

# INVESTMENT MANAGEMENT - UPDATE GERMANY

Date: 28. November 2018

## German Investment Management Alert

By: Dr. Philipp Riedl, Dr. Hilger von Livonius

## REFERENTENENTWURF DER FINANZANLAGENVERMITTLERVERORDNUNG

Am 7. November 2018 wurde der Entwurf der überarbeiteten Finanzanlagenvermittlerverordnung (FinVermV) veröffentlicht. Er setzt im Hinblick auf die Tätigkeit von Finanzanlagenvermittlern einen Teil der Vorgaben der Zweiten Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (Richtlinie 2014/65/EU – "MiFID II") um. Finanzanlagenvermittler bezeichnet die Tätigkeit der Anlagevermittlung oder -beratung ausübende Personen, die von den Regelungen des Kreditwesengesetzes (KWG) und des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) befreit sind und stattdessen einer gewerberechtlichen Aufsicht unterliegen.

Eine wesentliche Änderung der überarbeiteten Finanzanlagenvermittlerverordnung ist die Verpflichtung zur Aufzeichnung von Telefonaten und elektronischer Korrespondenz in Anlehnung an die Regelungen des WpHG. Der Entwurf sieht auch eine Geeignetheitsprüfung, einschließlich einer Übernahme des MiFID II-Zielmarktkonzepts (sog. Product Governance), vor. Neu ist ebenfalls die Vorgabe zur Vermeidung von Interessenskonflikten, insbesondere im Hinblick auf die Ausgestaltung der Mitarbeitervergütungsregelungen. Zudem wurde in den Entwurf eine weitgehende Pflicht zur Offenlegung von Risiken und Kosten aufgenommen. Beschränkungen zu Vergütungen und Provisionen wurden nicht ergänzt. Übergangsfristen sieht der Entwurf der Finanzanlagenvermittlerverordnung ebenfalls nicht vor.

Der Entwurf war bis zum 22. November 2018 zur Konsultation gestellt.

## REFERENTENENTWURF BETREFFEND EU-PROSPEKTVERORDNUNG

Am 14. November 2018 hat das Bundesfinanzministerium (BMF) den Referentenentwurf eines Gesetzes zur weiteren Ausführung der EU-Prospektverordnung und weiterer Finanzmarktgesetze veröffentlicht.

Der Referentenentwurf dient im Wesentlichen dazu, die verpflichtenden Vorgaben der EU-Prospektverordnung (Verordnung (EU) 2017/1129) weiter auszuführen, welche ab dem 21. Juli 2019 insgesamt unmittelbar anwendbar wird. Zum einen schlägt der Entwurf Regelungen im Hinblick auf die Aufsichts- und Sanktionsbefugnisse der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) vor, die auch weiterhin als Aufsichtsbehörde zuständig ist. Zum anderen werden die Höchstgrenzen für prospektfreie Angebote an die neue EU-Prospektverordnung angepasst. Weitere Änderungen betreffen unter anderem die Prospektverantwortung

sowie redaktionelle Änderungen des Wertpapierprospektgesetzes, des WpHG, des Börsengesetzes und des KWG.

Das BMF gibt Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Referentenentwurf bis zum 10. Dezember 2018.

## **BAFIN VERÖFFENTLICHT MERKBLATT ZUR AUSLAGERUNG AN CLOUD-ANBIETER**

Am 8. November 2018 hat die BaFin das Merkblatt "Orientierungshilfe zu Auslagerungen an Cloud-Anbieter" veröffentlicht. Darin teilen die BaFin und die Deutsche Bundesbank ihre gemeinsame Einschätzung zur Auslagerung von Tätigkeiten an Cloud-Anbieter mit.

Die Orientierungshilfe soll keine neuen Anforderungen aufstellen, sondern die derzeitige aufsichtsrechtliche Praxis bei Auslagerungen durch Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute, Versicherungsunternehmen, Pensionsfonds, Wertpapierdienstleistungsunternehmen, Kapitalverwaltungsgesellschaften, Zahlungsinstitute und E-Geld-Institute unter Verwendung von externen Cloud-Infrastrukturen aufzeigen. Dabei spielen vor allem Fragen der Kontrolle von IT-Systemen eine Rolle. Das beaufsichtigte Unternehmen soll Überlegungen zur Nutzung von Cloud-Diensten in seiner IT-Strategie abbilden unter Berücksichtigung der relevanten Schritte von der Migration in die Cloud bis hin zur Exit-Strategie. Die Orientierungshilfe macht insbesondere nähere Angaben zu der durchzuführenden Risikoanalyse und der Ausgestaltung der Auslagerungsverträge.

## **BGH – UNWIRKSAMKEIT DER BEARBEITUNGSPROVISION ZUR ÜBERWACHUNG DES BAUFORTSCHRITTS**

Mit Urteil vom 16. Oktober 2018 hat der Bundesgerichtshof (BGH) erneut eine formularmäßig vereinbarte Bearbeitungsprovision in einem Kreditvertrag für unwirksam befunden und seine diesbezügliche Rechtsprechung (vgl. BGH Urteile vom 4. Juli 2017, XI ZR 562/15 und XI ZR 233/16) auch im Zusammenhang mit Unternehmenskrediten – trotz der jüngsten Kritik aus der Literatur – bestätigt.

Die beklagte Bank berief sich darauf, dass die Vereinbarung der Bearbeitungsprovision keine der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unterliegende Nebenabrede sei, da mit ihr eine Leistung, nämlich die Überwachung des Baufortschritts, vergütet werden soll. Unabhängig von den Zweifeln, ob im konkreten Fall die Provision tatsächlich im Zusammenhang mit der Überwachung des Baufortschritts steht, vertritt der BGH, dass dem auch grundsätzlich rechtlich nicht gefolgt werden könne, selbst wenn ein entsprechender Leistungszusammenhang erkennbar sei. Die Bearbeitungsprovision könne bereits aufgrund ihrer laufzeitunabhängigen Entstehung und Fälligkeit grundsätzlich keine Preishauptabrede sein, da dem Leitbild des § 488 BGB eine laufzeitabhängige Vergütung entspricht. Zudem vertritt der BGH, dass die Überwachung des Baufortschritts als Auszahlungsvoraussetzung im Interesse der darlehensgebenden Bank liegt und somit keine Leistung gegenüber dem Darlehensnehmer ist,

auch wenn dieser hiervon reflexartig profitiert.

## **ESMA VERÖFFENTLICHT LEITLINIEN ZU MIFID II GEEIGNETHEIT**

Am 6. November 2018 hat die Europäische Wertpapier- und Finanzmarktaufsicht (ESMA) die „Leitlinien zu einigen Aspekten der MiFID II-Anforderungen an die Eignung“ (Guidelines on certain aspects of the MiFID II suitability requirements) nebst deren offiziellen Übersetzungen veröffentlicht. Die Leitlinien führen die Anforderungen der Geeignetheitsprüfung gemäß Art. 25 Abs. 2 MiFID II und der delegierten Verordnung (Verordnung (EU) 2017/565) bei der Erbringung von Anlageberatung und Finanzportfolioverwaltung gegenüber Privatkunden, jedoch unter Umständen auch gegenüber professionellen Kunden, näher aus.

Die Leitlinien machen Vorgaben im Hinblick auf die Exploration des Kunden, wie zum Beispiel die einzuholenden Auskünfte und die Ausgestaltung von Fragebögen. Dabei werden auch detaillierte Anforderungen für die Geeignetheitsprüfung durch Robo Advisor festgelegt. Andere Themen betreffen unter anderem die Kundenexploration im Fall von juristischen Personen oder Personenvereinigungen, die Kriterien für die Auswahl des geeigneten Anlageprodukts, sowie die Prüfung von alternativen Anlagemöglichkeiten.

Die nationalen Aufsichtsbehörden müssen binnen zwei Monaten erklären, ob sie die Leitlinien zur Anwendung bringen.

## **BAFIN VERÖFFENTLICHT ENTWURF ZU ANFORDERUNGEN AN EXTERNE BEWERTER**

Am 20. November 2018 hat die BaFin einen Entwurf zur Überarbeitung des Rundschreibens 07/2015 (WA) - Anforderungen bei der Bestellung externer Bewerter für Immobilien und Immobilien-Gesellschaften veröffentlicht.

Darin führt die BaFin Anforderungen nach dem Kapitalanlagegesetzbuch an externe Bewerter für Immobilien und Immobiliengesellschaften aus. Durch die Überarbeitung des Rundschreibens wird ein Anzeigeschreiben zur effektiveren Durchführung der Bestellung von externen Bewertern zur Verfügung gestellt. Das Anzeigeschreiben enthält detaillierte Angaben zur Zuverlässigkeit, Unabhängigkeit, technisch-organisatorischen Ausstattung und Erfahrung des externen Bewerter. Im Hinblick auf die Angaben und Nachweise werden vereinzelt Erleichterungen für den Abschlussprüfer als Bewerter der Immobiliengesellschaft vorgesehen.

Die BaFin gibt Gelegenheit zu dem Entwurf bis zum 18. Dezember 2018 Stellung zu nehmen.

## **URTEIL DES KAMMERGERICHTS BERLIN ZU BITCOIN**

Das Kammergericht Berlin hat in einem Urteil vom 25. September 2018 zu einer Strafsache (AZ: 161 Ss 28/18

(35/18)) entschieden, dass der Handel mit Bitcoins nicht der Erlaubnispflicht des § 32 Abs. 1 S. 2 KWG unterfalle, da die virtuelle Währung Bitcoin kein Finanzinstrument i.S.d. § 1 KWG sei. Damit entfalle auch eine Strafbarkeit nach § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG.

Entgegen der Auffassung der BaFin, die Bitcoins als Rechnungseinheit im Sinne des § 1 Abs. 11 KWG qualifiziert hatte, solle nach Auffassung des Kammergerichts Berlin eine Rechnungseinheit „die Vergleichbarkeit von Waren und Dienstleistungen innerhalb unterschiedlicher Länder durch Verwendung einer allgemeingültigen und verständlichen Einheit ermöglichen“. Im Gegensatz zu Devisen und vergleichbaren Rechnungseinheiten fehle es bei Bitcoins aber gerade an der wesentlichen Voraussetzung einer „allgemeinen Anerkennung und der entsprechenden vorhersehbaren Wertbeständigkeit“ um „zur allgemeinen Vergleichbarkeit verschiedener Waren oder Dienstleistungen“ verwendet werden zu können.

Das Kammergericht Berlin führte hierzu unter anderem aus, dass der Bitcoin weder von einer Zentralbank noch von einer öffentlichen Behörde ausgegeben werde und keinen eigenen darstellbaren oder vergleichbaren Wert habe. Der Bitcoin könne nicht als Währung oder Geldzahlungsmittel im klassischen Sinne qualifiziert werden, das „in einem Währungsraum kraft Gesetzes von jedermann zur rechtswirksamen Erfüllung geschuldeter Leistungen akzeptiert wird“.

Das Urteil des Kammergerichts Berlin erging in einer Strafsache und ist somit auch vor dem Hintergrund des Analogieverbots zu verstehen. Es stößt jedoch die Diskussion um die aufsichtsrechtliche Qualifizierung von virtuellen Währungen erneut an.

## KEY CONTACTS



**DR. PHILIPP RIEDL**  
PARTNER

MUNICH  
+49.89.321.215.335  
PHILIPP.RIEDL@KLGATES.COM



**DR. HILGER VON LIVONIUS**  
PARTNER

MUNICH  
+49.89.321.215.330  
HILGER.LIVONIUS@KLGATES.COM

---

This publication/newsletter is for informational purposes and does not contain or convey legal advice. The information herein should not be used or relied upon in regard to any particular facts or circumstances without first consulting a lawyer. Any views expressed herein are those of the author(s) and not necessarily those of the law firm's clients.