

Bundesministerium der Finanzen
Wilhelmstraße 97
10117 Berlin

FIN LAW Auffenberg und Uhink
Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten mbB

Sebastian-Kneipp-Straße 41
60439 Frankfurt am Main

T. +49 (0) 69 50 50 64 490

E. info@fin-law.de

I. <https://fin-law.de>

USt-ID: DE346559554

Geschäftskonto (Commerzbank AG)

IBAN: DE24 5004 0000 0654 7632 00

BIC: COBADEFFXXX

Geschäftszeichen

VII A 3 – WK 5607/23/10002 :006

Datum

13.11.2023

Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Finanzmarktdigitalisierungsgesetz (FinmadiG)

Sehr geehrte Frau Dr. von Berg,
geehrte Damen und Herren,

für die Einladung zur Teilnahme an der Konsultation zum Referentenentwurf für ein Finanzmarktdigitalisierungsgesetz (FinmadiG) dürfen wir uns zunächst herzlich bedanken. Das von Ihnen erbetene Einverständnis zur Veröffentlichung unserer Stellungnahme auf der Internetseite des Bundesministeriums der Finanzen erteilen wir gerne. Unsere Stellungnahme möchten wir inhaltlich auf die vorgesehenen Vorschriften des Referentenentwurfs zum Kryptomärkteaufsichtsgesetz (KMAG) und zur Änderung des Kreditwesengesetzes (KWG) beschränken.

1. Einführung eines Kryptomärkteaufsichtsgesetzes (KMAG)

Die Einführung eines neuen Kryptomärkteaufsichtsgesetzes zur Regelung der Befugnisse der für die Wahrnehmung der Aufsichtsaufgaben nach der Verordnung (EU) Nr. 2023/1114 (MiCAR) zuständigen Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) begrüßen wir. Sie erscheint trotz starker Ähnlichkeiten der nach der MiCAR vorgesehenen Aufsichtsaufgaben zu existenten finanzaufsichtsrechtlichen Regimen vorzugswürdig gegenüber einer Integration der Regelungen in die bestehenden aufsichtsrechtlichen Gesetze, zumal ein spezifisches Fachgesetz den Rechtsanwendern einen umfassenden und weitestgehend abschließenden Überblick über die für Kryptomärkte relevanten Zuständigkeiten, Aufsichtsbefugnisse und Übergangsvorschriften ermöglichen kann.

Skeptisch stehen wir indessen der in § 49 Abs. 2 Nr. 3 KMAG-E vorgesehenen zeitlichen Limitierung der Übergangsregelung für nach nationalem Recht zur Erbringung von Tätigkeiten in Bezug auf Kryptowerte zugelassene Unternehmen gegenüber. Die Frist erscheint vor dem Hintergrund der in

den letzten drei Jahren erfahrenen Bearbeitungsdauer von Erlaubnisverfahren insbesondere für Kryptoverwahrdienstleister und Kryptowertpapierregisterführer in den zuständigen Referaten der BaFin zu kurz bemessen. Es muss damit gerechnet werden, dass nahezu alle aktuell auf Grundlage einer von der BaFin erteilten, in § 49 Abs. 1 KMAG-E in Bezug genommenen Erlaubnis im Kryptomarkt agierenden Unternehmen gegen Ende 2024 einen Antrag auf Zulassung zum Anbieten von Kryptowerte-Dienstleistungen stellen werden. Nicht alle Antragsteller werden dabei für das vereinfachte Verfahren i.S.v. § 49 Abs. 3 KMAG-E qualifizieren, zumal ggfs. weitere, nicht von einer bestehenden Erlaubnis gedeckte Kryptowerte-Dienstleistungen Gegenstand der Zulassungsanträge sein könnten. Im Fall daraus resultierender erheblicher Überlastung der BaFin bei der Bearbeitung der Anträge könnte die Frist bis zum 31. Dezember 2025 zu einem (temporären) Verlust der Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb bei einzelnen Unternehmen führen, was aus unserer Sicht nicht hinnehmbar wäre.

2. Änderung des Kreditwesengesetzes (KWG)

Der Referentenentwurf sieht die Einführung von kryptografischen Instrumenten vor, um insbesondere der in der MiCAR geregelten Unterscheidung zwischen Kryptowerten i.S.d. Art. 3 Abs. 1 Nr. 5 MiCAR und Finanzinstrumenten i.S.d. Art. 4 Abs. 1 Nr. 15 der Richtlinie 2014/65/EU (MiFID2) Rechnung zu tragen und zugleich die gegenüber der bisherigen nationalen Rechtslage entstehende Regelungslücke zu schließen. Die vorgesehene Definition für kryptografische Instrumente entspricht dabei der aktuellen Definition für Kryptowerte des § 1 Abs. 11 Satz 4 KWG und schließt in § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 6 Satz 3 Nr. 3-5 KWG-E Kryptowerte i.S.v. Art. 3 Abs. 1 Nr. 5 MiCAR sowie Kryptowertpapiere und Kryptofondsanteile aus. Zur Erreichung des vorgesehenen Zwecks ist die Einführung des Begriffs aus unserer Sicht geeignet.

Dennoch regen wir an, die Wahl des Begriffs des kryptografischen Instruments zu überdenken. Vorzugswürdig wäre nach unserem Dafürhalten der Begriff des Kryptoinstruments, der nicht aus zwei Wörtern zusammengesetzt wird und zugleich inhaltlich gegenüber der Bezeichnung des kryptografischen Instruments nicht kürzer greift. Der Begriff des Kryptoinstruments würde sich zudem besser neben dem Begriff des Kryptowerts einfügen und einen Beitrag zur Vereinfachung der Rechtssprache leisten.

Darüber hinaus ist geplant, die neue Finanzdienstleistung der qualifizierten Kryptoverwahrung bei Abschaffung der Kryptoverwahrung in ihrer aktuellen Form einzuführen. Inhaltlich bestehen insoweit aus unserer Sicht keine Bedenken. Auch hier möchten wir jedoch anregen, den Begriff der qualifizierten Kryptoverwahrung zu überdenken, da dieser suggeriert, dass die neue Finanzdienstleistung eine erweiterte Form der einfachen Kryptoverwahrung darstellt. Tatsächlich wird die Finanzdienstleistung jedoch Dienstleister ausschließlich zur Verwahrung von kryptografischen Instrumenten berechtigen und damit gegenüber der Kryptoverwahrung nach MiCAR eine vollkommen eigenständige, klar abzugrenzende Finanzdienstleistung sein. Kryptowerte i.S.v. Art. 3 Abs. 1 Nr. 5 MiCAR werden nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 6 Satz 3 Nr. 3 gerade keine kryptografischen Instrumente sein. Dienstleister, die die Verwahrung sowohl von Kryptowerten i.S.d.

Art. 3 Abs. 1 Nr. 5 MiCAR und kryptografischen Instrumenten anbieten wollen, werden demnach sowohl eine Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 KWG als auch eine Zulassung nach der MiCAR benötigen. Vorzugswürdig wäre daher aus unserer Sicht etwa eine Bezeichnung der neuen Finanzdienstleistung als „eingeschränkte Kryptoverwahrung“ oder „Kryptoinstrumentenverwahrung“.

FIN LAW

Lutz Auffenberg, LL.M. (London)
Rechtsanwalt, Partner bei FIN LAW
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Dr. Konrad Uhink
Rechtsanwalt, Partner bei FIN LAW