

Newsletter

Bank- und Kapitalmarktrecht

Juli 2017



Dr. Friedrich
Bozenhardt
Rechtsanwalt
und Fachanwalt
für Handels- und
Gesellschaftsrecht



Werner Gaus,
LL.M.
Rechtsanwalt
und Fachanwalt
für Handels- und
Gesellschaftsrecht



Dr. Achim Döser,
LL.M. (Tulane Univ.)
Rechtsanwalt



Dr. Ulrich-
Peter Kinzl
Rechtsanwalt,
Steuerberater



Aljoscha
Schmidberger
Rechtsanwalt



BRP Renaud und Partner mbB
Rechtsanwälte Patentanwälte
Steuerberater



BRP Renaud und Partner mbB, die JUVE-Kanzlei des Jahres 2016 im Südwesten, baut ihren Tätigkeitsbereich Bank- und Kapitalmarktrecht an den Standorten Frankfurt und Stuttgart weiter aus. Zuletzt hat sich BRP durch den ausgewiesenen und erfahrenen Bank- und Kapitalmarktrechtler Dr. Friedrich Bozenhardt am Standort Stuttgart verstärkt.

Mit diesem Newsletter möchten wir Sie zukünftig regelmäßig über aktuelle Entwicklungen in diesem Bereich informieren. Zugleich wollen wir insoweit über Erfahrungen aus unserer anwaltlichen Praxis berichten. Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung. Ihre gerne auch kritischen Anmerkungen und Anregungen sind uns willkommen.

Wir würden uns freuen, wenn dieser Newsletter Ihr Interesse findet. Sie erhalten ihn in gedruckter oder in elektronischer Form. Sie dürfen unseren Newsletter auch gerne an interessierte Kollegen und Freunde Ihres Hauses weitergeben.

Bankrecht

Gebühren für smsTAN

Der Bundesgerichtshof wird nach mündlicher Verhandlung am 13.06.2017, XI ZR 260/15, dann am 25.07.2017 darüber entscheiden, ob die dort beklagte Kreissparkasse Extra-Gebühren für das smsTAN-Verfahren beim Online-Banking verlangen darf. Nach den Bedingungen des beklagten Instituts fallen je smsTAN 0,10 € an.

Dieses Verfahren reiht sich ein in die lange Kette von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, bei denen der XI. Zivilsenat über Ent-

gelte für Dienstleistungen der Kreditinstitute zu urteilen hatte. Es sei daran erinnert, dass bereits 2014 die Bearbeitungsgebühren für Verbraucherkredite als unwirksam beurteilt wurden. Ebenfalls unwirksam sind Darlehensgebühren bei Bausparverträgen sowie Gebühren für Bausparkredite.

Nach Ansicht des klagenden Bundesverbands der Verbraucherzentralen dürften Banken den Versand der smsTAN nicht unabhängig von deren Einsatz in Rechnung stellen. Demgegenüber wies das beklagte Institut darauf hin, dass es fünf verschiedene TAN-Verfahren anbiete, wobei einzig die smsTAN kostenpflichtig sei. Letztlich geht es um die Frage, inwieweit Zahlungsauffähigungsinstrumente von den Instituten bepreist werden dürfen.

Dieser Fall zeichnet sich aber auch durch eine andere Besonderheit deswegen aus, weil bereits die Zulässigkeit der Klage in Frage steht. Die Klägerseite hatte die Information über die smsTAN einer Werbung der Sparkasse entnommen, nicht aber deren Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder dem Preis- und Leistungsverzeichnis. Damit ist die Frage nach der Klagebefugnis der Verbraucherzentrale nach dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) gestellt. Dieser Punkt ist wichtig, da bisher Klagen nach diesem Gesetz nur dann zulässig sind, wenn die Klägerseite konkrete Allgemeine Geschäftsbedingungen als rechtswidrig angreift, sich nicht jedoch auf allgemeine Werbung, z.B. auf der Homepage der Kreditinstitute, bezieht.

Bearbeitungsentgelte bei Unternehmerdarlehen

BGH, Urteile vom 04.07.2017 – XI ZR 562/15 und XI ZR 233/16

Am 04.07.2017 hat der Bundesgerichtshof die mit großer Spannung erwarteten Entscheidungen zur Frage erlassen, ob Bearbeitungsentgelte im unternehmerischen Bereich zulässig sind.

Mit seiner neuesten Rechtsprechung führt nun der Bundesgerichtshof die für Verbraucherdarlehen entwickelte Rechtsprechung für laufzeitunabhängige Bearbeitungsentgelte auch im unternehmerischen Bereich fort (BGH, Urteile vom 04.07.2017, XI ZR 562/15 und XI ZR 233/16). Die Vereinbarung laufzeitunabhängiger Bearbeitungsentgelte als sogenannter Preisnebenabreden sei mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren und stelle daher im Zweifel eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners i.S. von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

dar. Die Angemessenheit könne auch nicht mit möglicherweise aus dem Bearbeitungsentgelt resultierenden steuerlichen Vorteilen auf Unternehmerseite begründet werden.

Auch bei angemessener Berücksichtigung der im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten ergebe die Inhaltskontrolle kein anderes Ergebnis. Auf die fehlende Schutzbedürftigkeit des Unternehmers im Vergleich mit Verbrauchern komme es nicht an. Der Bundesgerichtshof geht bei seiner Argumentation davon aus, dass auch gegenüber Unternehmern das dispositive Gesetzesrecht durch die einseitige Gestaltungsmacht des Klauselverwenders, hier der Kreditinstitute, außer Kraft gesetzt wird.

Abschließend verweist der Bundesgerichtshof zur Frage der Verjährung auf seine Rechtsprechung zu Verbraucherdarlehen. Demzufolge war auch für Unternehmer mit Ablauf des Jahres 2011 die Erhebung einer auf die Rückzahlung von Bearbeitungsentgelten gerichteten Klage zumutbar.

Aus Sicht der Kreditwirtschaft ist die Entscheidung des XI. Zivilsenats zu bedauern, da sie die eigentlich zum Verbraucherschutz entwickelte Rechtsprechung zunehmend in den gewerblichen Bereich ausdehnt. Damit wird letztlich die Freiheit der Marktteilnehmer beschnitten und möglicherweise der Standort Deutschland bei großen, komplexen Finanzierungen nicht mehr nachgefragt.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes geht hier auch von Prämissen aus, die die Rechtswirklichkeit nicht widerspiegeln. Die Gestaltungsmacht des Klauselverwenders mag abstrakt gegeben sein, in der Praxis ist es aber anders, vor allem bei kleineren Instituten. Auch die grundsätzliche Unangemessenheit des Bearbeitungsentgelts ist zu hinterfragen. Die von den Unternehmen gezogenen steuerlichen Vorteile werden vom Senat zwar erwähnt, reichen aber anscheinend nicht aus, eine Unangemessenheit zu verneinen. Anscheinend ist es dann auch so, dass die im Zusammenhang mit z.B. der Bauträgerfinanzierung erbrachten Leistungen der Institute wie Mittelverwendungskontrolle, Vorsprache bei Behörden, Prolongationen oder sonstige kurzfristige Konditionenänderungen nicht als Sonderleistungen bepreist werden können, sondern dann wieder nur im Interesse der Institute erfolgen. Diese Abgrenzung ist von vorneherein kritisch zu hinterfragen, da die Kreditinstitute selbstverständlich und wie jeder Kaufmann mit Gewinnerzielungsabsicht am Markt unterwegs sind. Vorbehaltlich einer Antwort in den noch nicht veröffentlichten Entscheidungsgründen

bleibt dann auch die Frage offen, wie die Kreditinstitute ihren Aufwand noch mit den Zinsen abbilden können. Gerade im Bereich der Bauträgerfinanzierung wird mit variablen Zinsen gearbeitet, so dass bei Vertragsabschluss nicht vorhersehbar ist, ob sich die Finanzierung für das Institut amortisiert. Hier müsste sodann daran gedacht werden, eine Verzinsung dann eventuell im zweistelligen Bereich für den Zeitraum zwischen Zurverfügungstellung der Valuta und der ersten Tilgungsmöglichkeit einzuführen.

Als Alternative ist verstärkt daran zu denken, Bearbeitungsentgelte frei auszuhandeln. Die Hürden für den Nachweis, dass die Entgelte tatsächlich zur Disposition gestellt wurden, sind allerdings hoch. Die Beweislast hierfür liegt beim Klauselverwender.

Fehlerhafte Widerrufsbelehrungen und Folgen für das Rückgewährschuldverhältnis

Dieses Thema beschäftigt seit Jahren die Gerichte. In der Zwischenzeit ist die gegen die Kreditinstitute erhobene Klagewelle der Kreditnehmer beim Bundesgerichtshof angelangt. In den uns bekannten Verfahren geht es in der Zwischenzeit nicht mehr nur um die Frage, ob die von den Instituten eingesetzten Widerrufsbelehrungen fehlerhaft sind oder nicht, sondern um die Frage, wie bei wirksamem Widerruf die einzelnen Ansprüche im Rückgewährschuldverhältnis zu berechnen sind und inwieweit bei abgelösten oder noch laufenden Darlehen der Gedanke der Verwirkung fruchtbar gemacht werden kann. Zu allen drei Problembereichen hat sich eine umfangreiche Einzelfallrechtsprechung entwickelt.

Wir beschränken uns im Folgenden auf die Frage, wie die Ansprüche zu behandeln sind, die bei Weiterzahlung der Tilgungen und Zinsen durch die Darlehensnehmer nach dem Widerruf entstehen. Das Rückgewährschuldverhältnis besteht nach wirksam erklärtem Widerruf nur bis zum Zugang des Ausspruchs des Widerrufs. Die danach entstehenden Ansprüche sind nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln, vgl. BGH vom 21.02.2017 – XI ZR 398/16.

Während der Dauer des Rückgewährschuldverhältnisses sind die von den Kreditnehmern gezogenen Nutzungen mit dem Vertragszins, der sich in der Regel an dem marktüblichen Zins, der sich an der Bundesbankstatistik (plus einer Bandbreite von +/- 1 Prozentpunkten) ausrichtet, zu bemessen, vgl. BGH vom 19.01.2016, XI ZR 103/15, und zwar nicht zeitabschnittsweise, sondern einheitlich über den gesamten Zeitraum, dazu indirekt BGH

vom 12.07.2016, XI ZR 564/15, mit Stehenlassen der Berechnung des dort in der Revision behandelten Urteils des OLG Nürnberg vom 11.11.2015, 14 U 2439/14.

Nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Frankfurt sind auch die von den Klägern nach dem Ausspruch des Widerrufs und bis zur Ablösung weiter gezogenen Nutzungen mit dem Vertragszins anzusetzen, so jedenfalls OLG Frankfurt am Main vom 20.07.2016, 17 U 218/15. Ob der Bundesgerichtshof dies genauso sieht, ist noch nicht klar, dazu BGH vom 16.05.2017, XI ZR 586/15.

Eine noch offene Frage stellt die Berechnung der Nutzungsvorteile auf Seiten der Institute nach dem Zugang des Widerrufs dar. Hier hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 12.06.2017, XI ZR 501/15, die widerlegliche Vermutung für das Rückgewährschuldverhältnis aufgestellt, dass Institute eine Verzinsung von 2,5 Prozentpunkten über dem anwendbaren Basiszinssatz erzielen. Probleme bestehen für die Institute deshalb, weil sie diese Vermutung widerlegen müssen, was für den Einzelfall eines jeden Darlehens im Hinblick auf die unterschiedlichen Refinanzierungen nur sehr schwer möglich ist. Die vom Bundesgerichtshof angenommene Höhe der Nutzungsvorteile scheint aber in jedem Fall zu hoch zu sein.

Ein Ansatz wäre die Berechnung auf der Grundlage der Marge auf die gezahlten Raten, wobei die Nutzungen nur aus den Zinsen herrühren können. Als Vorbild könnte hier die Rechtsprechung des OLG Hamm im Hinweis vom 29.01.2016, 31 U 198/15, dienen. In der Praxis ist uns aber kein Fall bekannt, in dem über die von den Klägern typischerweise bestrittene Marge Beweis erhoben worden wäre.

Ein anderer Ansatz ist der des OLG Bamberg vom 01.06.2016, 8 U 138/15, der sich auf den Zinsüberschuss der Institute auf der Grundlage der Monatsberichte der Deutschen Bundesbank bezieht. Hier kommt es dann zu einer Zinshöhe von ca. 1,48 % p.a.

Eine andere Methode war Gegenstand einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Jena vom 19.10.2010, 5 U 821/08, (Stichwort „Margen-Barwert“). Diese Methode scheint aber vereinzelt geblieben zu sein, sollte aber dennoch hochgehalten werden, weil hier die Institute Berechnungsmodelle entwickelt haben, die auch dem Sachverständigenbeweis zugänglich sind.

Auch zu diesem Bereich wird der Bundesgerichtshof eines Tages eine abschließende Klärung herbeiführen müssen.

Ebenfalls noch nicht geklärt ist, ob über die Nutzungen der Darlehensvaluta hinaus die Darlehensnehmer Gebrauchsvorteile herausgeben müssen, und zwar aus den mit den Immobiliendarlehen angeschafften Immobilien. Anhaltspunkte für die Höhe dieser Nutzung ergeben sich aus den Bewertungsunterlagen der Kreditinstitute. Die Reaktionen der mit dieser Frage beschäftigten Gerichte gehen von „Das geht gar nicht“ bis zum Kommentar, dass dies ein überaus überlegenswerter Ansatz wäre. Richterliche Entscheidungen, soweit uns bekannt, gibt es zu dieser speziellen Frage noch nicht. Teilweise wird auch vertreten, dass die Nutzungsvorteile auf Seiten der Darlehensnehmer anstatt unter Ansatz des Vertragszinses dann alternativ mit den Gebrauchsvorteilen der von ihnen selbst genutzten oder von ihnen vermieteten Immobilie anzusetzen sind.

Bei Widerruf eines einvernehmlich vorzeitig abgewickelten Darlehensvertrags nur Anspruch des Darlehensnehmers auf Herausgabe von Nutzungen, die der Darlehensgeber aus gezahlten Zinsen oder einer Vorfälligkeitsentschädigung gezogen hat

OLG Stuttgart, Urteil vom 23.05.2017 – 6 U 192/16

Die Parteien des Rechtsstreits stritten um die Wirksamkeit und die Folgen des Widerrufs eines im Jahr 2004 abgeschlossenen und im Jahr 2008 vorzeitig abgelösten Verbraucherdarlehensvertrages, den die klagenden Darlehensnehmer erst im Jahr 2015 wegen einer nicht ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung widerrufen hatten. Der 6. Zivilsenat des OLG Stuttgart bejahte mit den aus der Rechtsprechung bekannten Argumenten ein Widerrufsrecht der klagenden Darlehensnehmer. Im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ging der Senat auch davon aus, dass der Umstand, dass die Parteien den Darlehensvertrag einvernehmlich beendet hatten, dem späteren Widerruf nicht entgegenstehe. Die Beendigung des Vertragsverhältnisses und die beiderseits vollständige Leistungserbringung lasse das Widerrufsrecht des Darlehensnehmers nicht entfallen.

Im Hinblick auf das in Folge des Widerrufs entstandene Rückgewährschuldverhältnis ging der Senat davon aus, dass den klagenden Darlehensnehmern neben der Vorfälligkeitsentschädigung

ein Anspruch auf Herausgabe gezogener Nutzungen (§ 346 Abs. 1 BGB) zusteht. Da sich die Vertragsparteien auf die vorzeitige Rückzahlung des Darlehens verständigt hatten, könnten die Kläger allerdings nur die Herausgabe der Nutzungen verlangen, die die Beklagte aus den von den Klägern gezahlten Zinsen und einem von ihnen gezahlten Aufhebungsentgelt gezogen hatten.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Darlehensnehmer in Folge des Widerrufs nicht nur die Erstattung der zur Rückzahlung des Darlehens erbrachten Leistungen verlangen, sondern grundsätzlich auch die Herausgabe der Nutzungen, die der Darlehensgeber aus den Tilgungsbeträgen gezogen hat (BGH vom 25.04.2017 – XI ZR 573/15; BGH vom 12.01.2016 – XI ZR 366/15). Zwar berücksichtigt der BGH den Umstand, dass der Darlehensnehmer die Valuta zurückgeführt hat, bei der Bemessung des Wertersatzanspruchs des Darlehensgebers und gesteht diesem Wertersatz lediglich für die Gebrauchsvorteile am jeweils tatsächlich noch überlassenen Teil der Darlehensvaluta zu. Insoweit haben die zur Tilgung erbrachten Leistungen des Darlehensnehmers die Wirkung einer partiellen Beendigung der Kapitalüberlassung. Diese Einordnung der Tilgungsleistungen des Darlehensnehmers als teilweise Rückzahlung der überlassenen Valuta hat aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht die Konsequenz, dass der Bank, die durch den Rückfluss des Kapitals ihren Anspruch auf Wertersatz verliert, im Gegenzug die Vorteile der weiteren Nutzung des zurückbezahlten Kapitals zustehen. Vielmehr wird der Darlehensgeber in dieser Hinsicht so behandelt, als habe er eine Leistung aus dem Vermögen des Darlehensnehmers erhalten, mit der Folge, dass die gezogenen Nutzungen dem Darlehensnehmer zustehen.

Der Bundesgerichtshof hat bislang nicht entschieden, ob dies auch dann gilt, wenn die Parteien übereingekommen sind, den Darlehensvertrag vorzeitig zu beenden. Der 6. Zivilsenat des OLG Stuttgart entschied diese Frage nun dahin, dass im Falle der einvernehmlichen vorzeitigen Vertragsbeendigung nach dem Willen der Parteien eine endgültige Rückführung des Darlehens gewollt ist, die die Folgen eines Widerrufs zumindest partiell vorwegnimmt. Die Einigkeit, dass das Darlehen als zurückgeführt behandelt werden soll, schließe es auch im Falle eines späteren Widerrufs aus, die zur Tilgung erbrachten Leistungen und daraus gezogene Nutzungen nicht dem Vermögen des Darlehensgebers zuzuordnen. Insofern sei die Rückab-

wicklung bereits einvernehmlich vollzogen, so dass kein Raum mehr für eine Nutzungsherausgabe nach § 346 Abs. 1 BGB bestehe.

Danach besteht, so das OLG Stuttgart, bei Widerruf eines einvernehmlich vorzeitig abgewickelten Darlehensvertrags nur ein Anspruch des Darlehensnehmers auf Herausgabe von Nutzungen, die der Darlehensgeber aus gezahlten Zinsen oder einer Vorfälligkeitsentschädigung gezogen hat.

Im Hinblick auf die höchstrichterlich nicht geklärte Frage, ob der Darlehensgeber bei einem von den Parteien einvernehmlich vorzeitig abgewickelten Darlehensvertrag nach Widerruf auch die Nutzungen herausgeben muss, die er aus den Tilgungsleistungen des Darlehensnehmers gezogen hat, hat der Senat die Revision zugelassen. Das Urteil vom 23.05.2017 ist nicht rechtskräftig.

Kapitalmarktrecht

Unterlassene Plausibilitätsprüfung des Anlagekonzepts nicht ohne Weiteres zum Schadensersatz führende Pflichtverletzung des Anlagevermittlers

BGH, Urteil vom 30.03.2017 – III ZR 139/15

Auf Schadensersatz klagende Kapitalanleger begründen ihre gegen Anlagevermittler gerichteten Klagen regelmäßig auch mit dem Argument einer angeblich unterlassenen Plausibilitätsprüfung. Nach schon bislang ständiger Rechtsprechung des III. Zivilsenats des BGH muss der Anlagevermittler das Anlagekonzept, bezüglich dessen er Auskünfte erteilt, zumindest auf seine wirtschaftliche Tragfähigkeit hin überprüfen. Zudem muss der Vermittler, wenn er die Anlage anhand eines Prospekts vertreibt, seiner Auskunftspflicht nachkommen und im Rahmen der geschuldeten Plausibilitätsprüfung den Prospekt darauf überprüfen, ob er ein schlüssiges Gesamtbild über das Beteiligungsobjekt gibt und die darin enthaltenen Informationen sachlich richtig und vollständig sind. Unterlässt er diese Prüfung, hat er den Interessenten darauf hinzuweisen (vgl. BGH vom 30.10.2014 – III ZR 493/13; BGH vom 17.02.2011 – III ZR 144/19).

Eine unterlassene oder unzureichende Plausibilitätsprüfung der empfohlenen Kapitalanlage verstößt nach dem Bundesgerichtshof zwar gegen diese aus einem Anlagevermittlungsvertrag folgende Verpflichtung. Im Hinblick auf den Schutzzweck der Prüfungs- und Offenbarungspflicht kön-

ne dies aber nur dann zu einer Haftung des Vermittlers führen, wenn die vorzunehmende Prüfung Anlass zu Beanstandungen gegeben hätte, etwa, weil ein Risiko erkennbar geworden wäre, über das der Anleger hätte aufgeklärt werden müssen, oder, weil die Empfehlung der Anlage nicht anleger- und/oder objektgerecht gewesen ist (vgl. BGH vom 05.03.2009 – III ZR 17/08 und vom 13.01.2000 – III ZR 62/99 sowie BGH vom 07.10.2008 – IX ZR 89/07 zur Beratung durch eine Bank).

Hiernach ist, so der BGH in seiner Entscheidung vom 30.03.2017, jeweils festzustellen, ob eine (hypothetische) Untersuchung des Anlagekonzepts und der dazugehörigen Anlagen auf Plausibilität durch den Anlagevermittler Anlass zu Beanstandungen gegeben hätte oder ihr in den für die Anlageentscheidung wesentlichen Punkten standgehalten hätte. Ob eine zum Schadensersatz führende Pflichtverletzung vorliegt, könne deshalb nicht beurteilt werden, wenn nicht zuvor festgestellt wird, dass es an der notwendigen Plausibilität fehlt und woraus sich dies ergibt. Allein die Behauptung eines klagenden Anlegers, eine Plausibilitätsprüfung sei unterlassen worden, hierüber sei nicht aufgeklärt worden und der Anleger hätte nicht gezeichnet, wenn er dies gewusst hätte, genügt also für die Begründetheit einer Schadensersatzklage nicht. Der Anleger hätte nämlich auch dann, wenn die Pflicht zur Plausibilitätsprüfung verletzt worden wäre, eine hypothetische Prüfung allerdings keine Beanstandungen ergeben hätte, nichts anderes erhalten als ein den Plausibilitätsanforderungen entsprechendes Beteiligungsobjekt.

Der BGH stellt in seiner Entscheidung klar, dass für die mangelnde Plausibilität nicht den Vermittler die Darlegungs- und Beweislast trifft. Vielmehr trägt der Anleger selbst die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die vermittelte Anlage aufklärungsbedürftige Plausibilitätsdefizite aufweist. Dies hat der BGH bereits für von Anlageberatern durchgeführte Plausibilitätsprüfungen so entschieden (BGH vom 20.06.2013 – III ZR 293/12; BGH vom 15.11.2012 – III ZR 55/12). Der Anlagevermittler trägt demgegenüber die Darlegungs- und Beweislast dafür, ob er die entsprechenden Mängel bei einer Prüfung der Plausibilität hätte erkennen müssen. Ob es sich um einen Anlageberater oder um einen Anlagevermittler handelt, macht im vorliegenden Zusammenhang also keinen Unterschied.

Verschärfte Sanktionsmöglichkeiten der BaFin bei WpHG-Verstößen durch WpHG-Bußgeldleitlinien II

Am 22.02.2017 hat die BaFin eine ergänzende Fassung ihrer Bußgeldleitlinien zum WpHG – die WpHG-Bußgeldleitlinien II – veröffentlicht. Die WpHG-Bußgeldleitlinien II ergänzen die bisherigen WpHG-Bußgeldleitlinien und gelten für Verstöße gegen die Vorgaben zu Ad-hoc-Mitteilungen, Stimmrechtsmeldungen und zur Finanzberichterstattung.

Im Zuge der Implementierung europäischer Kapitalmarktrechtsakte zu den Themenkreisen „Transparenzanforderungen“ und „Marktmissbrauch“ wurde der sanktionsrechtliche Spielraum der BaFin jüngst signifikant ausgeweitet. Die bisherige Beschränkung auf Geldbußen von im Regelfall maximal 1 Mio. € besteht nicht mehr; stattdessen kommen inzwischen zweistellige Millionenbeträge, bei umsatzstarken Unternehmen auch deutlich höhere Beträge, in Betracht, die im Anwendungsbereich der Leitlinien bis zu 5 % des Gesamtjahresumsatzes ausmachen können.

Die WpHG-Bußgeldleitlinien II stützen sich auf das Rechtsfolgeermessen der BaFin (vgl. § 47 Abs. 1 Satz 1 OWiG, § 39 Abs. 4, 4a und 6 WpHG) und stellen eine Zumessungsrichtlinie für Geldbußen dar. Sie konkretisieren die für die Bußgeldzumessung maßgebliche Vorschrift des § 17 OWiG, in deren Rahmen die BaFin über ein weites Ermessen verfügt, und berücksichtigen die für das Strafrecht entwickelten Grundsätze der Zumessung.

Die WpHG-Bußgeldleitlinien II gelten für die Festsetzung von Geldbußen nach § 39 Abs. 4, 4a und Abs. 6 WpHG gegen natürliche Personen und juristische Personen, deren Verantwortliche in leitender Stellung gegen die bußgeldbewehrten Pflichten des WpHG verstoßen haben.

Die Regelungen in § 39 Abs. 4 bzw. § 39 Abs. 4a WpHG sehen nunmehr jeweils zwei alternative Höchstbeträge bei natürlichen Personen bzw. drei alternative Höchstbeträge bei juristischen Personen vor. Geldbußen können hiernach auf der Grundlage eines betragsmäßigen Höchstbetrages oder eines umsatz- oder mehrerlösbezogenen Höchstbetrages verhängt werden. Zur Anwendung kommt jeweils der höchste der zwei bzw. drei Beträge.

Im Anwendungsbereich des § 39 Abs. 4 WpHG gelten die WpHG-Bußgeldleitlinien bei Verstößen gegen die Pflicht zur Stimmrechtsmitteilung nach

§§ 21 Abs. 1 Satz 1, 25 Abs. 1 Satz 1, 25a Abs. 1 Satz 1 WpHG, die Veröffentlichungspflicht nach §§ 26 Abs. 1 Satz 1, 26a Abs. 1 Satz 1 WpHG, die Pflicht zur Zurverfügungstellung eines Finanzberichts nach §§ 37v Abs. 1 Satz 1, 37w Abs. 1 Satz 1 WpHG, sowie die Pflicht zur Veröffentlichung einer Hinweisbekanntmachung über den Finanzbericht nach §§ 37v Abs. 1 Satz 2, 37w Abs. 1 Satz 2 WpHG. Im Anwendungsbereich des § 39 Abs. 4a WpHG gelten die WpHG-Bußgeldleitlinien II bei Verstößen gegen die Pflicht zur Veröffentlichung von Insiderinformationen nach Art. 17 Abs. 1 Unterabs. 1, Unterabs. 2 Satz 1 MAR (EU) Nr. 596/2014.

Eine Neuerung gegenüber der für Verstöße aus früherer Zeit fortgeltenden Version aus dem Jahr 2013 ist die Aufnahme von zwei zusätzlichen Emittentengruppen, so dass jetzt insgesamt sechs Größengruppen bestehen. Sie dient dem Zweck der besseren Differenzierung zwischen in Betracht kommenden Betroffenen innerhalb des deutlich ausgeweiteten Bußgeldrahmens.

Darüber hinaus erfassen die Leitlinien nunmehr auch atypische Sachverhalte, die sich durch einen wesentlich erhöhten Unrechtsgehalt auszeichnen und einer besonderen Abschreckung bedürfen. Die bisherigen Schweregrade „leicht“, „mittel“ und „schwer“ wurden daher um die Kategorien „sehr schwer“ und „außerordentlich schwer“ erweitert. Nicht zuletzt wurden die einschlägigen Grundbeträge angehoben. Stand z.B. – bezogen auf einen Emittenten mit einer Marktkapitalisierung von 200 Mio. € – für eine mittelschwere Zuwiderhandlung gegen ad-hoc-rechtliche Vorgaben bisher ein Grundbetrag von 250.000 € im Raum, so sind es nunmehr 425.000 €. In Kontinuität zu der bisherigen Ahndungspraxis der BaFin kann der Grundbetrag noch angepasst werden, wenn mildernde oder verschärfende Umstände gegeben sind. Insbesondere wirkt es sich regelmäßig deutlich bußgeldmindernd aus, wenn der einschlägige Tatbestand nicht vorsätzlich verwirklicht wurde.

Bußgeldbescheide der BaFin sind uneingeschränkt justiziabel, so dass sich Betroffene gegen eine vermeintlich nicht gebotene oder zu hohe Festsetzung vor dem zuständigen Gericht zur Wehr setzen können. Allerdings sollten Betroffene auch im Blick haben, dass wegen des strengen Bekanntmachungsregimes die Verbreitung bereits nicht rechtskräftiger Entscheidungen vorgesehen ist.

Bankaufsichtsrecht

MiFID II: Erleichterungen für EU-Zweigniederlassungen

MiFID II macht dem Wertpapiervertrieb das Leben schwer; zu nennen sind hier nur die verschärften Zulässigkeitsvoraussetzungen für Zuwendungen (insbesondere beim Merkmal der Qualitätsverbesserung), die neuen Anforderungen an die Product Governance (insbesondere die Zielmarktbestimmung) und die Pflicht zur Aufzeichnung von Kundenkommunikation (insbesondere Telefonaufzeichnungen). Für inländische Zweigniederlassungen von ausländischen **Wertpapierhandelsunternehmen**, die aufgrund des Europäischen Passes errichtet werden, bringt die Umsetzung von MiFID II jedoch eine Erleichterung (die für entsprechende inländische Zweigniederlassungen von ausländischen **CRR-Kreditinstituten** schon vor ca. zweieinhalb Jahren eingeführt wurde):

Nach aktueller Rechtslage (§ 53b Abs. 3 S. 2 KWG) müssen **Wertpapierhandelsunternehmen** (i.S.v. § 1 Abs. 3d S. 4 KWG), die im Inland eine Zweigniederlassung aufgrund des Europäischen Passes nach der MiFID unterhalten, Änderungen des Geschäftsplanes, insbesondere der Art der geplanten Geschäfte und des organisatorischen Aufbaus der Zweigniederlassung, der Anschrift und der Leiter sowie der Sicherungseinrichtung im Herkunftsmitgliedstaat, der BaFin und der Deutschen Bundesbank mindestens einen Monat vor dem Wirksamwerden der Änderungen schriftlich anzeigen. Diese Regelung widerspricht der europarechtlichen Vorgabe in der MiFID, derzufolge diese Anzeigen bei der Aufsichtsbehörde des Herkunftsmitgliedstaates einzureichen wären, die diese Informationen dann an die deutschen Aufsichtsbehörden weiterzuleiten hätte (Art. 32 Abs. 9 Richtlinie 2004/39/EG).

Die BaFin ist sich der Europarechtswidrigkeit der deutschen Regelung bewusst, sieht sich aber angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts an das Verfahren nach § 53b Abs. 3 S. 2 KWG gebunden. Praktisch relevant ist dies insbesondere beim Austausch der Zweigniederlassungsleiter: Ein solcher Wechsel ist BaFin und Bundesbank im Voraus anzuzeigen. Der Anzeige sind Lebensläufe der neuen Zweigniederlassungsleiter beizufügen, die allerdings (anders als bei der Bestellung neuer Geschäftsleiter eines inländischen Instituts) nur der Information der deutschen Aufsichtsbehörden dienen: Die BaFin prüft nicht die Eignung der Zweigniederlassungsleiter; diese Prüfung bleibt den Auf-

sichtsbehörden des Herkunftsmitgliedstaates vorbehalten.

Auch nach MiFID II sind die o.g. Änderungsanzeigen bei der Aufsichtsbehörde des Herkunftsmitgliedstaates einzureichen, die diese dann an die deutschen Aufsichtsbehörden weiterleiten muss (Art. 35 Abs. 10 Richtlinie 2014/65/EU). Im Rahmen der deutschen MiFID II-Umsetzung wird diese europarechtliche Vorgabe nun ins deutsche Recht übernommen, indem § 53b Abs. 3 S. 2 KWG gestrichen wird (Art. 6 Nr. 21 lit. e) bb) 2. FiMaNoG). Interessanterweise wird diese Anpassung (nur) mit der entsprechenden Regelung in der MiFID II begründet (RegBegr. zum 2. FiMaNoG, BT-Drucks. 18/10936, S. 264), obwohl die MiFID II (wie oben dargestellt) insoweit keine Änderung enthält, sondern nur die Regelung der MiFID wiederholt. Das 2. FiMaNoG mit der entsprechenden Änderung in § 53b Abs. 3 KWG ist am 24.06.2017 verkündet worden und tritt am 03.01.2018 in Kraft.

Für inländische Zweigniederlassungen von ausländischen **CRR-Kreditinstituten**, die aufgrund des Europäischen Passes nach CRD IV errichtet wurden, wurde diese Änderung – wie eingangs erwähnt – schon früher vollzogen: § 53b Abs. 3 S. 2 KWG galt ursprünglich auch für inländische Zweigniederlassungen von ausländischen CRR-Kreditinstituten, die aufgrund des Europäischen Passes errichtet wurden. Dies entsprach der europarechtlichen Vorgabe nach der CRD IV, derzufolge solche Änderungsanzeigen sowohl bei den Aufsichtsbehörden des Herkunftsmitgliedstaates als auch bei den Aufsichtsbehörden des Aufnahmemitgliedstaates einzureichen sind (Art. 36 Abs. 3 Richtlinie 2013/36/EU). Seit 15.05.2014 sieht die SSM-Rahmenverordnung jedoch vor, dass CRR-Kreditinstitute diese Änderungsanzeigen nur noch bei der Aufsichtsbehörde des Herkunftsmitgliedstaates einzureichen haben, die dann die Informationen an die Aufsichtsbehörden des Aufnahmemitgliedstaates weiterleitet (Art. 11 Abs. 5 VO (EU) Nr. 468/2014). Zur Anpassung des deutschen Rechts an die Regelung der SSM-Rahmenverordnung hat der deutsche Gesetzgeber die Anzeigepflichten von inländischen Zweigniederlassungen von ausländischen CRR-Kreditinstituten gegenüber den deutschen Aufsichtsbehörden mit Wirkung ab 19.12.2014 abgeschafft, und die Anzeigepflichten nach § 53b Abs. 3 S. 2 KWG wurden auf Wertpapierhandelsunternehmen beschränkt (Art. 2 Nr. 31 lit. d) bb) BRRD-Umsetzungsgesetz; vgl. die RegBegr. zum BRRD-Umsetzungsgesetz, BT-Drucks. 18/2575, S. 198).

Erweiterte Auskunfts- und Prüfungsrechte der BaFin im SSM?

Seit Einführung des Einheitlichen Aufsichtsmechanismus (Single Supervisory Mechanism, SSM) zum 04.11.2014 beaufsichtigt die EZB bedeutende Kreditinstitute unmittelbar. Kreditinstitute in diesem Sinne sind nur solche, die Einlagen- und Kreditgeschäft betreiben (Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 Verordnung (EU) Nr. 575/2013); z.B. unterliegt ein Kreditinstitut i.S.v. § 1 Abs. 1 S. 1 KWG, das nur das Garantiegeschäft i.S.v. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 KWG betreibt, nicht der unmittelbaren EZB-Aufsicht. Auch fachlich ist die direkte EZB-Aufsicht nicht allumfassend, sondern auf bestimmte aufsichtsrechtliche Sachgebiete beschränkt. Dazu zählen u.a. Erlaubniserteilung, Inhaberkontrollverfahren, Eigenmittelanforderungen, ordnungsgemäße Geschäftsorganisation, etc. (vgl. Art. 4 Abs. 1 Verordnung (EU) Nr. 1024/2013).

Der deutsche Gesetzgeber hat dieser veränderten Aufsichtsstruktur Rechnung getragen, indem mit Wirkung zum 19.12.2014 an zahlreichen Stellen im KWG die BaFin durch die „Aufsichtsbehörde“ ersetzt wurde (vgl. z.B. Art. 2 Nr. 10, Nr. 12 lit. a) und Nr. 17 lit. a) BRRD-Umsetzungsgesetz). In § 44 KWG, der die Auskunfts- und Prüfungsrechte der BaFin regelt, wurde ein neuer Abs. 5a eingefügt, der diese Rechte der BaFin auf diejenigen Fälle beschränkte, in denen die BaFin die Aufsichtsbehörde ist (Art. 2 Nr. 21 BRRD-Umsetzungsgesetz); Aufsichtsbehörde ist die EZB im Rahmen ihrer Kompetenzen im SSM, ansonsten die BaFin (§ 1 Abs. 5 KWG). Damit sollten die Befugnisse von EZB und BaFin auch hinsichtlich der Auskunfts- und Prüfungsrechte abgegrenzt werden, da die EZB zur Wahrnehmung der ihr übertragenen Aufgaben entsprechende eigene Auskunfts- und Prüfungsrechte hat (Art. 10 ff. Verordnung (EU) Nr. 1024/2013; vgl. RegBegr. zum BRRD-Umsetzungsgesetz, BT-Drucks. 18/2575, S. 197).

Bezüglich der Auskunfts- und Prüfungsrechte der BaFin hat der Gesetzgeber nun eine Kehrtwendung vollzogen: Mit Wirkung zum 10.6.2017 ist § 44 Abs. 5a KWG aufgehoben worden (Art. 1 Nr. 11 Finanzaufsichtsergänzungsgesetz). Begründung und Konsequenzen dieser Gesetzes-

änderung sind nicht eindeutig:

Begründet wird die sogenannte „redaktionelle Korrektur“ des § 44 KWG zunächst damit, dass die nationalen Aufsichtsbehörden auch innerhalb des SSM im Rahmen des jeweiligen nationalen Rechts ihre Auskunfts- und Prüfungsrechte behalten (RegBegr. zum Finanzaufsichtsergänzungsgesetz, BT-Drucks. 18/10935, S. 29). Das ist zwar grundsätzlich richtig; die insoweit zitierte Regelung (Art. 6 Abs. 6 Unterabs. 2 Verordnung (EU) Nr. 1024/2013) bezieht sich jedoch nur auf weniger bedeutende Kreditinstitute, für deren Aufsicht die nationalen Aufsichtsbehörden grundsätzlich zuständig bleiben. In diesen Fällen hätte auch § 44 Abs. 5a KWG den Auskunfts- und Prüfungsrechten der BaFin nicht entgegengestanden.

Ferner wird angeführt, § 44 KWG sei auch die Grundlage für an alle Institute zu richtende Auskunftersuchen, deren Auswertungen ggf. auch zum Einsatz der durch das Finanzaufsichtsergänzungsgesetz neu geschaffenen makroprudenziellen Instrumente (§ 48u KWG) benötigt würden (RegBegr. zum Finanzaufsichtsergänzungsgesetz, BT-Drucks. 18/10935, S. 29). Solche Auskunftersuchen an direkt von der EZB beaufsichtigte Kreditinstitute wären aber auch nach § 44 Abs. 5a KWG zulässig gewesen, da die makroprudenziellen Instrumente nach § 48u KWG nicht auf europarechtlichen Vorgaben beruhen und daher nicht unter die EZB-Aufsicht fallen (Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 1 Verordnung (EU) Nr. 1024/2013).

Schließlich wird § 44 Abs. 5a KWG auch deshalb für überflüssig gehalten, weil die europarechtliche Regelung des SSM (Verordnung (EU) Nr. 1024/2013) unmittelbare Geltung hat (RegBegr. zum Finanzaufsichtsergänzungsgesetz, BT-Drucks. 18/10935, S. 29). Die unmittelbare Geltung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 schließt jedoch nicht unbedingt aus, dass die Auskunfts- und Prüfungsrechte der BaFin nach § 44 KWG auch im Anwendungsbereich der EZB-Aufsicht bestehen, da die Kompetenzen der EZB dadurch nicht beeinträchtigt werden; der BaFin würden dann nur zusätzliche Befugnisse zustehen. Diese überflüssige Rechtsfolge war bis zum 09.06.2017 durch § 44 Abs. 5a KWG vermieden worden.

Impressum

BRP Renaud und Partner mbB
info@brp.de · www.brp.de

Königstraße 28
70173 Stuttgart

T +49 711 16445-0
F +49 711 16445-100

Savignystraße 43
60325 Frankfurt

T +49 69 133734-0
F +49 69 133734-34

verantwortlicher Redakteur
RA Dr. Friedrich Bozenhardt
Königstraße 28
70173 Stuttgart

Briem-Druck
GmbH & Co. KG
Hintere Gasse 70
70794 Filderstadt