will & Emery)

Klaus Himmer (CryptoTax)

Daniel Resas (Schnittker Möllmann Partners)

Alireza Siadat (Simmons & Simmons)

Dr. Nina-Luisa Sieder (DWF Germany)

Mit freundlichen Grüßen



Florian Glatz
Präsident



Daniel Resas
Working Group Finance