

Betriebs Berater

17 | 2023

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ...

24.4.2023 | 78. Jg.
Seiten 897–960

DIE ERSTE SEITE

Dr. Jens Freiberg, WP

Zunehmende Zielkonflikte zwischen Nachhaltigkeit und Bilanzierung: Problem oder Lösung?

WIRTSCHAFTSRECHT

Michael Öttinger, RA, und **Dr. Carsten Schucht**, RA

BB-Rechtsprechungsreport zum Produktrecht 2022 – Teil I | 899

Dr. Katja Michel, RAin, und **Yannick Schmitt**

MiCAR – Marktzugang für Kryptodienstleister | 905

STEUERRECHT

Dr. Barbara Fleckenstein-Weiland, LL.M., RAin/FAinStR/StBin, und

Dr. Peter Reingen, M.Sc., StB

BB-Rechtsprechungsreport Umsatzsteuer 2022 | 919

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Jannis Bischof, **Yuhan Liu**, M.Sc., und

Prof. Dr. Davud Rostam-Afschar

Bilanzpolitik in aktuellen Unternehmenskrisen – empirische Befunde, Chancen und Risiken | 939

ARBEITSRECHT

Dr. Martina Schlamp, RAin/FAinArbR

Beschäftigung ausländischer Fachkräfte – Trends, Gestaltungsmöglichkeiten und gesetzliche Neuerungen | 948

nenhersteller außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) sitzt, findet § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ProdSG in der Tat parallele Anwendung, damit bei Verbraucherprodukten ein Ansprechpartner in der Europäischen Union (EU) vorhanden ist. Seit dem 16.7.2021 gilt bei Maschinen im Übrigen auch die Kennzeichnungsvorgabe aus Art. 4 Abs. 4, 5 VO (EU) 2019/1020. Danach kann auch die Kennzeichnung des EU-Fulfilment-Dienstleisters ausreichen, Art. 4 Abs. 2 lit. d) VO (EU) 2019/1020. Richtigerweise dürfte die Vorgabe aus der EU-Marktüberwachungsverordnung nunmehr als *lex specialis* i. S. d. Art. 1 Abs. 2 Unterabs. 2 lit. b) Richtlinie 2001/95/EG vorgehen, so dass etwa ein gekennzeichnete Fulfilment-Dienstleister bei Verbraucherprodukten (Maschinen) ausreicht. Die § 3 Abs. 2 Nr. 5, 6 der 9. ProdSV sowie § 6 Abs. 1 S. 1, 2 Nr. 1, 2 ProdSG werden schließlich (wenig überraschend) als Marktverhaltensregeln i. S. d. § 3a UWG eingestuft.¹²⁸

128 LG Cottbus, 15.6.2022 – 11 O 5/20, juris, Rn. 50.

Michael Öttinger, RA, mit Schwerpunkten in den Bereichen produktbezogenes Umweltrecht und Chemikalienrecht in der Produktkanzlei in Augsburg. Zudem berät er zu menschen- und umweltrechtlichen Fragestellungen in Lieferketten.



Dr. Carsten Schucht, RA, ist Partner der Produktkanzlei in Berlin. Er ist auf das Produktsicherheits-, Produkthaftungs- und öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzrecht spezialisiert. Internationale und nationale Hersteller, Importeure und Händler von Konsum- und Investitionsgütern im gesamten Non-Food-Bereich berät er zu allen Compliance-Themen.



Hinweis der Redaktion: Der Beitrag wird in der nächsten Ausgabe fortgesetzt. Teil II findet sich dort.

Dr. Katja Michel, RAin, und Yannick Schmitt, wiss. Mit.

MiCAR – Marktzugang für Kryptodienstleister

Die Markets in Crypto-Assets Regulation (MiCAR) – deren finale Abstimmung im EU-Parlament für den 20.4.2023 vorgesehen war – wird den europäischen Markt für Kryptowerte künftig umfassend regulieren. Dies gilt auch für das Angebot sog. Kryptodienstleistungen. Für Unternehmen mit Kryptogeschäftsmodellen stellt sich daher die Frage, wie sie künftig Zugang zum europäischen Kryptomarkt erhalten können. Dieser Beitrag untersucht die Möglichkeiten, die MiCAR für den Marktzugang bietet. Dabei beleuchtet er auch, wie Kryptogeschäftsmodelle innerhalb der EU grenzüberschreitend ausgebaut werden können. Ein weiterer Schwerpunkt liegt auf den Möglichkeiten, die MiCAR für den Zugang zum europäischen Kryptomarkt durch Drittstaatenunternehmen bereithält.

I. Einleitung

Märkte für Kryptowerte und darauf basierende Geschäftsmodelle reichen von Natur aus über die Grenzen von Staaten und Jurisdiktionen hinaus.¹ Dies liegt vor allem an der verwendeten *Distributed-Ledger-Technologie*. Kryptodienstleister² haben häufig ein starkes Interesse daran, möglichst zügig und bestenfalls ohne hohen Kosten- und Complianceaufwand, auf dem Markt Fuß zu fassen und ihre Geschäfte grenzüberschreitend zu expandieren. Bislang fanden sie dafür in den EU-Mitgliedstaaten ein regulatorisches Umfeld vor, das zum Teil³ noch eher einem „Flickenteppich“ statt einem einheitlichen, Rechtssicherheit- und Vertrauenstiftenden Regulierungsrahmen entsprach. So müssen Kryptodienstleister bislang für jeden einzelnen EU-Mitgliedstaat, in dem sie ihre Dienstleistungen erbringen wollen, die einschlägigen Regeln (einschließlich etwaiger Erlaubniserfordernisse) identifizieren – soweit solche Regeln überhaupt bestehen – und an-

wenden. Dies gilt für Drittstaatenunternehmen, die in der EU mit Kryptodienstleistungen tätig werden wollen, gleichermaßen.

Auf der anderen Seite stellt die lückenhafte Regulierung von Kryptodienstleistungen in der EU aber auch die Aufsichtsbehörden vor Herausforderungen und kann ein Risiko für die Stabilität und Transparenz der Krypto- und Finanzmärkte und den Verbraucherschutz darstellen.⁴

Dies soll sich mit MiCAR⁵ ändern, die sowohl für bereits nach Finanzmarktgesetzen lizenzierte Unternehmen wie Banken als auch für bislang unregulierte Unternehmen relevant ist. Die Verordnung ist Teil des EU Digital Finance Pakets⁶ und wird aller Voraussicht nach Ende 2024 in der EU anwendbar sein.⁷ Mit der Verordnung sind große Erwartungen verbunden: MiCAR soll einen einheitlichen Regulierungsrahmen für Kryptowerte und Kryptodienstleistungen⁸ in der EU schaffen und bestehende Lücken in der Regulierung schließen.⁹ Dies betrifft auch und gerade den Marktzugang. Hierdurch sollen vor

1 So auch Erwägungsgrund 5c MiCAR.
 2 Hiermit sind „Kryptowertedienstleister“ gemeint; vgl. zur Definition II. 3.
 3 D. h. soweit nicht bereits durch die EU-Finanzmarktgesetze reguliert.
 4 Vgl. auch Erwägungsgrund 3a MiCAR.
 5 Diesem Beitrag liegt die Fassung der MiCAR in Form des „Provisional Agreement resulting from Interinstitutional Negotiations“ vom 5.10.2022, veröffentlicht durch das Europäische Parlament, zugrunde; mit „MiCAR“ wird auf diese Fassung Bezug genommen.
 6 Unter https://finance.ec.europa.eu/publications/digital-finance-package_de (Abruf: 11.4.2023).
 7 Die Verordnung wird am 20. Tag nach ihrer Veröffentlichung im EU-Amtsblatt in Kraft treten und 18 Monate nach dem Datum ihres Inkrafttretens anwendbar sein.
 8 Hiermit sind „Kryptowertedienstleistungen“ gemeint; vgl. zur Definition II. 2.
 9 Deutschland hat im Vergleich zu einigen anderen EU-Mitgliedstaaten ein hohes Regulierungsniveau, indem es „Kryptowerte“ (mit einer eigenen Definition) zu Finanzinstrumenten i. S. d. Kreditwesengesetzes (KWG), des Wertpapierinstitutsgesetzes (WpIG) und des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) erklärt und damit gewerbliche Dienstleistungen mit Kryptowerten einer Erlaubnisspflicht unterstellt.

allem der Verbraucherschutz, die Marktintegrität und die Finanzstabilität in der EU gestärkt werden.¹⁰

Verbunden ist mit MiCAR aber auch die Hoffnung, die Attraktivität der EU für Anbieter von Kryptogeschäftsmodellen zu erhöhen, da Regulierung Rechtssicherheit schaffen und Vertrauen stärken kann.¹¹

Dieser Beitrag beleuchtet, wie Kryptodienstleister unter Geltung der MiCAR Zugang zum europäischen Kryptomarkt erhalten können. Hierfür wird zunächst erläutert, inwiefern der Anwendungsbereich der MiCAR für das Angebot von Kryptodienstleistungen, in Abgrenzung zu den Finanzmarktgesetzen, eröffnet ist (II.). Sodann untersucht der Beitrag die verschiedenen Möglichkeiten, die MiCAR für den Marktzugang und die grenzüberschreitende Erbringung von Kryptodienstleistungen innerhalb der EU bietet. Dabei werden Erlaubnis- und Anzeigerfordernisse wie auch andere Möglichkeiten des Marktzugangs beleuchtet (III.). Schließlich widmet sich der Beitrag der Frage, wie Unternehmen aus Drittstaaten unter Geltung der MiCAR im europäischen Kryptomarkt Fuß fassen können (IV.). Der Beitrag schließt mit einem Ausblick zum Marktzugangsregime der MiCAR (V.).

II. Anwendungsbereich der MiCAR

Der Marktzugang für Kryptodienstleister richtet sich nur dann nach MiCAR, wenn auch der Anwendungsbereich der Verordnung eröffnet ist. Was Kryptodienstleistungen betrifft, ist MiCAR auf alle Personen und Unternehmen anwendbar, die in der EU Dienstleistungen im Zusammenhang mit Kryptowerten i. S. d. MiCAR erbringen, vorbehaltlich der in der MiCAR geregelten Ausnahmen (Art. 2 Abs. 1 MiCAR).¹²

1. Kryptowert

MiCAR definiert den Kryptowert weit als jede „digitale Darstellung eines Wertes oder Rechts, die elektronisch unter Verwendung der Distributed-Ledger-Technologie oder einer ähnlichen Technologie übertragen und gespeichert werden kann“ (Art. 3 Abs. 1 (2) MiCAR).¹³

Nicht von MiCAR erfasst sind jedoch solche Kryptowerte, die schon nach geltender EU-Finanzmarktgesetzgebung reguliert sind, z. B. als Finanzinstrument, Einlage oder Verbriefung.¹⁴ Denn MiCAR wurde mit der gesetzgeberischen Intention erlassen, (nur) die Lücken zu schließen, die die geltenden Finanzmarktgesetze im Hinblick auf die Regulierung von Kryptowerten gelassen haben.¹⁵ Für Dienstleister mit Kryptogeschäftsmodellen wird es daher zunächst darauf ankommen, durch Klassifizierung des Kryptowertes zu ermitteln, ob sie mit ihren Dienstleistungen unter das Regelungsregime der Finanzmarktgesetze oder der MiCAR fallen.

Nicht von der MiCAR erfasst sind zudem Kryptowerte, die nicht fungibel und nicht mit anderen Kryptowerten austauschbar sind (Art. 2 Abs. 2a MiCAR).

2. Kryptodienstleistungen

MiCAR definiert abschließend, was als Kryptodienstleistungen gilt. Dabei orientiert sich MiCAR ganz überwiegend und deutlich am großen europäischen Vorbild aus dem Finanzmarktbereich, der MiFID II.¹⁶

Kryptodienstleistungen nach MiCAR sind:

– die Verwahrung und Verwaltung von Kryptowerten für Dritte (Kryptoverwahrung);¹⁷

- der Betrieb einer Handelsplattform für Kryptowerte;¹⁸
- der Austausch von Kryptowerten gegen Geldmittel;¹⁹
- der Tausch von Kryptowerten gegen andere Kryptowerte;²⁰
- die Ausführung von Aufträgen über Kryptowerte für Dritte;²¹
- die Platzierung von Kryptowerten;²²
- die Erbringung von Transferdienstleistungen für Kryptowerte im Auftrag Dritter (Kryptotransferdienstleistungen);²³
- die Annahme und Übermittlung von Aufträgen über Kryptowerte für Dritte;²⁴
- die Beratung zu Kryptowerten²⁵ und
- die Erbringung von Portfolioverwaltung im Hinblick auf Kryptowerte.²⁶

Mit den Kryptotransferdienstleistungen schafft der EU-Gesetzgeber eine regulierte Dienstleistung in der MiCAR, die kein direktes Pendant unter denen von MiFID II regulierten Wertpapierdienstleistungen im Hinblick auf (als Finanzinstrumente qualifizierende) Kryptowerte hat.²⁷ Spannend wird zudem sein, wie künftig die Trennlinie zwischen der Kryptoverwahrung und den Kryptotransferdienstleistungen nach MiCAR verlaufen wird. Für die Abgrenzung wird es vor allem auf die weitere technische Spezifizierung der Definitionen durch die Kommission ankommen (vgl. Art. 3 Abs. 2 MiCAR).

3. Kryptodienstleister

Kryptodienstleister i. S. d. MiCAR ist eine juristische Person (oder ein sonstiges Unternehmen), deren Beruf oder Tätigkeit darin besteht,

10 PM der EU Kommission vom 1.7.2022, BB 2022, 1602; vgl. auch Erwägungsgrund 76 MiCAR.

11 Vgl. Erwägungsgrund 4 MiCAR; zudem wird MiCAR das Potenzial zugeschrieben, sich als internationaler Standard entwickeln zu können, der Ausstrahlungswirkung auch auf andere Kryptomärkte haben kann, so *Maume*, RDI 2022, 461.

12 Vgl. Art. 2 Abs. 1 MiCAR auch zum primärmarktrechtlichen Anwendungsbereich der MiCAR.

13 Darüber hinaus führt MiCAR als Unterkategorien „vermögenswertbezogene Token“, „E-Geld-Token“ und „Utility Token“ ein und unterstellt diese besonderen Anforderungen; als „signifikant“ einzustufende vermögenswertbezogene Token und E-Geld-Token sollen nach MiCAR noch strengeren Regeln unterliegen.

14 Vgl. Art. 2 Abs. 3 MiCAR für eine abschließende Aufzählung der nicht von MiCAR erfassten Kryptowerte; vgl. auch Art. 2 Abs. 4a MiCAR.

15 Vgl. Erwägungsgrund 3, 3a und 5 MiCAR.

16 RL 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5.2014 über Märkte für Finanzinstrumente.

17 Die Verwahrung oder Kontrolle von Kryptowerten oder der Mittel für den Zugang zu solchen Kryptowerten, gegebenenfalls in Form von privaten kryptografischen Schlüsseln, im Namen Dritter.

18 Verwaltung eines oder mehrerer multilateraler Systeme, welche die Interessen mehrerer Dritter am Kauf und Verkauf von Kryptowerten im Rahmen des Systems und nach dessen Regeln so zusammenführen oder erleichtern, dass ein Vertrag zustande kommt, indem entweder ein Kryptowert gegen einen anderen oder ein Kryptowert gegen Geldmittel getauscht wird.

19 Abschluss von Kauf- oder Verkaufsverträgen über Kryptowerte mit Dritten gegen Gelder unter Einsatz von Eigenkapital.

20 Abschluss von Kauf- oder Verkaufsverträgen über Kryptowerte mit Dritten gegen andere Kryptowerte unter Einsatz von Eigenkapital.

21 Abschluss von Vereinbarungen über den Kauf oder Verkauf eines oder mehrerer Kryptowerte oder die Zeichnung eines oder mehrerer Kryptowerten im Namen Dritter, einschließlich des Abschlusses von Vereinbarungen über den Verkauf von Kryptowerten zum Zeitpunkt ihrer Ausgabe.

22 Vermarktung von Kryptowerten im Namen oder für Rechnung des Anbieters oder einer mit dem Anbieter verbundenen Partei an Käufer.

23 Übertragung von Kryptowerten im Namen einer natürlichen oder juristischen Person von einer Distributed-Ledger-Adresse oder einem Konto auf ein anderes.

24 Entgegennahme eines Auftrags zum Kauf oder Verkauf eines oder mehrerer Kryptowerte oder zur Zeichnung eines oder mehrerer Kryptowerte durch eine Person und die Weiterleitung dieses Auftrags an einen Dritten zur Ausführung.

25 Einem Dritten auf dessen Wunsch hin oder aus eigener Veranlassung des beratenden Kryptodienstleisters, personalisierte Empfehlungen in Bezug auf ein oder mehrere Geschäfte hinsichtlich Kryptowerten oder die Inanspruchnahme von Kryptodienstleistungen anzubieten, zu erteilen oder zu vereinbaren, solche Empfehlungen zu erteilen (agreeing to give).

26 Verwaltung von Portfolios gemäß den von Kunden erteilten Aufträgen auf einer diskretionären Einzelkundenbasis (*client-by-client basis*), wenn diese Portfolios einen oder mehrere Kryptowerte enthalten.

27 Vgl. Art. 53a Abs. 2 MiCAR.

gewerbsmäßig eine oder mehrere Kryptodienstleistungen für Dritte zu erbringen, und die nach MiCAR zur Erbringung von Kryptodienstleistungen berechtigt ist (Art. 3 Abs. 1 (8) MiCAR).

MiCAR führt zudem die Kategorie der „bedeutenden Kryptodienstleister“ ein. Dies sind Anbieter von Kryptodienstleistungen, die im Durchschnitt eines Kalenderjahres mindestens 15 Mio. aktive Nutzer in der EU haben (vgl. Art. 75a MiCAR für Details). Bis auf eine Notifizierungspflicht gegenüber der zuständigen Behörde beim Erreichen dieses Schwellenwerts sieht MiCAR (zunächst) keine weiteren Pflichten dieser Kryptodienstleister vor. Gesetzgeberischer Hintergrund der Einführung dieser Kategorie ist es, die Marktentwicklungen rund um signifikante Kryptodienstleister zu erfassen.²⁸

4. Zusammenfassung

Der Marktzugang für Kryptodienstleister richtet sich daher künftig (nur) dann nach MiCAR, wenn sich die Dienstleistungen auf Kryptowerte i.S.d. MiCAR und nicht der vorrangigen EU- Finanzmarktgesetze beziehen, und es sich um Kryptodienstleistungen i.S.d. MiCAR handelt.

III. Marktzugang und Expansion des Geschäfts innerhalb der EU

Wer künftig im Rahmen der MiCAR Kryptodienstleistungen in der EU erbringen will, kann dies grundsätzlich nur mit Erlaubnis machen (Art. 53 MiCAR). Bereits nach den Finanzmarktgesetzen lizenzierte Unternehmen profitieren hingegen unter bestimmten Voraussetzungen von einer Privilegierung in Form einer bloßen Anzeigepflicht.²⁹ Im Vergleich zu den Finanzmarktgesetzen bietet MiCAR weniger Raum, um außerhalb der Beantragung einer Erlaubnis oder der Anzeige, Zugang zum Markt zu erhalten. MiCAR ermöglicht jedoch über den sog. *Europäischen Pass* eine effiziente Erstreckung der Geschäfte innerhalb der EU.

1. Erlaubnis

Um Zugang zum EU Kryptomarkt zu bekommen, müssen Unternehmen mehrere Anforderungen erfüllen: Neben einem eingetragenen Sitz in einem Mitgliedstaat, an dem zumindest auch ein Teil der Kryptodienstleistungen erbracht wird, müssen sie eine Erlaubnis bei der zuständigen Behörde des Landes, in dem sie ihren eingetragenen Sitz haben, z. B. der BaFin in Deutschland, beantragen und erhalten. Zudem unterliegen sie einem Substanzerfordernis, das MiCAR mit besonderer Deutlichkeit normiert: Der Ort ihrer tatsächlichen Geschäftsführung muss innerhalb der Union liegen und sie müssen mindestens einen in der Union ansässigen Geschäftsführer beschäftigen (vgl. Art. 53 Abs. 1 MiCAR).

Grundsätzlich gestattet MiCAR nur juristischen Personen das Erbringen von Kryptodienstleistungen.³⁰

Das Erlaubnisverfahren ist hinsichtlich Anforderungen und Verfahren den Finanzmarktgesetzen überwiegend nachgebildet. Der einzureichende Antrag hat die in der MiCAR genannten Informationen und Unterlagen zu enthalten (vgl. Art. 54 Abs. 2 MiCAR). Dazu zählen u. a. ein ausführlicher Geschäftsplan, die Satzung, eine Beschreibung der Governance-Regelungen und der internen Kontrollmechanismen im Hinblick auf Risiken und des Verfahrens für die Trennung der Kryptowerte und Gelder der Kunden sowie Informationen zu den Mitgliedern des Leitungsorgans und der Inhaber qualifizierter Beteiligungen.

Nach Einreichung des Erlaubnisanspruchs beurteilt die Behörde innerhalb von 25 Arbeitstagen, ob der Antrag vollständig ist.³¹ Bei unvollständigen Anträgen setzt die Behörde eine Frist nach ihrem Ermessen zur Vorlage weiterer Informationen. Bleibt der Antrag auch nach Fristablauf unvollständig, kann die Behörde die Prüfung ablehnen. Vollständigkeit hat sie dem Antragsteller unverzüglich mitzuteilen und sie muss sodann innerhalb von 40 Arbeitstagen den Antrag beurteilen. Jedoch können bis spätestens zum 20. Arbeitstag vom Antragsteller weitere Informationen angefordert werden. Dies führt zu einer Aussetzung des Beurteilungszeitraums bis zum Eingang der Antwort des Antragstellers, jedoch begrenzt auf maximal 20 Arbeitstage. Das Verfahren schließt mit einer dem Antragsteller mitzuteilenden Zulassung oder Ablehnungsentscheidung.³² Lizenzierte Kryptodienstleister werden in ein Verzeichnis der ESMA³³ aufgenommen.

Ist ein Unternehmen als Kryptodienstleister nach MiCAR zugelassen, hat es sowohl die in MiCAR für alle Kryptodienstleister geltenden Anforderungen³⁴ als auch die für die von ihm zu erbringenden Kryptodienstleistungen geltenden, besonderen Anforderungen zu erfüllen.³⁵

2. Bloße Anzeige

Hinsichtlich des Zugangs zum EU-Kryptomarkt privilegiert MiCAR Kreditinstitute, Wertpapierfirmen und anderen Unternehmen, die bereits nach den Finanzmarktgesetzen in der EU zugelassen sind (vgl. Art. 53a MiCAR). Sie benötigen für den Zugang zum EU-Kryptomarkt keine zusätzliche Erlaubnis nach MiCAR.³⁶ Dies ist auch sachgerecht, haben diese Unternehmen bereits für die von ihnen erbrachten Bank- und Wertpapierdienstleistungen etc. ein strenges Zulassungsverfahren durchlaufen. Für sie gilt lediglich ein effizient ausgestaltetes Anzeigeverfahren: Spätestens 40 Arbeitstage vor der geplanten Erbringung der Kryptodienstleistungen müssen die Unternehmen die Herkunftsstaatsbehörde³⁷ von ihrem Vorhaben unterrichten und ihr bestimmte Informationen und Unterlagen zur Verfügung stellen.³⁸ Sind die Unterlagen vollständig, kann das Unternehmen zum geplanten Datum (also nach frühestens 40 Tagen) mit der Erbringung der Dienstleistungen beginnen. Bereits an die zuständige Behörde übermittelte Informationen müssen – sofern sie identisch sind – im laufenden Anzeigeverfahren nicht nochmals übermittelt werden. Ist die Anzeige unvollständig, was die Behörde innerhalb von 20 Arbeitstagen nach Erhalt der Informationen zu prüfen hat, setzt sie dem Unternehmen eine Frist zur Übermitt-

28 Die Kommission muss in einem Evaluierungsbericht eine Bewertung der aufsichtsbehördlichen Zusammenarbeit und der Zuständigkeiten für die Beaufsichtigung der bedeutenden Kryptodienstleister abgeben (vgl. Art. 122 Abs. 2 (qa) MiCAR).

29 Dazu unter III. 2.

30 Nicht-juristische Personen können nur dann Kryptodienstleister i.S.d. MiCAR sein, wenn sichergestellt ist, dass ihre Rechtsform ein Schutzniveau für die Interessen Dritter gewährleistet, das dem von juristischen Personen gleichwertig ist, und wenn sie einer ihrer Rechtsform entsprechenden Aufsicht unterliegen, vgl. Art. 53 Abs. 1 MiCAR.

31 Vgl. Art. 55 MiCAR zum Verfahren; in jedem Fall muss der Eingang des Antrags innerhalb von fünf Arbeitstagen schriftlich bestätigt werden.

32 Eine Ablehnungsentscheidung ergeht z. B., wenn die Vorschriften eines Drittlandes, denen eine oder mehrere Personen unterstehen, zu denen der Antragsteller enge Verbindungen unterhält, oder Schwierigkeiten bei der Durchsetzung dieser Vorschriften, die die zuständige Behörde an der wirksamen Durchsetzung ihrer Aufsichtsfunktionen hindern, Art. 55 Abs. 4e MiCAR; vgl. i. Ü. Art. 54 Abs. 5 MiCAR.

33 Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde.

34 Hierzu zählen z. B. Governance-Anforderungen, Informationspflichten gegenüber Kunden und die Pflichten zum Umgang mit Interessenkonflikten.

35 Diese sind in Titel V Kapitel 3 MiCAR normiert.

36 Vgl. aber auch die nachfolgend dargestellten Einschränkungen, z. B. für Wertpapierfirmen.

37 Herkunftsstaat ist für Kryptodienstleister der Mitgliedstaat, in dem der Anbieter von Kryptodienstleistungen seinen eingetragenen Sitz hat, Art. 3 Abs. 1 (22) (f) MiCAR.

38 Vgl. Art. 53a Abs. 6 MiCAR; hierzu zählen u. a. der Geschäftsplan und eine Beschreibung des Verfahrens für die Trennung der Kryptowerte und Gelder des Kunden.

lung der noch fehlenden Informationen, die 20 Arbeitstage nicht überschreiten sollte. Während dieses Zeitraums wird die 40-Tage-Frist gehemmt. Eine weitere Fristsetzung ist möglich, führt jedoch nicht zu einer erneuten Hemmung. Im Falle einer unvollständigen Meldung, darf das Unternehmen die Kryptodienstleistungen nicht aufnehmen.

Die MiCAR-Privilegierung steht CRR-Kreditinstituten für alle Kryptodienstleistungen i.S.d. MiCAR zur Verfügung. Für Wertpapierfirmen kommt sie jedoch nur für Kryptodienstleistungen in Betracht, die mit den Dienstleistungen „gleichwertig“ sind, für die sie nach den Finanzmarktgesetzen zugelassen sind.³⁹ Hat eine Wertpapierfirma z.B. nur für die Anlageberatung zu Finanzinstrumenten eine Erlaubnis, kann sie nach MiCAR auch nur die Beratung zu Kryptowerten notifizieren. Will sie daneben noch z.B. Portfolioverwaltung im Hinblick auf Kryptowerte erbringen, muss sie eine MiCAR-Erlaubnis beantragen. In diesem Fall könnte das Unternehmen jedoch ggfs. von der Erleichterung profitieren, dass es bestimmte, bereits im Rahmen seines ursprünglichen Erlaubnisanspruchs übermittelte Informationen nicht erneut einreichen muss.

Hinzuweisen ist, dass die bereits nach den Finanzmarktgesetzen lizenzierten Unternehmen (siehe Aufzählung in Art. 53a MiCAR) zwar von einer Erleichterung in Form einer bloßen Notifizierungspflicht profitieren, im Übrigen jedoch – bis auf wenige Ausnahmen⁴⁰ – die Organisations-, Verhaltens- und Transparenzanforderungen der MiCAR auch für sie gelten.

3. Übergangsvorschriften/Grandfathering

Bereits national zugelassene Kryptodienstleister können ggfs. von einem vereinfachten, weit weniger aufwändigen Erlaubnisverfahren profitieren, um ihre Dienstleistungen unter MiCAR fortzuführen (vgl. Art. 123 Abs. 3 MiCAR): Stellen sie innerhalb von 18 Monaten nach dem Anwendungsbeginn der MiCAR einen Erlaubnisantrag, prüfen die zuständigen Behörden nämlich nur, ob die allgemeinen Pflichten und die für die jeweiligen Kryptodienstleistungen geltenden, besonderen Pflichten eingehalten werden. Ob Deutschland von dieser Ermächtigung Gebrauch macht, und wie das Verfahren konkret aussehen könnte, ist jedoch noch unklar.

Zudem können Kryptodienstleister, die ihre Dienstleistungen im Einklang mit dem geltenden Recht vor dem Beginn der Anwendung der MiCAR erbracht haben, dies ggfs. für einen Zeitraum von 18 Monaten nach Anwendungsbeginn der MiCAR oder Erteilung einer MiCAR-Erlaubnis, fortsetzen, je nachdem, welcher Zeitpunkt früher liegt. Inwieweit Deutschland beschließt, diese Übergangsmaßnahme (nicht) anzuwenden oder ihre Dauer zu verkürzen, ist jedoch ebenso noch unklar (vgl. Art. 123 Abs. 2 MiCAR).

4. Möglichkeiten des Marktzugangs außerhalb von Erlaubnis und Anzeige

Außer der Beantragung einer Erlaubnis b.z.w. der Anzeige von Kryptodienstleistungen, bietet MiCAR nur wenige Möglichkeiten für den Marktzugang. Dies erweckt den Eindruck, dass der EU-Gesetzgeber sich prinzipiell für eine einheitliche Marktzugangsregelung für Kryptodienstleistungen in der EU in Form von Erlaubnis b.z.w. Anzeige entschieden hat.

a) Ausnahmetatbestände

Schon der Katalog der Ausnahmetatbestände vom Anwendungsbeginn der MiCAR – und damit auch vom Erlaubnisverfahren – ist

auffallend kurz (vgl. Art. 2 Abs. 2 MiCAR). Dies zeigt sich auch im Vergleich zu den Ausnahmen, die das KWG (vgl. § 2 KWG) und das WpIG (vgl. § 3 WpIG) für den Marktzugang von Unternehmen bereithalten, die Bank-, Finanz- oder Wertpapierdienstleistungen in Deutschland erbringen möchten. Zudem fällt auf, dass MiCAR für (bloße) Unternehmen, die Kryptodienstleistungen erbringen möchten,⁴¹ nur die Konzernausnahme bereithält.

aa) Konzernausnahme

Hiernach gilt MiCAR nicht für Personen, die Kryptodienstleistungen ausschließlich für ihr Mutter-, Tochter- oder Schwesterunternehmen erbringen (Art. 2 Abs. 2 (a) MiCAR). Hintergrund der Ausnahme ist, dass in diesem Fall keine schutzwürdigen Interessen außerhalb des Konzerns stehender Personen tangiert werden und daher kein Aufsichtserfordernis durch die BaFin besteht.⁴² Mit der Konzernausnahme lehnt sich MiCAR wiederum an die Finanzmarktgesetze an.

bb) Keine Freistellungsmöglichkeit und kein vertraglich gebundener Vermittler

Ganz im Sinne des Ziels, Kryptowerte und -dienstleistungen umfassend zu regulieren und Lücken zu schließen, die die Finanzmarktgesetze in der EU gelassen haben, sieht MiCAR die Möglichkeit einer Freistellung vom Erlaubnisverfahren und weiterer Bestimmungen nach erfolgreichem Antrag bei der Aufsichtsbehörde nicht vor. Eine solche Möglichkeit besteht z.B. für die Erbringung von Bank- und Finanzdienstleistungen nach dem KWG, wenn ein Unternehmen wegen „der Art der von ihm betriebenen Geschäfte insoweit nicht der Aufsicht bedarf“.⁴³ Der Unionsgesetzgeber hat sich mit MiCAR hingegen grundsätzlich für das Aufsichtserfordernis entschieden.

Bemerkenswert ist auch, dass MiCAR den vertraglich gebundenen Vermittler als Ausnahme von der Anwendbarkeit der MiCAR und damit auch des Erlaubnisverfahrens nicht kennt. Damit wird Unternehmen, die Kryptodienstleistungen erbringen möchten, eine – im Finanzbereich etablierte – Möglichkeit verwehrt, in Kooperation mit einem lizenzierten Unternehmen (Haftungsdach) einen, eine eigene Erlaubnis nicht erfordernden Zugang zum Kryptomarkt mit bestimmten Dienstleistungen zu erhalten.⁴⁴

Vertraglich gebundene Vermittler sind Unternehmen mit Sitz im Inland, die keine Bankgeschäfte betreiben und als Finanz- oder Wertpapierdienstleistungen nur die Anlagevermittlung, die Anlageberatung oder das Platzierungsgeschäft (mit Finanzinstrumenten) erbringen und dies ausschließlich für Rechnung und unter der Haftung

39 Vgl. Art. 53a Abs. 2 MiCAR; vgl. zum Anzeigeverfahren für weitere, bereits lizenzierte Unternehmen Art. 53a Abs. 1a, 3-5 MiCAR. Abzuwarten bleibt, ob das Kryptoverwahrgeschäft nach § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 6 KWG, das eine deutsche Besonderheit in Form einer Finanz- und nicht Wertpapierdienstleistung ist, als „gleichwertig“ mit der Kryptoverwahrlizenz i.S.d. MiCAR anzusehen sein wird.

40 Ausgenommen sind die Regelungen über das Erlaubnisverfahren und die Rücknahme der Erlaubnis, die Kapitalanforderungen und den beabsichtigten Erwerb eines Kryptodienstleisters. Dies ist auch sachgerecht, da für diese Bereiche die (strengeren) Anforderungen aus den Finanzmarktgesetzen gelten.

41 MiCAR sieht noch Ausnahmen für bestimmte öffentliche Einrichtungen und Personen mit besonderen öffentlichen Aufträgen vor.

42 So für die WpHG-Konzernausnahme *Kumpan*, in: Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 5. Aufl. 2020, § 3 WpHG, Rn. 4 WpHG; vgl. auch Erwägungsgrund 6a MiCAR.

43 § 2 Abs. 4 KWG; für Beispiele von Instituten, die von einer derartigen Freistellung bislang profitiert haben s. z.B. *Schäfer*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 2 KWG, Rn. 55.

44 Die Ausnahme wird häufiger von jungen FinTech-Unternehmen genutzt, um ihre Dienstleistungen auf dem Markt unter dem „Schutz“ eines Haftungsdachs zu erbringen und gleichzeitig ihre eigene Governance- und Compliance-Strukturen im Hinblick auf die spätere Beantragung einer eigenen Erlaubnis vorzubereiten; auch lizenzierte Unternehmen kooperieren häufig mit vertraglich gebundenen Vermittlern zum Vertrieb ihrer eigenen Produkte.

eines CRR-Kreditinstituts,⁴⁵ das seinen Sitz im Inland hat.⁴⁶ Die Tätigkeit des vertraglich gebundenen Vermittlers wird dem Haftungsdach zugerechnet, welches die Zuverlässigkeit, fachliche Eignung, Regelbefolgung und die Erfüllung von bestimmten Informationspflichten gegenüber Kunden durch den vertraglich gebundenen Vermittler sicherzustellen hat.

Der Verzicht auf die Ausnahme in der MiCAR mag darin begründet sein, dass der EU-Gesetzgeber stets den tatsächlichen Erbringer der Kryptodienstleistungen über das Erfordernis einer eigenen Erlaubnis direkt verantwortlich halten können möchte.

b) Kooperationen

Unternehmen, die auf dem Kryptomarkt tätig werden, jedoch (zunächst) keine eigene Erlaubnis beantragen möchten, könnten eine Kooperation mit einem lizenzierten Kryptodienstleister in Erwägung ziehen, die sich auf die in MiCAR vorgesehenen Auslagerungsregeln stützt (Art. 66 MiCAR). Derartige Kooperationen zwischen lizenzierten Unternehmen, die die Einhaltung der regulatorischen Anforderungen sicherstellen, und Dienstleistern, die sich z. B. auf die technische Infrastruktur und den Kundenkontakt (*Frontend*) spezialisieren, sind aus dem Bankenbereich bekannt. Ob sie tatsächlich Sinn machen, muss jedoch im Einzelfall im Hinblick auf die vom Auslagerungsunternehmen zu erbringenden Tätigkeiten eruiert werden. Denn Auslagerungsunternehmen sind nur *Dienstleister*, die operationelle Funktionen für das lizenzierte Unternehmen wahrnehmen. Letzteres bleibt hingegen jederzeit voll für die Erfüllung seiner regulatorischen Verpflichtungen verantwortlich und ist *Erbringer* der Dienstleistungen. Zudem hat der Kryptodienstleister – wieder stark angelehnt an die aus dem Finanzmarktbereich bekannten Auslagerungsregeln – nach MiCAR eine Reihe von Pflichten im Hinblick auf die Auslagerung: z. B. muss sichergestellt sein, dass die Auslagerung nicht zu einer Delegation der Verantwortung führt, sie nicht das Verhältnis zwischen dem Kryptodienstleister und seinen Kunden oder die Pflichten des Kryptodienstleisters gegenüber seinen Kunden verändert, die Ausübung von Aufsichtsbefugnissen nicht beeinträchtigt wird und Datenschutzregeln eingehalten werden. Zudem muss das Verhältnis zum Auslagerungsunternehmen in einer schriftlichen Vereinbarung niedergelegt werden.

Zudem bleibt abzuwarten, wie sich die Aufsichtsbehörden zu solchen „Crypto-as-a-Service“-Modellen auf der Grundlage des Auslagerungsrechts der MiCAR, die darauf ausgelegt sind, die Erlaubnis eines Kryptodienstleisters „nutzbar“ zu machen, positionieren werden.

5. Grenzüberschreitende Erbringung von Kryptodienstleistungen – Europäischer Pass

Kryptodienstleister, die ihr Geschäftsmodell grenzüberschreitend innerhalb der EU ausdehnen möchten, können dies künftig auf der Basis des sog. *Europäischen Passes* machen und zwar im Wege der Errichtung einer physischen Präsenz (*Niederlassungsfreiheit*) in einem anderen EU-Mitgliedstaat oder grenzüberschreitend (*Dienstleistungsfreiheit*).

Für die Inanspruchnahme des Europäischen Passes sieht die MiCAR ein eigenes Verfahren vor. Es orientiert sich an den Vorbildern aus MiFID II und CRD IV,⁴⁷ ist aber effizienter und einfacher ausgestaltet (vgl. Art. 58 MiCAR): Kryptodienstleister müssen der zuständigen Behörde des Herkunftsmitgliedstaates lediglich ein begrenztes Maß an Informationen (eine Liste der Mitgliedstaaten, in denen sie

Kryptodienstleistungen erbringen möchten, das Datum des Beginns der geplanten Erbringung der Kryptodienstleistungen, eine Liste aller anderen Tätigkeiten des Kryptodienstleisters, die nicht unter die MiCAR fallen, sowie die Kryptodienstleistungen, die sie grenzüberschreitend anbieten möchten)⁴⁸ übersenden. Die zuständige Behörde des Herkunftsmitgliedstaates muss diese Informationen innerhalb von zehn Arbeitstagen der zentralen Kontaktstelle des Aufnahmemitgliedstaates übermitteln (vgl. Art. 3 Abs. 1 (23) MiCAR).⁴⁹ Sobald die zuständige Behörde des Herkunftsmitgliedstaates den Kryptodienstleister über diese Mitteilung unterrichtet hat, was unverzüglich erfolgen muss, oder spätestens 15 Tage nachdem der Kryptodienstleister die erforderlichen Informationen an die zuständige Behörde des Herkunftsstaates übermittelt hat, darf er mit der Dienstleistungserbringung im Aufnahmemitgliedstaat beginnen.

MiCAR stellt keine besonderen Anforderungen an die Errichtung einer Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat oder die grenzüberschreitende Erbringung von Kryptodienstleistungen.⁵⁰ Daher gelten die allgemeinen und die spezifisch an jeweiligen Kryptodienstleistungen anknüpfenden Anforderungen auch für die Erbringung von Kryptodienstleistungen im Wege des Europäischen Passes.

IV. Marktzugang von Drittstaatenunternehmen

1. Fehlendes Drittstaatenregime

Es stellt sich die Frage, welche Möglichkeiten MiCAR für Drittstaatenunternehmen bereithält, um Zugang zum EU-Kryptomarkt zu erhalten.

Auffallend ist, dass MiCAR für Drittstaatenunternehmen keine speziellen Zugangsregeln enthält oder anlegt.⁵¹ MiCAR verpflichtet die EU-Kommission lediglich dazu, in ihrem Evaluierungsbericht dazu Stellung zu nehmen, ob im Rahmen der MiCAR eine Gleichwertigkeitsregelung für Anbieter von Kryptodienstleistungen aus Drittländern eingeführt werden sollte (Art. 122 Abs. 2 (k) MiCAR). Eine solche Einführung müsste durch einen Gesetzgebungsvorschlag angestoßen werden. Damit grenzt sich MiCAR z. B. deutlich von MiFID II und MiFIR⁵² ab, die für den Drittstaatenzugang zum EU-Finanzmarkt mit Wertpapierdienstleistungen ein spezielles Regime vorsehen bzw. für die Zukunft bereits anlegen.⁵³

Auch insgesamt hat MiCAR nur wenige Berührungspunkte mit Drittstaaten, was die Erbringung von Kryptodienstleistungen betrifft.⁵⁴

45 Oder Wertpapierinstitut oder Wertpapierhandelsunternehmens.

46 Vgl. ausführlich § 2 Abs. 10 und § 25e KWG, § 3 Abs. 2 und 28 WpHG und § 3 Abs. 2 WpHG; das Haftungsdach muss den vertraglich gebundenen Vermittler bei der BaFin registrieren.

47 RL 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen.

48 Diese Informationen werden auch in ein Register der ESMA aufgenommen (vgl. Art. 91a MiCAR).

49 Die Weiterleitung erfolgt auch an die Europäische Bankenaufsichtsbehörde und die ESMA.

50 Art. 53 Abs. 3 UAbs. 2 MiCAR stellt zudem klar, dass Kryptodienstleister nicht dazu verpflichtet sind, im Hoheitsgebiet eines Aufnahmemitgliedstaates eine Niederlassung zu errichten.

51 Vgl. zur Anwendung der MiCAR auf Emittenten aus Drittländern z. B. *Brauneck*, WM 2022, 1258, 1260 ff.

52 VO (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5.2014 über Märkte für Finanzinstrumente.

53 Vgl. dazu insbesondere Art. 46–49 MiFIR und Art. 39 ff. MiFID II; eine Freistellungsmöglichkeit von in einem Drittstaat beaufsichtigten Unternehmen für grenzüberschreitende Tätigkeiten, wie sie z. B. § 2 Abs. 5 KWG für den Bank- und Finanzbereich vorsieht, enthält MiCAR nicht.

54 Vgl. im Übrigen z. B. Art. 90 MiCAR, wonach die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten, „erforderlichenfalls“ Kooperationsvereinbarungen mit Aufsichtsbehörden aus Drittstaaten über den Informationsaustausch und die Durchsetzung der sich aus der MiCAR

2. Erwerb eines lizenzierten Kryptodienstleisters in der EU

Um Zugang zum EU Kryptomarkt zu erhalten, könnten Drittstaatenunternehmen künftig den Kauf eines bestehenden Kryptodienstleisters in der EU erwägen, der bereits über eine MiCAR-Erlaubnis verfügt. Dies würde ihnen die Durchführung eines eigenen Erlaubnisverfahrens ersparen. Hingegen müssten sie ein Inhaberkontrollverfahren nach der MiCAR- oder den Finanzmarktgesetzen, wenn es sich um ein bereits lizenziertes Institut handelt⁵⁵ – durchführen (vgl. Art. 74-75 MiCAR): Denn, wer allein oder in Abstimmung mit anderen natürlichen oder juristischen Personen beschlossen hat, entweder direkt oder indirekt, eine qualifizierte Beteiligung (vgl. Art. 3 Abs. 1 (26) MiCAR) an einem Kryptodienstleister zu erwerben, muss dies der für den Kryptodienstleister zuständigen Aufsichtsbehörde schriftlich unter Vorlage bestimmter Informationen anzeigen.⁵⁶ Das Inhaberkontrollverfahren nach MiCAR lehnt sich an die aus dem Finanzmarktbereich bekannten Verfahren an, hat aber den Vorteil, dass der Lauf des Beurteilungszeitraums nicht von einer Vollständigkeits-,⁵⁷ sondern einer (bloßen) Eingangsbestätigung abhängt.⁵⁸ Das Inhaberkontrollverfahren nach MiCAR dauert im Falle des beabsichtigten Erwerbs durch Personen aus Drittstaaten maximal 90 Tage, ansonsten 80.⁵⁹ Art und Umfang der einzureichenden Unterlagen werden durch Regulierungsstandards näher bestimmt, die noch nicht vorliegen. Unternehmen sollten im Einzelfall entscheiden, ob der Aufwand für den Erwerb eines lizenzierten Kryptodienstleisters, der auch eine Sorgfaltsprüfung (*Due Diligence*) umfasst, eine echte Alternative zur Gründung einer Gesellschaft in der EU und der Beantragung einer eigenen Erlaubnis darstellt.

3. Kooperationen

Inwieweit MiCAR Kooperationen zulässt, bei denen operative Funktionen von in der EU lizenzierten Kryptodienstleistern an Drittstaatenunternehmen ausgelagert werden, ist noch unklar. MiCAR enthält für die Auslagerung in Drittstaaten keine speziellen Regeln. Hingegen könnte man die Pflicht der Kryptodienstleister, sicherzustellen, dass bei der Auslagerung auf Dritte die einschlägigen Datenschutzstandards einzuhalten sind, die gelten würden, „wenn die Dritten in der Union niedergelassen wären“, zumindest als ein Indiz dafür ansehen, dass die Auslagerung in Drittstaaten nicht prinzipiell unzulässig ist. Jedenfalls sollte die Zulässigkeit etwaiger Kooperationen, die mit Auslagerungen in Drittstaaten verbunden sind, unter der MiCAR mit der zuständigen Aufsichtsbehörde vorab abgestimmt werden. Im Übrigen gilt das oben zur Auslagerung innerhalb der EU Gesagte (vgl. III. 4. b)).

4. Reverse Solicitation

Ein Drittstaatenunternehmen kann auch dann erlaubnisfrei Kryptodienstleistungen in der EU erbringen, wenn die Erbringung ausschließlich auf Initiative bzw. Aufforderung eines in der EU ansässigen bzw. niedergelassenen Kunden erfolgt (*Reverse Solicitation*).⁶⁰ Die Kryptodienstleistungen sind in diesem Fall von der passiven Dienstleistungsfreiheit gedeckt. Die Grundsätze der Reverse Solicitation wurden in der Verwaltungspraxis der Aufsichtsbehörden⁶¹ entwickelt und werden auch in den Finanzmarktgesetzen aufgegriffen. MiCAR normiert Voraussetzungen und Grenzen jedoch mit besonderer Deutlichkeit: Dem Drittstaatenunternehmen ist jegliche Form von erster Bewerbung seiner Dienstleistungen innerhalb der EU ver-

boten, wenn es seine Kryptodienstleistungen erlaubnisfrei auf Reverse Solicitation stützen möchte.⁶² Dies gilt sowohl für den Fall, dass das Drittstaatenunternehmen selbst handelt als auch über eine in seinem Namen handelnde oder mit ihm eng verbundene Einrichtung oder eine andere im Namen einer solchen Einrichtung handelnde Person. Vertrags- oder Ausschlussklauseln, die etwas anderes besagen, einschließlich Klauseln, wonach davon ausgegangen wird, dass das Drittstaatenunternehmen auf die ausschließliche Initiative des Kunden reagiert, sind irrelevant. Die Veranlassung des Kunden berechtigt das Drittstaatenunternehmen nicht dazu, ohne Erlaubnis neue Kategorien von Kryptowerten oder -dienstleistungen an den Kunden zu vertreiben. Aufgrund der engen Voraussetzungen und der dünnen Linien zwischen passiver Dienstleistungsfreiheit und Erlaubnispflicht, ermöglicht die Reverse Solicitation nicht den Aufbau eines nachhaltigen Geschäftsmodells durch ein Drittstaatenunternehmen auf dem EU Kryptomarkt. Vielmehr kann die Ausnahme lediglich vereinzelt, d. h. im Falle der Veranlassung durch Kunden aus der EU, die erlaubnisfreie Erbringung von Kryptodienstleistungen stützen.

5. Erlaubnis

Die Möglichkeiten für Drittstaatenunternehmen, Zugang zum EU-Kryptomarkt zu erhalten, sind außerhalb des Erwerbs einer eigenen Erlaubnis, wie dargestellt, begrenzt. Auf den ersten Blick könnte man daher den Eindruck gewinnen, der EU-Gesetzgeber wolle einen europäischen *Closed Shop* in dem durch MiCAR regulierten Bereich schaffen. Dies würde jedoch nicht zu dem Ziel passen, über MiCAR die Attraktivität der EU für Anbieter mit Kryptogeschäftsmodellen zu erhöhen.⁶³ Eher hat der EU-Gesetzgeber daher im Sinn, Drittstaatenunternehmen mit Kryptogeschäftsmodellen über die Notwendigkeit von Sitz, Substanz und Erlaubnis in der EU zu einer eigenen EU-Tochter (*EU-Hub*) zu motivieren und somit ihre Aktivitäten nach denselben Regeln wie für originär in der EU ansässige Unternehmen zu regulieren und zu beaufsichtigen.⁶⁴ Die eigene MiCAR-Erlaubnis in der EU hat für Drittstaatenunternehmen zum Vorteil, dass sie über den Europäischen Pass ihre Geschäfte EU-weit ausdehnen können.

ergebenden Verpflichtungen in Drittstaaten schließen können. Ziel ist ein wirksamer Informationsaustausch, der den zuständigen Behörden ihre Aufgabenwahrnehmung im Rahmen der MiCAR ermöglicht. ESMA soll auch den Austausch von Informationen, die sie von Aufsichtsbehörden aus Drittstaaten erhalten hat und die für Aufsichtsmaßnahmen relevant sein könnten, zwischen den zuständigen Behörden erleichtern; dies verdeutlicht den Anspruch der MiCAR, ihre territoriale Wirkung auch über die EU hinaus zu erweitern zu wollen; ob die Vereinbarungen tatsächlich geschlossen werden, hängt nicht zuletzt von den betreffenden Drittstaaten ab.

55 Vgl. Art. 53a Abs. 7 MiCAR, der die Anwendung der Vorschriften der MiCAR über den Erwerb von Kryptodienstleistern für bereits lizenzierte Kreditinstitute etc. ausschließt.

56 Diese werden künftig durch Regulierungsstandards spezifiziert.

57 So z. B. § 2c Abs. 1a S. 1 KWG und § 24 Abs. 4 S. 1 WpIG.

58 Die Anzeige muss letztlich jedoch vollständig sein, da eine unvollständige Anzeige die zuständigen Behörden zum Einspruch gegen den beabsichtigten Erwerb ermächtigt, vgl. Art. 75 Abs. 2 MiCAR.

59 Zu Details vgl. Art. 74 und 75 MiCAR.

60 Art. 53b MiCAR; dies gilt einschließlich einer Beziehung, die sich speziell auf die Erbringung dieser Dienstleistung oder Tätigkeit bezieht.

61 Vgl. insbesondere BaFin, Merkblatt zur Erlaubnispflicht von grenzüberschreitend betriebenen Geschäften, 1.4.2005, geändert am 11.3.2019.

62 Vgl. Art. 53b Abs. 3 MiCAR zur Kompetenz der ESMA zum Erlass von Leitlinien.

63 Vgl. oben I.

64 Da MiCAR abschließend ist, können die Mitgliedstaaten den Drittstaatenzugang auch nicht auf nationaler Ebene regeln, z. B. durch die Möglichkeit, eine Zweigstelle zu gründen (vgl. für den Bank- und Finanzbereich § 53 KWG).

V. Ausblick

Mit einem einheitlichen Regulierungsrahmen für Kryptodienstleistungen schafft MiCAR ein *level playing field* für Unternehmen mit Kryptogeschäftsmodellen in der EU. Dies kann Vertrauen und Rechtssicherheit stiften. Den Marktzugang macht MiCAR dabei sowohl für Unternehmen in der EU als auch für Drittstaatenunternehmen, von Sitz, Substanz und eigener Erlaubnis in der EU abhängig. Ob dadurch aus Sicht von Drittstaatenunternehmen die Attraktivität der EU als Standort gestärkt wird oder eher der gegenteilige Effekt eintritt, bleibt abzuwarten. Ist der Markteintritt erst einmal geschafft, erlaubt MiCAR jedoch über den Europäischen Pass, die eigenen Geschäfte effizient EU-weit auszudehnen.

Während MiCAR bislang unregulierte Unternehmen vor die Aufgabe stellt, sich erstmals mit regulatorischen Anforderungen rund um den Marktzugang auseinanderzusetzen, hält sie für bereits lizenzierte Unternehmen Erleichterungen bereit. Diese Unternehmen stehen jedoch vor der Herausforderung, die Anforderungen der MiCAR für den Marktzugang und die Erbringung von Kryptodienstleistungen durch

effiziente Governance- und Compliance-Strukturen umzusetzen und dabei Synergien zu nutzen, die MiCAR in der Zusammenschau mit den EU-Finanzmarktgesetzen schaffen kann.

Dr. Katja Michel, RAin, Counsel im Frankfurter Büro von Fieldfisher. Sie berät im Finanzaufsichts- und Kapitalmarktrecht mit einem besonderen Schwerpunkt auf der Beratung im FinTech-Bereich. Sie ist Mitglied im Financial Markets und Products Team von Fieldfisher.



Yannick Schmitt, wiss. Mit. im Financial Markets und Products Team von Fieldfisher in Frankfurt a.M. Er studiert Rechtswissenschaften an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz, u.a. mit dem Schwerpunkt Kapitalmarktrecht.



BGH: Keine Eintragung des Gewinnabführungsvertrags zwischen zwei GmbH im Handelsregister der Obergesellschaft

BGH, Beschluss vom 31.1.2023 – II ZB 10/22

Volltext des Beschlusses: [BB-ONLINE BBL2023-641-3](#)
unter [www.betriebs-berater.de](#)

AMTLICHER LEITSATZ

Der zwischen zwei Gesellschaften mit beschränkter Haftung bestehende Gewinnabführungsvertrag kann nicht im Handelsregister der Obergesellschaft eingetragen werden.

GmbHG § 53 Abs. 1, § 54 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3; AktG § 294 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1

SACHVERHALT

I. Die Antragstellerin, eine GmbH, ist alleinige Gesellschafterin der E. GmbH. Beide Gesellschaften schlossen im März 2020 einen Gewinnabführungsvertrag, durch den sich die E. GmbH verpflichtete, ihren gesamten Gewinn an die Antragstellerin abzuführen. Die Gesellschafter der Antragstellerin und der E. GmbH beschlossen im Mai 2020 bzw. Juni 2020 die Zustimmung zum Gewinnabführungsvertrag, der am 5. August 2020 im Handelsregister der E. GmbH eingetragen wurde.

Mit Urkunde vom 9. Juni 2020 hat die Antragstellerin den Gewinnabführungsvertrag zur Eintragung im Handelsregister angemeldet. Das Registergericht hat den Antrag abgelehnt. Die Beschwerde der Antragstellerin hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen. Mit ihrer vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Antragstellerin ihren Eintragungsantrag weiter.

AUS DEN GRÜNDEN

Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg

- 3 II. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.
- 4 1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Das Registergericht habe die Eintragungsfähigkeit des

Gewinnabführungsvertrags aus zutreffenden Gründen verneint. Der (isolierte) Gewinnabführungsvertrag überschreite auf Seiten der zur Gewinnabführung verpflichteten Gesellschaft wegen des Eingriffs in das Gewinnbezugsrecht der Gesellschafter gemäß § 29 GmbHG und das Recht der Gesellschafterversammlung zur Entscheidung über die Gewinnverwendung die Grenze zur materiellen Satzungsänderung, mit der Folge, dass er für seine Wirksamkeit entsprechend §§ 53, 54 GmbHG bei ihr der Eintragung im Handelsregister bedürfe. Bei der berechtigten Gesellschaft habe der Gewinnabführungsvertrag jedoch keinen satzungsüberlagernden, ihre rechtliche Grundstruktur verändernden Charakter, so dass kein Grund für die entsprechende Anwendung von § 54 Abs. 3 GmbHG bestehe.

Für eine gesetzlich nicht vorgesehene Eintragung bestehe kein Gewohnheitsrecht, auch wenn es vereinzelt zu entsprechenden Eintragungen kommen möge. Ein erhebliches Bedürfnis für eine derartige Eintragung bestehe nicht. An ihr könnten zwar vielfältige Interessen Dritter bestehen, die sich auf einfache Weise über das Bestehen eines Gewinnabführungsvertrags mit den aus den §§ 302, 303 AktG ergebenden Risiken (Verlustübernahme, Gläubigerschutz durch Sicherheitsleistung) informieren könnten. Dabei handele es sich aber um unmittelbar rein wirtschaftliche Interessen, für die auch angesichts der Publizitätsfunktion des Handelsregisters kein erhebliches Bedürfnis bestehe. Die mit einem Gewinnabführungsvertrag verbundenen Risiken seien nicht anders als Risiken aus sonstigen vertraglichen Bindungen, die bis zu einer Existenzgefährdung führen könnten und deren Eintragung nach allgemeinen registerrechtlichen Grundsätzen nicht verlangt werden könne.

Eine Eintragung vor dem Hintergrund einer tatsächlich schon oder gerade noch nicht bestehenden wirtschaftlichen „Relevanz“ lasse sich mit dem vorrangigen Grundsatz der Registerklarheit nicht in Einklang bringen und sei überdies mit einer erheblichen zusätzlichen Eintragungsfülle im Handelsregisterblatt einer GmbH verbunden. Soweit der Bundesgerichtshof in einem Beschluss vom 30. Januar 1992 ausgeführt habe, der aus den Be-