

Financial institutions
Energy
Infrastructure, mining and commodities
Transport
Technology and innovation
Life sciences and healthcare

 **NORTON ROSE FULBRIGHT**

Auswirkungen des Brexit auf das Finanzvertragsrecht: Aufsichtsrechtliche Rahmenbedingungen

Martin Krause (Partner – Financial Services)

Michael Born (Of Counsel – Financial Services)

15. November 2018



Status Quo – Deal at last?

- Entwurf für ***Withdrawal Agreement*** ist abgestimmt
- Wesentlich ist Übergangsfrist (*Transition Period*) bis zum 31. Dezember 2020 (Art. 126), die – vor dem 1. Juli 2020 – verlängerbar ist (Art. 132)
- Während dieser Frist findet das gesamte EU-Recht (einschließlich der Grundfreiheiten) weiterhin Anwendung, als ob UK Mitgliedstaat wäre
- Zusätzlich wurde ***Outline of the Political Declaration*** zu den EU-UK-Beziehungen nach der Übergangsfrist veröffentlicht

Status Quo – Deal at last?

- Art. 127 Abs.1 Draft Withdrawal Agreement:
„Unless otherwise provided in this Agreement, Union law shall be applicable to and in the United Kingdom during the transition period.“
- Part II (Economic Partnership – Financial Services) Outline of the Political Declaration
„Commencement of equivalence assessments by both Parties as soon as possible after the United Kingdom’s withdrawal from the Union, endeavouring to conclude these assessments before the end of June 2020.“

Status Quo – Deal at last?

- Ausblick:

„[T]he choice before us is clear. This deal [...]; or leave with no deal; or no Brexit at all.“ (Theresa May, 14. November 2018)

- „Harter“ Brexit ist davon zwar nicht mehr unbedingt das wahrscheinlichste, aber (noch immer) das am ehesten planbare Szenario

Schnittstellen Aufsichts- und Zivilrecht

- Marktzugang als Maßgabe

- **Neugeschäft**

- Abschluss über Einheit, die sich zulässig an deutschen Markt wendet
 - Folgefragen: Umfang der Auslagerung und Back-to-back-Gestaltungen

- **Bestandsgeschäft**

- Weiterführung bereits bestehender Kundenbeziehungen i.R.v. „Reverse Solicitation“ (u.U. detailgenaue Dokumentation zum bestehenden und gewünschten Umfang)
 - Übertragung aus regulatorischen Substanzerfordernissen
 - Übertragungsmethoden: Behördliches Verfahren (*Part VII FSMA Transfer Scheme*); *Cross-Border Merger*; *Novation*

Schnittstellen Aufsichts- und Zivilrecht

- **Regulat. Implikationen für gesetzliche Vorschriften**
 - **Gesetzliches Verbot, § 134 BGB**
 - **Geschäftsgrundlage, § 313 BGB**
 - **Erlaubnispflicht als Schutzgesetz, § 823 Abs. 2 BGB**
- **Regulat. Implikationen für Vertragsklauseln**
 - **Erlaubnispflicht als Vorfrage typischer (engl.) Klauseln**
 - Material Adverse Change (MAC)
 - Illegality
 - Increased Costs
 - **Bail-in Klauseln nach BRRD/SAG für Verbindlichkeiten nach drittstaatl. Recht**

Schnittstellen Aufsichts- und Zivilrecht

- Unmittelbare Einwirkungen des Aufsichtsrechts
 - **Privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte?**
 - **Anordnung der sofortigen Einstellung des Geschäftsbetriebs und der unverzüglichen Abwicklung, § 37 KWG**
 - **Exkurs: Weitere Konsequenzen sind insbesondere Strafbarkeit, §§ 32, 54 KWG, und Verfolgung unerlaubter Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen durch BaFin und Bundesbank, § 44c KWG**

Marktzugang aus Drittstaat

- Dauerhafte Präsenz in Deutschland:
 - **Gründung einer (selbstständigen) Tochtergesellschaft**
 - Neues Erlaubnisverfahren
 - Tochter kann unter System des Europ. Passes als Hub für den EWR dienen
 - **Erwerb eines Instituts**
 - Erlaubnis vorhanden
 - Aber: Inhaberkontrollverfahren
 - **Errichtung einer (unselbstständigen) Zweigstelle**
 - Gilt als Kreditinstitut oder Finanzdienstleistungsinstitut, § 53 KWG
 - BaFin hat angegeben, dass „Umwandlung“ einer bestehenden Zweigniederlassung unter EU-Pass schnelleres Erlaubnisverfahren ermöglichen kann
 - Zweigstelle kann nicht als Hub für den EWR dienen

Marktzugang aus Drittstaat

- Grenzüberschreitender Marktzugang:
 - **Freistellung nach § 2 Abs. 5 KWG**
 - Freistellung umfasst auch Erlaubnispflicht
 - Voraussetzung: Kein Bedürfnis für Aufsicht im Inland wg. Aufsicht im Herkunftsstaat
 - Konkret: Effektive Aufsicht nach internationalen Standards + Zusammenarbeit der Herkunftsstaatsbehörden mit BaFin (=> MoU)
 - Vorrang der Registrierung als Drittlandfirma bei der ESMA (falls *Investment Firm*)
 - **Verzeichnis im ESMA-Register von Drittlandfirmen nach Art. 46 ff. MiFIR (falls *Investment Firm*)**
 - Gleichwertigkeitsbeschluss durch Kommission
 - Vereinbarungen über die Zusammenarbeit zwischen ESMA und Drittlandbehörden
 - Folge: Wertpapierdienstleistungen ggü. geeigneten Gegenparteien und geborenen professionellen Kunden ohne Zweigniederlassung möglich
 - **Passive Dienstleistungsfreiheit (*Reverse Solicitation*)**

Problemkreise

Mindestausstattung; Auslagerung

- EZB, EBA und BaFin haben verlautbart, dass leere „Briefkästen“ / „Unternehmenshüllen“ nicht akzeptiert werden
- Insbesondere Buchungspraktiken in der Gruppe (*Booking Models*) sind Gegenstand kritischer Untersuchung:
 - FAQ BaFin (Status: 24. März 2017): „Buchungspraktiken dürfen nicht de facto zu ‚leeren Unternehmenshüllen‘ führen.“
 - EZB hat zu Erwartungen der Behörden im August 2018 detaillierte Präsentation veröffentlicht (*Supervisory expectations on booking models*)

Problemkreise

Passive Dienstleistungsfreiheit (*Reverse Solicitation*)

- Auf eigene Initiative nachgefragte Dienste sind nicht erl.pflichtig
 - Merkblatt BaFin (2005): „Geschäfte, die aufgrund der Initiative des Kunden zustande gekommen sind, führen damit nicht zur Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG.“
 - Art. 42 MiFID II: „Wenn in der EU ansässige oder niedergelassene Kleinanleger oder professionelle Kunden [...] ausschließlich in Eigeninitiative die Erbringung einer Wertpapierdienstleistung [...] durch eine Drittlandfirma veranlassen, stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die Anforderung einer Zulassung [...] nicht für die Erbringung dieser Dienstleistung [...] gilt. [...].“
- Nach BaFin auch Weiterführung bestehender Beziehungen erfasst

Problemkreise

Passive Dienstleistungsfreiheit (*Reverse Solicitation*)

- Problem: Reichweite hinsichtlich neuer Produkte / Dienste
 - Merkblatt BaFin (2005): Nur „Informationen über seine Produktpalette“ im Rahmen von bereits bestehenden Geschäftsbeziehungen
 - Art. 42 MiFID II: „[...] Eine Initiative solcher Kunden berechtigt die Drittlandfirma nicht, neue Kategorien von Anlageprodukten oder Wertpapierdienstleistungen diesem Kunden auf anderem Wege als über die Zweigniederlassung zu vermarkten, wenn eine solche nach nationalem Recht vorgeschrieben ist.“
- ESMA: Enge Definition der Produktkategorien und Vorschläge zur Beschränkung (u.a. Nachweispflicht)

Problemkreise

Branching back

- Offene Frage: Darf sich die UK-ZNL eines zugelassenen EWR-Instituts auf der Grundlage der Erlaubnis des Instituts an Kunden im EWR richten?
 - FAQ EZB (Status: 2. Aug. 2018): „The ECB and the national supervisors believe that the purpose of branches in third countries is to meet local needs. The ECB and national supervisors do not expect that branches in third countries perform critical functions for the credit institution itself or provide services back to customers based in the EU.“
 - Erwägungsgrund 23 CRD IV: „Für Zweigstellen von in dritten Ländern zugelassenen Kreditinstituten sollte der freie Dienstleistungsverkehr [...] nur in dem Mitgliedstaat, in dem sie errichtet sind [...] gelten.“
=> Gegenschluss: Genießen dann Zweigstellen von im EWR zugelassenen Kreditinstituten freien Dienstleistungsverkehr in die Mitgliedstaaten?

Informationsangebote

Brexit – what next?

Publication | September 2018

[Subscribe to the Brexit Hub](#)



Brexit Pathfinder

Publication | October 2018

[Register for Brexit Pathfinder](#)



Kontakte

Martin Krause

Partner, Frankfurt

Tel +49 69 505096 490

martin.krause@nortonrosefulbright.com



Dr Martin Krause is an asset management and financial markets regulatory lawyer. He has specialised in open- and closed-end funds including alternative asset classes as well as regulatory advice pertaining to buy-side and sell-side market participants.

Martin's clients include international investment banks, asset and fund managers, marketing and distribution channels and other financial services providers as well as insurers (Solvency II) and other institutional investors.

Martin joined the Frankfurt practice as a partner in 2008. He is qualified as a German lawyer (Rechtsanwalt) and tax advisor (Steuerberater) and holds a German MBA (Dipl.-Kfm.).

Michael Born

Of Counsel, Frankfurt

Tel +49 69 505096 421

michael.born@nortonrosefulbright.com



Dr Michael Born works as a banking and capital markets lawyer. He advises both regulated and unregulated clients comprehensively on matters relating to financial markets supervision.

Michael advises credit and financial services institutions and other financial market participants on regulatory issues relating to, in particular, banking supervision (CRD IV / CRR) and investment services (MiFID II / MiFIR).

Michael joined the Frankfurt practice in 2018. Prior to joining, he worked for a major German law firm in Frankfurt and London. He is qualified as German lawyer (Rechtsanwalt) and holds a PhD from the University of Bonn.

The logo for Norton Rose Fulbright, featuring a gold chevron icon above the text "NORTON ROSE FULBRIGHT" in red.

NORTON ROSE FULBRIGHT

Disclaimer

Norton Rose Fulbright US LLP, Norton Rose Fulbright LLP, Norton Rose Fulbright Australia, Norton Rose Fulbright Canada LLP and Norton Rose Fulbright South Africa Inc are separate legal entities and all of them are members of Norton Rose Fulbright Verein, a Swiss verein. Norton Rose Fulbright Verein helps coordinate the activities of the members but does not itself provide legal services to clients.

References to 'Norton Rose Fulbright', 'the law firm' and 'legal practice' are to one or more of the Norton Rose Fulbright members or to one of their respective affiliates (together 'Norton Rose Fulbright entity/entities'). No individual who is a member, partner, shareholder, director, employee or consultant of, in or to any Norton Rose Fulbright entity (whether or not such individual is described as a 'partner') accepts or assumes responsibility, or has any liability, to any person in respect of this communication. Any reference to a partner or director is to a member, employee or consultant with equivalent standing and qualifications of the relevant Norton Rose Fulbright entity.

The purpose of this communication is to provide general information of a legal nature. It does not contain a full analysis of the law nor does it constitute an opinion of any Norton Rose Fulbright entity on the points of law discussed. You must take specific legal advice on any particular matter which concerns you. If you require any advice or further information, please speak to your usual contact at Norton Rose Fulbright.