







## Newsletter Kapitalmarktrecht

GK-law.de-Aktuell --Februar 2020

### Unsere Themen:

 <b>Gesetzgebung</b>	2
▪ Gesetz zur Übertragung der Aufsicht über Finanzanlagenvermittler auf die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht	2
 <b>Rechtsprechung</b>	3
▪ BGH zu Anforderungen an mit dem Darlehensgeber vereinbarte Rangrücktrittsklausel	3
 <b>Beratungspraxis</b>	6
▪ Europäische Finanzaufsicht ESMA legt Nachhaltigkeitsstrategie vor	6
 <b>Impressum</b>	6

# Kapitalmarktrecht. Sonst nichts.

[www.gk-law.de](http://www.gk-law.de)



Fondskonzeption

Prospektierung

KAGB-Beratung





## Gesetzgebung

### ■ **Gesetz zur Übertragung der Aufsicht über Finanzanlagenvermittler auf die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht**

Im Dezember 2019 hat das Bundesministerium der Finanzen einen Referentenentwurf vorgelegt. Demnach soll die Aufsicht über Finanzanlagenvermittler und Honorar-Finanzanlagenberater ab dem 01.01.2021 auf die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht übertragen werden. Bisher liegt die Aufsicht je nach Bundesland bei Gewerbeämtern bzw. Industrie- und Handelskammern. Bereits im Juli 2019 hatten BMF und Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hierzu ein gemeinsames Eckpunktepapier veröffentlicht.

Zielsetzung ist es, die derzeitige Zersplitterung der Aufsicht zwischen Gewerbebehörden und Industrie- und Handelskammern zu beseitigen. Hintergrund der Übertragung der Aufsicht auf die BaFin als zentrale fachlich spezialisierte Behörde ist außerdem die zunehmende Komplexität des anwendbaren Aufsichtsrechts, insbesondere durch Überlagerung mit europäischen Rechtsgrundlagen.

Gewerbliche Finanzanlagenvermittler und Honorar-Finanzanlagenberater sind derzeit noch in § 34f und § 34h der Gewerbeordnung (GewO) und der Finanzanlagenvermittlungsverordnung (FinVermV) geregelt. Die bisherigen Regelungen in der GewO und der FinVermV werden weitgehend in das Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) übernommen. Durch Übergangsvorschriften, insbesondere im Hinblick auf bestehende Erlaubnisse und die erforderliche Zusammenarbeit zwischen den bisherigen Aufsichtsbehörden und der Bundesanstalt, soll ein möglichst reibungsloser Ablauf der Aufsichtsübertragung sichergestellt werden.

Die wesentlichen Regelungen des Referentenentwurfes zusammengefasst:

- Finanzanlagenvermittler und Honorar-Finanzanlagenberater werden künftig als Finanzanlagendienstleister bezeichnet und unterfallen ab Januar 2021 der BaFin-Aufsicht.
- Übertragung der Regelungen aus der Finanzanlagenvermittlungsverordnung in das Wertpapierhandelsgesetz
- Finanzanlagendienstleister werden unterteilt in Inhaber mit eigener Erlaubnis und Vertriebsorganisationen (Haftungsdach), mit Erlaubnis für gebundene Vermittler (ohne eigene Erlaubnis)
- Die Tätigkeit als Finanzanlagendienstleister setzt weiterhin Zuverlässigkeit, geordnete Vermögensverhältnisse, Sachkunde und den Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung voraus. Die Erlaubnisse nach Gewerbeordnung bleiben zunächst gültig und werden innerhalb von zwei bis fünf Jahren durch die BaFin überprüft.

- Nicht mehr jährliche Prüfung der Finanzanlagendienstleister durch externe Wirtschaftsprüfer, sondern risikoorientierte Prüfung durch die BaFin
- Finanzanlagendienstleister müssen Selbsterklärung gemäß § 96v WpHG-E vorlegen - inklusive Angaben zu erhaltenen Zuwendungen, Honoraren, Schadensersatz- und Kulanzzahlungen bzw. Zahlungen der Berufshaftpflichtversicherung sowie Angaben dazu, ob sich die Vermittlung ausschließlich auf Anlagen bezieht, die von Verpflichteten nach dem Geldwäschegesetz vertrieben oder emittiert werden.
- Gemeinschaftliche Übernahme der durch den Aufsichts-Wechsel entstehenden Kosten durch die Beaufsichtigten

## **Rechtsprechung**

### ■ **BGH zu Anforderungen an mit dem Darlehensgeber vereinbarte Rangrücktrittsklausel**

Der Bundesgerichtshof hat in einem aktuellen Urteil die Anforderungen des Transparenzgebots an die Verständlichkeit einer mit einem Verbraucher als Darlehensgeber formularmäßig vereinbarten Rangrücktrittsklausel konkretisiert.

**Sachverhalt:** Die Beklagte GmbH & Co. KG warb ohne KWG-Erlaubnis Gelder zur Verfolgung ihres Unternehmensgegenstandes mit Hilfe von Nachrangdarlehen ein. Über ihr Vermögen wurde 2014 ein Insolvenzverfahren eröffnet. Die Klägerin hatte der Beklagten am 2012 ein Nachrangdarlehen über 6.000 € gewährt. Die Klägerin beansprucht Schadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB, §§ 32, 54 KWG wegen Verletzung ihrer Rechte durch Betreiben von Bankgeschäften ohne erforderliche KWG-Erlaubnis (verbotenes Einlagengeschäft).

# Kapitalmarktrecht. Sonst nichts.

[www.gk-law.de](http://www.gk-law.de)



Fondskonzeption

Prospektierung

KAGB-Beratung

Gündel & Katzorke  
Rechtsanwalts GmbH  
Theaterplatz 9  
37073 Göttingen

Tel.: +49 551 789 669-0  
Fax: +49 551 789 669-20  
E-Mail: [info@gk-law.de](mailto:info@gk-law.de)  
Internet: [www.gk-law.de](http://www.gk-law.de)



**GK-law.de**  
Gündel & Katzorke Rechtsanwalts GmbH

**Rechtslage:** Das Einlagengeschäft setzt die Annahme von Geldern voraus, die der Kapitalgeber bei Fälligkeit jederzeit wieder zurückfordern kann. Wurde eine qualifizierte Nachrangabrede vereinbart, können Gelder gerade nicht unbedingt zurückgefordert werden, sondern die Forderung des Kapitalgebers darf außerhalb des Insolvenzverfahrens nur aus ungebundenem Vermögen und in der Insolvenz nur nachrangig, d.h. nach den Forderungen aller anderen normalen Insolvenzgläubiger befriedigt werden. Voraussetzung ist allerdings, dass die Nachrangklausel wirksam ist. D.h., sie darf im Rahmen einer AGB-Kontrolle für den Vertragspartner nicht überraschend, unverständlich oder unangemessen benachteiligend sein.

**Vorinstanzliches Urteil:** Die Vorinstanz hatte die Klage abgewiesen. Es habe kein verbotenes Einlagengeschäft iSv § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KWG vorgelegen. Die qualifizierte Nachrangabrede sei wirksam gewesen, d.h. für die Klägerin nicht überraschend und habe diese nicht unangemessen benachteiligt.

**BGH-Urteil:** Der Bundesgerichtshof beurteilte dagegen die formularmäßige Nachrangabrede wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot als unwirksam. Diese sei für Durchschnittskunden nicht hinreichend verständlich gewesen. Der BGH bejahte ein verbotenes Einlagengeschäft und einen möglichen Schadensersatzanspruch der Klägerin.

Konkret führte der BGH aus: Die formularmäßige Einschränkung, wonach die Rückzahlung „maßgeblich“ davon abhängig sein soll, dass „dies die finanzielle Lage der Schuldnerin erlaubt“, mache nicht deutlich, unter welchen konkreten Voraussetzungen keine Rückzahlung verlangt werden kann. „Krise“ als Schlüsselbegriff der Klauseln für den Ausschluss des Rückzahlungsanspruchs sei nicht hinreichend bestimmt erläutert. Die nachfolgende Bezugnahme auf juristische Begriffe, wie Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung seien nicht geeignet, die Sachverhalte, unter denen der Nachrang eintritt, hinreichend bestimmt und abschließend zu regeln. Die einschränkende Wendung „insbesondere“ deute auf eine nur beispielhafte, nicht abschließende Aufzählung.

Auch der Hinweis in den Darlehensbedingungen, dass Zahlungsansprüche ausgeschlossen sind, solange und soweit sie einen Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin herbeiführen, lege die Sachverhalte, die den Nachrang auslösen, nicht hinreichend fest. Der Begriff eines „qualifiziert nachrangigen“ Darlehens, das keinen „unbedingten Rückzahlungsanspruch“ begründet, sei den angesprochenen Verkehrskreisen fremd.

Es sei nicht unmissverständlich aufgezeigt worden, dass die Nachrangklausel nicht nur nach, sondern auch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens gilt. Einem Durchschnittskunden werde nicht in der gebotenen Klarheit verdeutlicht, dass sein Rückzahlungsanspruch bereits vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ausgeschlossen sein kann und der Ausschluss dieser Ansprüche aufgrund der Nachrangklausel dauerhaft für unbegrenzte Zeit wirken kann.

Durch den Hinweis, dass „keine irgendwie geartete Pflicht des Nachrangdarlehensgebers besteht, über die vereinbarten Nachrangdarlehensbeträge hinaus weitere Zahlungen an die Nachrangdarlehensnehmerin zu leisten“ sei, könne der Eindruck entstehen, dass mit der Vergabe des

Nachrangdarlehens im Vergleich zu einem üblichen Darlehen keine besonderen Risiken verknüpft seien, weil ebenso wie bei einem üblichen Darlehen eine Nachschusspflicht nicht zu befürchten ist.

Seien lediglich keine weiteren Zahlungen geschuldet, trete eine mit dem Nachrang verbundene besondere Gefährdung des Rückzahlungsanspruchs aus der Sicht eines gutgläubigen Anlegers in den Hintergrund.

Die unwirksame Rangrücktrittsvereinbarung lasse die Wirksamkeit des Darlehensvertrags im Übrigen grundsätzlich unberührt.

Darüber hinaus führte das Gericht hinsichtlich der zivilrechtlichen und strafrechtlichen Verantwortlichkeiten weiter aus: Wer entgegen § 32 Abs. 1 S. 1 KWG ohne entsprechende Erlaubnis Bankgeschäfte erbringe, mache sich bei fahrlässigem oder vorsätzlichem Handeln gemäß § 54 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1, Abs. 2 KWG strafbar. Wirkten die Geschäfte berechtigend und verpflichtend für eine juristische Person, so sei diese zivilrechtlich der Betreiber der Geschäfte; die strafrechtliche Verantwortlichkeit ergebe sich aus § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Sie treffe denjenigen, der in organschaftlicher Stellung für die juristische Person tätig sei, bei einer GmbH mithin gemäß § 35 Abs. 1 GmbHG den oder die Geschäftsführer.

Möglicher Haftungsausschluss durch Verbotsirrtum: Allerdings könne ein Verbotsirrtum eine zivilrechtliche Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB ausschließen. Näherer Prüfung bedürfe es, ob der Schuldner möglicherweise einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlag. Hält der Täter seine Geschäfte für rechtlich zulässig und nicht erlaubnispflichtig, so stellt dies nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung aus strafrechtlicher Sicht einen Verbotsirrtum iSd § 17 StGB dar. Mangels Unrechtsbewusstseins unterliegt der Täter einem Verbotsirrtum auch dann, wenn er bei Begehung der Tat die Möglichkeit, Unrecht zu tun, zwar nicht ausschließen kann, sie aber nicht

# Kapitalmarktrecht. Sonst nichts.

[www.gk-law.de](http://www.gk-law.de)



Fondskonzeption

Prospektierung

KAGB-Beratung

**Gündel & Katzorke**  
Rechtsanwalts GmbH  
Theaterplatz 9  
37073 Göttingen

Tel.: +49 551 789 669-0  
Fax: +49 551 789 669-20  
E-Mail: [info@gk-law.de](mailto:info@gk-law.de)  
Internet: [www.gk-law.de](http://www.gk-law.de)



**GK-law.de**  
Gündel & Katzorke Rechtsanwalts GmbH

billigend in Kauf nimmt. Zivilrechtlich scheidet in einem solchen Fall eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB aus.

BGH, Urt. v. 12.12.2019 – IX ZR 77/19

Vorinstanz: LG Lübeck v. 2.6.2016 – 14 S 137/15

## **Beratungspraxis**

### ■ **Europäische Finanzaufsicht ESMA legt Nachhaltigkeitsstrategie vor**

Die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde ESMA hat am 07. Februar 2020 eine Nachhaltigkeitsstrategie für das Finanzwesen veröffentlicht. Aus der Strategie geht hervor, welche Prioritäten die ESMA bis 2021 setzt, um auf ein ökologisches, soziales und auch unter den Gesichtspunkten guter Unternehmensführung (Environmental, Social, Governance – ESG) nachhaltiges Finanzwesen hinzuwirken.

Ziel ist es, auf Basis der verfügbaren Daten finanzielle und systemische Klimawandelrisiken zu analysieren und klimabezogene Stresstests in verschiedenen Marktsegmenten durchzuführen.

Zusammen mit der Europäischen Bankenaufsicht EBA und der Europäischen Versicherungsaufsicht EIOPA sollen im Auftrag der EU-Kommission gemeinsame technische Standards zu Transparenzpflichten entwickelt werden. Geplant ist auch eine EU-Plattform für ein nachhaltiges Finanzwesen, die EU-Steuerregeln für nachhaltige Investments weiterentwickelt und Kapitalflüsse überwacht.

Mitglied von ESMA sind 27 nationale Behörden. Ihre nationalen Aufsichtspraktiken sollen einander angenähert werden. Die BaFin hatte bereits im Januar ihr Merkblatt zum Umgang mit Nachhaltigkeitsrisiken veröffentlicht (siehe BaFinJournal Januar 2020).

## **Impressum und Datenschutz**

Verarbeitende Stelle von personenbezogenen Daten ist die:

Gündel & Katzorke  
Rechtsanwalts GmbH  
Theaterplatz 9  
37073 Göttingen

Tel. +49 551- 789 669-0  
Fax +49 551- 789 669-20

E-Mail: [info@gk-law.de](mailto:info@gk-law.de)

Internet: GK-law.de

Rechtsanwalt Björn Katzorke ist zum 31. Dezember 2019 aus der Gündel & Katzorke  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH ausgeschieden.

Geschäftsführung: Dr. Matthias Gündel  
Sitz: Göttingen  
Registergericht: Amtsgericht Göttingen HRB 200165

Die Verwendung erfolgt zu Informationszwecken aufgrund einer Vertragsbeziehung zu uns, einer  
erteilten Einwilligung und/oder aufgrund Ihrer beruflichen Tätigkeit. Die Daten verwenden nur wir.

Umsatzsteuer-Identifikationsnummer: DE250 434 519

Verantwortlich i.S.d. § 8 Nds. PresseG: Dr. Matthias Gündel

Zuständige Kammern: Die in Deutschland zugelassene Gündel & Katzorke Rechtsanwalts-gesellschaft  
mbH unterliegt der Aufsicht der Rechtsanwaltskammer Braunschweig, Bruchtorwall 12, 38100  
Braunschweig (<http://www.rak-braunschweig.de/>), E-Mail: [info\(at\)rak-braunschweig.de](mailto:info(at)rak-braunschweig.de).

Berufsrechtliche Regelungen der Rechtsanwälte: Berufsbezeichnung: Rechtsanwalt (Bundesrepublik  
Deutschland) Informationen zu den für Rechtsanwälte geltenden Regelungen finden Sie auf der  
Internetseite der Bundesrechtsanwaltskammer unter [www.brak.de](http://www.brak.de).

Das Newsletter-Abonnement ist für Sie völlig kostenlos und unverbindlich. Alle redaktionellen  
Informationen in diesem Newsletter sind sorgfältig recherchiert. Dennoch kann keine Haftung für die  
Richtigkeit der gemachten Angaben übernommen werden. Weiterhin ist der Herausgeber nicht für  
die Inhalte fremder Seiten verantwortlich, die über einen Link erreicht werden. Auch für unverlangt  
eingesandte Manuskripte kann keine Haftung übernommen werden.

# Kapitalmarktrecht. Sonst nichts.

[www.gk-law.de](http://www.gk-law.de)



Fondskonzeption

Prospektierung

KAGB-Beratung

**Gündel & Katzorke**  
**Rechtsanwalts GmbH**  
Theaterplatz 9  
37073 Göttingen

Tel.: +49 551 789 669-0  
Fax: +49 551 789 669-20  
E-Mail: [info@gk-law.de](mailto:info@gk-law.de)  
Internet: [www.gk-law.de](http://www.gk-law.de)



**GK-law.de**  
Gündel & Katzorke Rechtsanwalts GmbH

Dieser Newsletter ist Freeware und darf - unverändert, ohne Kürzungen und inklusive dieses Impressums - weitergegeben und dupliziert werden. Das Zitieren, auch auszugsweise, ist nur unter der Quellenangabe GK-law.de erlaubt. Wir wissen das Vertrauen, das unsere Leser/innen in uns setzen, zu schätzen. Deshalb behandeln wir alle Daten, die Sie uns anvertrauen, mit äußerster Sorgfalt. Mehr dazu lesen Sie auf unserer Homepage.

Für Fragen, Anregungen und Kritik wenden Sie sich bitte an die Redaktion dieses Newsletters unter der E-Mail-Adresse: [info@gk-law.de](mailto:info@gk-law.de)

Falls Sie sich wieder abmelden möchten, Ihre E-Mail-Adresse ummelden möchten oder Sie unwissentlich von einem Dritten angemeldet worden sind, können Sie sich hier abmelden: [www.gk-law.de/Abmelden-1623273446.html](http://www.gk-law.de/Abmelden-1623273446.html).

Unsere Datenschutzhinweise finden Sie unter: [www.gk-law.de/Datenschutzhinweis-0103041433.html](http://www.gk-law.de/Datenschutzhinweis-0103041433.html).

© 2020 - Alle Rechte vorbehalten.