

FACHBEREICH
WIRTSCHAFT

Professor Dr. Dominik Skauradszun, LL.M.
Richter am Oberlandesgericht

Wiss. Mit. Ass. iur. Johannes Schröder
Wiss. Mit. Jeremias Kümpel, LL.B., M.Sc.
Wiss. Mit. Selina Schweizer, LL.B.

Hochschule Fulda · Postfach 2254 · 36012 Fulda

Deutscher Bundestag
Finanzausschuss

Professur für Bürgerliches
Recht, Zivilverfahrens-
recht und Unternehmens-
recht

Fulda, 17. März 2024

Honorarprofessor
Nottingham Law School
England

Oberlandesgericht Frank-
furt am Main, 4. Zivilsenat

Öffentliche Anhörung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes über die Digitalisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktdigitalisierungsgesetz – FinmadiG)“ (BT-Drucksache 20/10280)

Leipziger Straße 123
36037 Fulda

Dominik.Skauradszun
@w.hs-fulda.de

Durchwahl
0661 9640-2960

In Vorbereitung der Sachverständigenanhörung gebe ich zu dem auf S. 107 des Entwurfs genannten Regelungsschwerpunkt „Insolvenz“ und dem damit verbundenen Kunden- bzw. Verbraucherschutz folgende Stellungnahme ab:



I. § 12 KMAG-E – Entzug der Zulassung

§ 12 Abs. 2 KMAG-E sollte wie folgt formuliert werden:

„Die Bundesanstalt kann die Zulassung entziehen, wenn über das Vermögen des Instituts das Insolvenzverfahren eröffnet wurde oder die Einstellung des Geschäftsbetriebs beschlossen wurde.“

Begründung:

Die hier angesprochenen Insolvenzverfahren sind Unternehmensinsolvenzen. Unternehmensinsolvenzen werden häufig als Insolvenzplanverfahren betrieben. Diese Insolvenzpläne sind regelmäßig auf den Erhalt des Unternehmens gerichtet (vgl. § 1 Satz 1 der Insolvenzordnung (InsO)). Würde die Zulassung *im Regelfall* entzogen werden („soll“), erübrigt sich regelmäßig eine Unternehmenssanierung mittels Insolvenzplan, da die dazu erforderliche Zulassung entzogen wurde. Wird die Regelung auf eine „kann“-Vorschrift angepasst, wird es dem Institut erleichtert,

die Bundesanstalt in die Vorbereitungen des Insolvenzplans einzubeziehen und mit dieser abzustimmen, dass die Zulassung bei Annahme und Bestätigung des Insolvenzplans nicht entzogen wird. Bei einer „soll“-Regelung wäre zu befürchten, dass die Bundesanstalt selbst im Sanierungsfall die Zulassung entzieht.

Art. 24 Abs. 1 Buchst. e MiCAR steht dem hier unterbreiteten Vorschlag nicht entgegen. Die Gesetzesbegründung betont zu Recht (S. 138), dass es sich bei Buchst. e um ein Redaktionsversehen handelt. In Buchst. e hätte stehen müssen, dass der Emittent Gegenstand eines Rücktauschplans ist. Da der tatsächliche Wille des europäischen Gesetzgebers durch die Entwurfsfassungen und die anderen Sprachfassungen dokumentiert wurde, ist dieser und nicht das Redaktionsversehen relevant. Buchst. e ist daher korrigierend zu lesen (richtig etwa Begründung S. 155 unten).

Sollte der Finanzausschuss an der „soll“-Regelung festhalten wollen, sollte in der Begründung der Beschlussempfehlung zumindest betont werden, dass ein Fall für das Absehen vom Entzug der Zulassung die belegte Tatsache ist, dass die erfolgreiche Durchführung eines Insolvenzplanverfahrens ernsthaft in Betracht kommt. Dies würde der Gesetzesbegründung für die vergleichbare Vorschrift des § 35 Abs. 2a Satz 1 Kreditwesengesetz (KWG) entsprechen (BT-Drs. 17/3024, S. 59; vgl. Skauradszun/Schröder/Kümpel, ZInsO 2023, 1866, 1869). Da die Begründung der Bundesregierung auf S. 138 nur von einer „zeitweisen“ Aufrechterhaltung der Zulassung spricht, könnte dieses sanierungsfreundliche Ergebnis ohne eine Äußerung in der Beschlussempfehlung nicht erreicht werden.

II. § 28 KMAG-E – Abwickler

§ 28 Abs. 4 KMAG-E sollte wie folgt formuliert werden:

„¹Ordnet die Bundesanstalt die Durchführung des Rücktauschplans nach Artikel 47 der Verordnung (EU) 2023/1114 an, bestellt sie eine der im Rücktauschplan benannten Personen als Abwickler. ²Kann keine der benannten Personen als Abwickler bestellt werden, bestellt die Bundesanstalt nach Anhörung des Emittenten eine andere im Rücktauschplan benannte Person als Abwickler.“

Begründung:

Ein Emittent von vermögenswertereferenzierten Token muss in seinem Rücktauschplan nach Artikel 47 Abs. 2 Unterabs. 2 MiCAR einen „vorläufigen Verwalter“

gemäß dem anwendbaren Recht benennen, der sicherstellt, dass alle Inhaber von Token auch in Extremlagen wie einer Insolvenz gerecht behandelt werden und dass die Erlöse aus dem Verkauf des Reservevermögens fristgerecht den Inhabern ausgezahlt werden. Das KMAG bezeichnet diesen „vorläufigen Verwalter“ in § 28 Abs. 3 KMAG-E als „Abwickler“.

Das dogmatische Fundament für die Figur des Abwicklers ist ungeklärt. Insbesondere ist nicht klar, ob es sich bei dem Abwickler – wie bei einem gerichtlich bestellten Insolvenzverwalter nach der Insolvenzordnung oder Sachwalter nach dem Verbraucherrechtsdurchsetzungsgesetz – um eine sogenannte Partei kraft Amtes handelt, da nach dem RegE weder ein Gericht noch eine Behörde den Abwickler bestellt, sondern nach § 28 Abs. 4 Satz 1 KMAG-E *der Emittent* selbst. Relevant wird diese Frage, sobald sich hinsichtlich des Rücktauschrechts eines Kunden ein Zivilprozess abzeichnet und sich die Frage stellt, gegen wen die Klage zu richten wäre – Emittent oder Abwickler – oder ob die zunächst gegen den Emittenten gerichtete Klage dann zu ändern ist, wenn ein solcher Abwickler bestellt wurde. Eine solche Bestellung durch den Emittenten ist unüblich und risikobehaftet. Vergleichbare Vorschriften sehen die Bestellung durch ein Gericht (§ 27 InsO, § 23 Abs. 1 Verbraucherrechtsdurchsetzungsgesetz (VDuG)) oder eine Behörde vor (Art. 29 Abs. 1 Satz 1 Bankenabwicklungs-RL (BRRD), § 38 Abs. 1 Satz 1 Sanierungs- und Abwicklungsgesetz (SAG)).

Die für die Kunden bzw. Verbraucher nachteilige Rechtsunsicherheit lässt sich beseitigen, indem die Bundesanstalt selbst den Abwickler bestellt. Die Gesetzesbegründung nennt keinen Grund, warum nicht die Bundesanstalt die Bestellung vornimmt (vgl. S. 148). Die hier vorgeschlagene Lösung hätte zugleich den Vorteil, dass die Kunden in der Extremsituation eines angeordneten Rücktausches (Abwicklung, Insolvenz und Zulassungsentzug) nicht von der Bestellung des Abwicklers *durch den Emittenten* abhängig wären. Im Übrigen würde der hier gemachte Vorschlag den Fall berücksichtigen, dass die vom Emittenten im Rücktauschplan benannte Person für das private Amt des Abwicklers nicht zur Verfügung steht. Nach der derzeitigen Entwurfsregelung bestünde für diesen – sehr realistischen Fall – eine Regelungslücke.

Folgt der Finanzausschuss dem hier unterbreiteten Vorschlag, wäre konsequenterweise § 28 Abs. 3 Satz 1 KMAG-E anzupassen, der eine praktisch wenig stimmige Regelung enthält. Es ergibt wenig Sinn, dass der Emittent eine *konkrete* Person benennt. Rücktauschpläne stellen präventive Maßnahmen dar. Die Emittenten können nicht – mitunter Jahre – in die Zukunft schauen und wissen daher nicht, welche konkrete Person im Anwendungsfall als Verwalter in Betracht kommt.

Sinnvoll wäre daher eine Regelung, die der Bundesanstalt die Recherche und Auswahl erleichtert. Formuliert werden könnte in Abs. 3 Sätze 1 und 2:

„¹Der Emittent benennt in seinem Rücktauschplan drei im Falle der Durchführung des Rücktauschplans in Betracht kommende Abwickler. ²Der Abwickler muss über die erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse für die Verwaltung des Reservevermögens verfügen.“

III. § 28 KMAG-E – Reservevermögen

§ 28 Abs. 8 Satz 1 KMAG-E sollte wie folgt formuliert werden:

„Die Inhaber vermögenswertereferenzierter Token sind im Sinne von § 47 der Insolvenzordnung zur Aussonderung des Reservevermögens berechtigt, wenn über das Vermögen des Emittenten in Deutschland ein Insolvenzverfahren eröffnet wird.“

Begründung:

Emittenten von vermögenswertereferenzierten Token müssen damit rechnen, dass die Inhaber dieser Token jederzeit ihr gesetzliches Recht auf Rücktausch ausüben (Art. 39 Abs. 1 MiCAR). Um dieses Recht erfüllen zu können, müssen die Emittenten eine Vermögenswertreserve bilden und halten (Art. 36 MiCAR).

Diese Vermögenswertreserve ist insbesondere im Fall der Insolvenz des Emittenten von Bedeutung, damit die Inhaber der Token ihr Rücktauschrecht auch in einer solchen Extremlage durchsetzen können. Daher muss die Vermögenswertreserve vom übrigen Vermögen des Emittenten getrennt sein und darf *anderen* Gläubigern nicht zur Verfügung stehen (Art. 36 Abs. 2 und 3 MiCAR).

Die MiCAR zielt durch diese Vermögenstrennung darauf ab, dass den Inhabern der Token in der Insolvenz des Emittenten sogenannte Aussonderungsrechte zustehen. Die Inhaber der Token erhalten nicht lediglich die Möglichkeit, ihre Ansprüche zur Insolvenztabelle anzumelden und darauf eine (ggf. geringe) Quote zu erhalten. Die MiCAR regelt jedoch nicht, wie das Rücktauschrecht *insolvenzrechtlich* einzuordnen ist.

Die für den Schutz der Inhaber dieser Token in § 28 Abs. 8 KMAG-E vorgesehene Regelung, wonach die Vermögenswertreserve (= Reservevermögen) nicht in die

Insolvenzmasse fällt, stellt eine konsequente Durchführung der MiCAR dar. Sie beseitigt aber die Rechtsunsicherheit nicht, die durch die MiCAR selbst ausgelöst wird: In Art. 3 Abs. 1 Nr. 32 MiCAR definiert die Verordnung die Vermögenswertreserve so, dass mit diesem Reservevermögen die Forderung „gegenüber dem Emittenten besichert wird“. „Sicherungsrechte“ führen nach deutschem Verständnis jedoch nicht zu Aussonderungs-, sondern zu Absonderungsrechten (§§ 49-51 InsO). Die Inhaber der Token könnten die Vermögenswertreserve dann nicht aussondern, sondern müssten dem Insolvenzverwalter die Verwertung überlassen und Abzüge für die Prüfung und Verwertung hinnehmen (§§ 165 ff. InsO).

Es ist zu erwarten, dass manche Insolvenzverwalter diese missverständliche Formulierung der MiCAR zugunsten der Insolvenzmasse und zulasten der Kunden, insbesondere Verbraucher, nutzen werden (vielleicht sogar im Interesse der Gläubigergesamtheit zu nutzen versuchen müssen) und argumentieren werden, dass die Inhaber der Token ausweislich der Definitionsnorm der MiCAR *nicht* zur Aussonderung, sondern lediglich zur Absonderung berechtigt sind. Diese Gefahr für die Kunden wird beseitigt, wenn das KMAG das Aussonderungsrecht explizit regelt.

IV. § 43 KMAG-E – Einstweilige Maßnahmen bei Gefahr

§ 43 Abs. 3 KMAG-E sollte wie folgt formuliert werden:

„§ 46 Absatz 1 Satz 3 bis 6, § 46c sowie § 46d des Kreditwesengesetzes gelten entsprechend.“

Begründung:

§ 43 Abs. 3 KMAG-E verweist nur auf § 46 Abs. 1 Satz 3 bis 6 sowie § 46c KWG. Auf § 46d KWG, der Vorgaben der Sanierungsrichtlinie umsetzt, wird nicht verwiesen. § 46d KWG betrifft in erster Linie Unterrichtungspflichten (§ 46d Abs. 1 KWG) und Bekanntmachungspflichten (§ 46d Abs. 2 KWG), wenn die Bundesanstalt eine Sanierungsmaßnahme gegenüber einem CRR-Kreditinstitut mit grenzüberschreitender Tätigkeit im Europäischen Wirtschaftsraum erlässt. Maßnahmen im Sinne des § 46 KWG – Vorbild für § 43 KMAG-E – sind Sanierungsmaßnahmen im Sinne des § 46d Abs. 3 Satz 1 KWG. In grenzüberschreitenden Fällen im Europäischen Wirtschaftsraum greift daher § 46d KWG, wenn eine Sanierungsmaßnahme im Sinne des § 46 KWG gegenüber einem CRR-Kreditinstitut erlassen wird, dessen Herkunftsmitgliedstaat die Bundesrepublik Deutschland ist.

Hier erscheint es inkonsequent, im Fall des § 44 Abs. 4 KMAG-E die besonderen Vorgaben der Sanierungsrichtlinie zu grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren durch einen Verweis auf die Vorschriften des KWG zur Anwendung zu bringen, einen solchen Verweis bezüglich § 43 KMAG-E für den Fall einer grenzüberschreitenden Sanierungsmaßnahme aber zu unterlassen. §§ 43 und 44 KMAG-E haben beide Vorbilder aus dem KWG, die jeweils mit Vorgaben der Sanierungsrichtlinie verzahnt sind. Deshalb erschließt sich nicht, wieso die Vorschriften unterschiedlich behandelt werden, wenn es um die Anwendung von auf der Sanierungsrichtlinie fußenden Vorschriften aus dem KWG geht.

Eine entsprechende Anwendung von § 46d KWG würde im Übrigen auch in der Sache Sinn ergeben, da die Norm auch den umgekehrten Fall regelt, wonach die Bundesanstalt die Behörden des Herkunftsmitgliedstaats unterstützt (§ 46d Abs. 5 KWG).

V. Änderungsantrag des Bundesrats zu § 44 KMAG-E (Insolvenz)

Erstmals im Regierungsentwurf erhielt § 44 KMAG-E betreffend die Insolvenz eines Instituts in Absatz 2 einen Katalog an Fällen, in denen das Insolvenzgericht die Bundesanstalt anzuhören hat. Der Bundesrat regt in BR-Drs. 670/1/23 die Streichung von § 44 Abs. 2 Nr. 4 KMAG-E an und empfiehlt stattdessen die Aufnahme einer „Soll“-Anhörung.

§ 44 Abs. 2 Nr. 4 KMAG-E sieht eine Pflichtanhörung für diesen Fall vor:

„der Anordnung von Sicherungsmaßnahmen im Rahmen des Insolvenzverfahrens oder vorläufigen Insolvenzverfahrens.“

§ 44 Abs. 2 Nr. 4 KMAG-E sollte ersatzlos gestrichen werden.

Begründung:

Die Regelung ist erstens insolvenzrechtlich nicht verständlich. Sie spricht Sicherungsmaßnahmen in zwei Verfahrensstadien an, namentlich „im Rahmen des Insolvenzverfahrens“ und im Rahmen des „vorläufigen Insolvenzverfahrens“.

Die Insolvenzordnung verwendet den Begriff des „vorläufigen Insolvenzverfahrens“ nicht. Es sollte daher im KMAG kein insolvenzrechtlicher Begriff eingeführt werden, den die zugrunde liegende Verfahrensordnung nicht verwendet.

§ 44 Abs. 2 Nr. 4 KMAG-E meint vermutlich das sogenannte Eröffnungsverfahren (§§ 11-34 InsO). Im Eröffnungsverfahren erlaubt § 21 InsO die Anordnung vorläufiger Maßnahmen. Welche „Sicherungsmaßnahmen“ im *eröffneten* Insolvenzverfahren gemeint sind, erschließt sich jedoch nicht. § 21 InsO ist nur für das Eröffnungsverfahren, nicht aber das eröffnete Insolvenzverfahren anwendbar (statt aller: Haarmeyer/Schildt, in: Münchener Kommentar zur InsO, 4. Aufl. 2019, § 21 Rn. 30). Im eröffneten Insolvenzverfahren braucht es keine „Anordnung von Sicherungsmaßnahmen“, da die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter übergegangen ist (§ 80 Abs. 1 InsO).

Zweitens ist die wichtigste Regel-Anordnung einer vorläufigen Maßnahme – die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters bzw. vorläufigen Sachwalters (§§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 270b Abs. 1 Satz 1 InsO) – ohnehin schon von § 44 Abs. 2 Nr. 1 und 3 KMAG-E erfasst.

Drittens kann und wird die Bundesanstalt, wenn sie die Anordnung bestimmter vorläufiger Maßnahmen anregen bzw. davon abraten will, dies in ihrem Eröffnungsantrag ohnehin mitteilen. Denn nur die Bundesanstalt kann den Eröffnungsantrag stellen (§ 44 Abs. 1 Satz 4 KMAG-E). Bei der Parallelregelung des § 46b KWG wurde die Erfahrung gesammelt, dass der Insolvenzrichter und der Referent der Bundesanstalt sogar schon vor der Stellung des Eröffnungsantrags und sodann danach regelmäßig kommunizieren, um die Abläufe zwischen den einstweiligen Maßnahmen bei Gefahr (§ 46 KWG) und den Sicherungsmaßnahmen des Insolvenzgerichts (§ 21 InsO) zu koordinieren. Diese Maßnahmen überlappen sich teils, wodurch Abstimmungsbedarf entsteht (vgl. Skauradszun, in: Beck/Samm/Kokemoor, KWG, § 46 Rn. 12 ff.). Dass ein Insolvenzrichter außergewöhnliche vorläufige Maßnahmen anordnet, die nicht mit der Bundesanstalt abgestimmt wurden, ist eher fernliegend. Insolvenzgericht und Bundesanstalt haben aus haftungsrechtlichen Gründen ein intrinsisches Interesse daran, alle Maßnahmen bis zum Eröffnungsbeschluss eng abzustimmen.

VI. § 45 KMAG-E – Zuordnung verwahrter Kryptowerte, Aussonderung

§ 45 Abs. 1 Satz 2 KMAG-E lautet:

„Das [Anm.: der Schutz der Kunden in der Insolvenz des Kryptoverwahrers durch einen unwiderlegliche Vermutung, wonach die verwahrten Kryptowerte dem jeweiligen Kunden gehören] gilt nicht, wenn der Kunde die Einwilligung zu Verfügungen über den verwahrten Wert für Rechnung des Instituts oder Dritter erteilt hat.

Es empfiehlt sich, § 45 Abs. 1 Satz 2 KMAG-E zu streichen.

Begründung:

§ 45 KMAG-E soll die Rechtsposition der Kunden eines Kryptoverwahrers im Falle der Insolvenz des Kryptoverwahrers regeln. Eine Aussonderung nach § 47 InsO kommt in Betracht, wenn ein Gegenstand nicht Teil der Insolvenzmasse ist, sondern haftungsrechtlich dem Gläubiger des Insolvenzschuldners zuzuordnen ist, das heißt wenn der Gegenstand dem Gläubiger „gehört“. Im Falle der Kryptoverwahrung soll diese Zugehörigkeit mithilfe einer unwiderleglichen gesetzlichen Vermutung sichergestellt werden. § 45 Abs. 1 KMAG-E sieht zu diesem Zweck vor, dass der im Rahmen der Kryptoverwahrung für einen Kunden verwahrte Kryptowert als dem Kunden gehörig gilt.

Die Regelungstechnik des § 45 KMAG-E entspricht – abgesehen von begrifflichen Unterschieden – dem jüngst im Rahmen des Zukunftsfinanzierungsgesetzes verabschiedeten § 46i KWG. Dieses Konzept soll auch in das neue KMAG übernommen werden, was zu begrüßen ist.

Nach § 45 Abs. 1 Satz 2 KMAG-E soll die gesetzliche Vermutung jedoch nicht gelten, wenn der Kunde die Einwilligung zu Verfügungen über den verwahrten Wert für Rechnung des Instituts oder Dritter erteilt hat. Diese Ausnahme erschwert es unnötig, eine Vorgabe der MiCAR zu erfüllen. Artikel 70 Abs. 1 MiCAR schreibt nämlich vor, dass die Eigentumsrechte der Kunden im Falle der Insolvenz des Anbieters von Kryptowerte-Dienstleistungen zu schützen sind, *ohne* dabei für den Fall einer erteilten Einwilligung zu Verfügungen eine Ausnahme zu machen.

Es ist ferner unklar, welche Fälle von § 45 Abs. 1 Satz 2 KMAG-E in der Praxis erfasst werden könnten, mithin wann Kunden dem Kryptoverwahrer die Verwendung ihrer Kryptowerte für eigene Rechnung oder für Rechnung Dritter gestatten. Es besteht die Gefahr, dass mit diesem Satz 2 das mittlerweile in der Verwahrpraxis angekommene Staking gefährdet wird. Beim Staking handelt es sich um den Einsatz (sammelverwahrter) Kryptowerte für den sog. Proof-of-Stake-Konsensmechanismus. In diesem Zusammenhang wäre zu klären, ob es im Rahmen des Stakings zu einer Verfügung i.S.d. § 45 Abs. 1 Satz 2 KMAG-E kommt. Wäre dies der Fall und würde sich die Vereinbarung eines Stakings in der Praxis der Kryptoverwahrung etablieren, würde die praktische Reichweite der Vermutungswirkung des § 45 Abs. 1 Satz 1 KMAG-E erheblich eingeschränkt werden, was nicht im Interesse der Kunden wäre.

Um einen Gleichlauf der Vorschriften zu gewährleisten und einen „Flickenteppich“ zu vermeiden, sollte erwogen werden, Absatz 1 Satz 2 auch in § 46i KWG zu streichen, um den Kunden sowohl im Falle von Kryptowerten im Sinne des KMAG als auch im Falle von kryptografischen Instrumenten im Sinne des KWG gleiche Rechte zu gewähren.

Sollte der Finanzausschuss die Streichung von § 45 Abs. 1 Satz 2 KMAG-E nicht empfehlen, wird angeregt, in der Begründung der Beschlussempfehlung klarzustellen, welche Fälle dieser Satz 2 erfassen soll bzw. klarzustellen, dass weder das Staking noch das Bezahlen von Transaktionskosten unter Satz 2 subsumiert werden sollen.

VII. Änderungsantrag des Bundesrats zu § 46 Abs. 3 und 4 KMAG-E (verschleppte Insolvenzanzeige)

Der Bundesrat regt in BR-Drs. 670/1/23 an, in § 46 KMAG-E die Absätze 3 und 4 zu tauschen und damit hinsichtlich der verschleppten Insolvenzanzeige i.S.v. § 44 KMAG-E keine Versuchsstrafbarkeit vorzusehen.

Diese Anregung überzeugt. Ergänzend zur Begründung des Bundesrats ist anzumerken, dass die Grundnorm der Insolvenzverschleppung – § 15a Abs. 4 und 5 InsO – keine Versuchsstrafbarkeit kennt (statt aller: Klöhn, in: Münchener Kommentar zur InsO, 4. Aufl. 2019, § 15a Rn. 338) und daher deren Variante – die verschleppte Anzeige gegenüber der Bundesanstalt – ebenfalls keine Versuchsstrafbarkeit vorsehen sollte. Auch § 55 KWG zur letzten Anzeigepflicht gegenüber der Bundesanstalt kennt keine Versuchsstrafbarkeit.

VIII. Offene Fragen

Es stellt sich die Frage,

- warum das KMAG-E von „vermögenswertreferenzierten“ Token spricht, obwohl die (verbindliche) Definition in Artikel 3 Abs. 1 Nr. 6 MiCAR „vermögenswerterreferenzierte“ Token lautet. Es sollte der Begriff der MiCAR-Definition verwendet werden (auch wenn innerhalb der MiCAR der Begriff nicht überall richtig geschrieben wird);

- warum § 3 K MAG-E zu den Aufgaben der Bundesanstalt in der Überschrift ausschließlich die Bundesanstalt anspricht, obwohl in der Norm auch die Bundesbank als die zuständige Behörde im Sinne von Artikel 93 MiCAR definiert wird. Ferner wäre in § 3 Satz 2 K MAG einheitlich von „zuständige Behörde“ zu schreiben und nicht „zuständige Stelle“ zu formulieren, denn Art. 94 MiCAR verwendet den Begriff „zuständige Behörde“;
- ob die BaFin nach § 4 Abs. 3 K MAG-E – der allgemeinen Befugnisnorm für die Bundesanstalt – tatsächlich jedermann – und damit auch Kunden, insbesondere Verbraucher – „laden und vernehmen“ kann, etwa um damit die Geschäfte des Anbieters von Kryptowerte-Dienstleistungen zu überprüfen. Solche Befugnisse würden über Art. 94 Abs. 1 Buchst. a MiCAR hinausgehen. Diese Befugnisse wären weder durch den Wortlaut noch die Systematik des § 4 Abs. 3 K MAG-E auf solche Personen begrenzt, die das betroffene Institut leiten oder für dieses arbeiten. Diese Ermächtigungsgrundlage erscheint gegenüber Kunden, insbesondere Verbrauchern als zu weitgehend und sollte daher Kunden, jedenfalls Verbraucher, ausnehmen;
- ob in § 4 Abs. 4 Satz K MAG-E das Wort „Rechtsmittelverfahren“ durch „Rechtsbehelfsverfahren“ ersetzt werden muss, da Rechtsbehelfe auch verwaltungsrechtliche Widersprüche umfasst, Rechtsmittelverfahren hingegen nur gerichtliche Rechtsmittel wie Berufung und Revision;
- ob § 4 Abs. 5 K MAG-E zum Betreten von Grundstücken und Geschäftsräumen einem Richtervorbehalt unterliegt bzw. unterliegen muss. Die Regelung kann offenbar sogar Kunden, insbesondere Verbraucher, treffen. Da die Regelung auf das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG Bezug nimmt, scheinen die Verfasser der Regelung auch das Betreten von Wohnungen vor Augen gehabt zu haben. Es fragt sich daher, ob die Befugnis auf Betretung von Wohnungen einem Richtervorbehalt unterliegen sollte. Ein solcher Richtervorbehalt wurde in § 10 Abs. 3 K MAG-E vorgesehen (dort für die Befugnis auf *Durchsuchung*);
- ob in § 7 K MAG-E zur Zusammenarbeit mit sonstigen Stellen und anderen Normen die Zusammenarbeit mit dem Einheitlichen Abwicklungsausschuss (Single Resolution Board) erwähnt werden muss;
- ob § 19 K MAG-E zur Haftung bei fehlendem Kryptowerte-Whitepaper eine Regelung für Altfälle benötigt. Es scheint nicht fernliegend, dass ein Erwerber einen Anbieter von Kryptowerten, etwa von Währungstoken, oder den

Betreiber einer Handelsplattform nach § 19 Abs. 1 K MAG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 MiCAR auf Haftung in Anspruch nimmt, obwohl bei diesen Altfällen noch keine Veröffentlichungspflicht für Kryptowerte-Whitepaper bestand.

Die Verfasser des K MAG haben sich bei vielen Normen an Vorschriften des Wertpapier-Handelsgesetzes (WpHG) orientiert. Damit rechtfertigen sie entsprechende Ermittlungs- und Eingriffsbefugnisse für die Bundesanstalt. Gedanklich werden damit MiCAR-Kryptowerte den WpHG-Wertpapieren bzw. MiCAR-Anbieter von Kryptowerte-Dienstleistungen den WpHG-Instituten gleichgestellt. Da die MiCAR gerade nicht für Kryptowerte gilt, die zu den Finanzinstrumenten gehören, ist noch nicht klar, ob diese Gleichstellung gerechtfertigt ist.

Nach meinem Eindruck enthält das FinmadiG sehr viele komplexe Regelungen. Wie die obigen Beispiele zeigen, werfen einige Vorschriften konzeptionelle Fragen auf und enthalten praktisch noch wenig überzeugende Regelungen. Nicht alle Unstimmigkeiten könnten von der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis durch Auslegung behoben werden. Es gibt derzeit erst wenige wissenschaftliche Untersuchungen zum RefE bzw. RegE. Nach meinem Eindruck sollten diese Untersuchungen noch mehr ermöglicht werden.

gez.

RiOLG Prof. Dr. Dominik Skauradszun, LL.M.