

/ Deutsches Brexit-Gesetz mit Regelungen zu grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungen verabschiedet

05.03.2019

Finanzdienstleistungsaufsicht | Brexit | Banking & Finance | Regulierung & Governmental Affairs | Arbeitsrecht

Ein Schritt zur Kontinuität im Falle eines „harten“ Brexits

Auch knapp vier Wochen vor dem Vollzug des Austritts Großbritanniens aus der Europäischen Union (EU) am 29. März 2019 haben sich die Parteien noch nicht auf ein Austrittsabkommen verständigt, mit dem die einschneidenden Konsequenzen eines „No-Deal-Brexits“ abgefedert werden könnten. Unter anderem die Befürchtung, dass es bei diesem Zustand bleibt, hat jetzt den deutschen Gesetzgeber zum Handeln veranlasst. Am 22. Februar 2019 hat der Deutsche Bundestag das „Gesetz über steuerliche und weitere Begleitregelungen zum Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union“ (Brexit-StBG) verabschiedet, das ungeachtet seiner Kurzbezeichnung als „Brexit-Steuerbegleitgesetz“ nicht nur steuerrechtliche Regelungen (s. dazu unseren Beitrag vom [25.02.2019](#)), sondern mit Ergänzungen insbesondere des Kreditwesengesetzes (KWG), des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG), des Zahlungsdienstleistungsaufsichtsgesetzes (ZAG), des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) und des Pfandbriefgesetzes (PfandBG) auch wichtige Änderungen finanzaufsichtlicher Bestimmungen enthält, um den absehbaren nachteiligen Auswirkungen des Brexit auf grenzüberschreitende Finanzdienstleistungen entgegenzuwirken.

Änderungen des KWG

Die durch das Brexit-StBG bewirkten Änderungen des KWG lassen sich in zwei Kategorien unterteilen. Zum einen wird der Kündigungsschutz für sog. Risikoträger bedeutender Institute gelockert. Dies ist nicht unmittelbar dem Brexit geschuldet, sondern geht auf Absprachen im Koalitionsvertrag zurück, auch wenn der anstehende Brexit und der dadurch ausgelöste Wettbewerb der Jurisdiktionen um britische Institute, die nach einem neuen oder zusätzlichen Standort in Kontinentaleuropa Ausschau halten, bei der Wahl des Zeitpunkts der Lockerung des Kündigungsschutzes sicherlich eine Rolle gespielt hat. Zum anderen werden Regelungen eingeführt, um die negativen Auswirkungen abzufedern, die wegen der entfallenden Möglichkeit einer Nutzung des sog. EU-Passes und damit des Zugangs britischer Institute zum deutschen Markt zu befürchten sind.

Lockerung des Kündigungsschutzes für Risikoträger

Die Änderungen zum Kündigungsschutz für Risikoträger entsprechen den Vorschlägen des Regierungsentwurfs für das Brexit-StBG (RegE-Brexit-StBG) aus dem Dezember 2018. Damit werden sich bedeutende Institute von Risikoträgern, deren jährliche fixe Vergütung das Dreifache der Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung überschreitet (derzeit also ca. EUR 241.000 in Westdeutschland und ca. EUR 221.000 in Ostdeutschland), leichter trennen können (vgl. § 25a Abs. 5a KWG), weil sie als Arbeitgeber künftig einen Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit dem Mitarbeiter stellen dürfen, ohne diesen Antrag besonders begründen zu müssen. Risikoträger werden somit letztlich wie leitende Angestellte behandelt. Der Begriff des Risikoträgers ist dabei nicht neu, sondern entspricht dem, der bereits in der Institutsvergütungsverordnung (InstitutsVergV) verwendet wird, wenn damit Mitarbeiter bezeichnet werden, deren berufliche Tätigkeit sich wesentlich auf das Risikoprofil eines Instituts auswirkt. Auch der Begriff des bedeutenden Instituts ist der InstitutsVergV entlehnt, wenn er nach dem neu eingefügten § 25n Abs. 1 KWG Institute erfasst, deren Bilanzsumme im Durchschnitt der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre EUR 15 Milliarden erreicht oder überschritten hat, sofern das Institut nicht auf Grundlage einer Risikoanalyse nachweist, dass es nicht bedeutend ist. Die Kriterien, die eine Einordnung als bedeutendes Institut stets indizieren oder zu einer Einordnung als bedeutendes Institut bei Unterschreitung des Schwellenwertes von EUR 15 Milliarden führen können, sind ebenfalls aus der InstitutsVergV bekannt.

Übergangsregelung für Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen

Die Regelungen zur Möglichkeit grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen im KWG wurden dagegen im Vergleich zum RegE-Brexit-StBG ergänzt. Unverändert geblieben ist insoweit zunächst die zusätzliche Regelung in § 53b Abs. 12 KWG. Nach dieser Regelung wird die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) ermächtigt, die Anwendung der Vorschriften

zum europäischen Pass in § 53b Abs. 1 bis 9 KWG für Unternehmen mit Sitz in Großbritannien, die zum Zeitpunkt des Austritts unter Nutzung des europäischen Passes über eine Zweigniederlassung oder im Wege des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs im Inland Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen anbieten, für einen Übergangszeitraum nach einem Brexit ganz oder teilweise anzuordnen. Freilich ist diese Anordnungsbefugnis an verschiedene Vorbehalte geknüpft. Zunächst gilt sie nur für den Fall, dass zum Zeitpunkt des Brexit-Vollzugs kein Austrittsabkommen i.S.v. Art. 50 Abs. 2 des EU-Vertrages in Kraft getreten ist, also tatsächlich der derzeit drohende „No-Deal Brexit“ eintritt. Darüber hinaus kann die BaFin von der Ermächtigung nur zur Vermeidung von Nachteilen für die Funktionsfähigkeit oder die Stabilität der Finanzmärkte Gebrauch machen. Ferner gilt der Fortbestand der Regelungen zum Passporting im Falle einer entsprechenden BaFin-Anordnung nur insoweit, als die britischen Unternehmen nach dem Brexit Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen anbieten, die in engem Zusammenhang mit zum Zeitpunkt des Austritts bestehenden Verträgen stehen. Schließlich gelten die Übergangsregelungen längstens für eine Dauer von 21 Monaten nach dem Austritt Großbritanniens aus der EU.

Diese Einschränkungen der Übergangsregelungen machen deutlich, worin ihr eigentliches Ziel besteht: nachteilige Auswirkungen eines unregelmäßigten Brexits für die inländischen Geschäftspartner der britischen Institute abzuwenden, ohne allerdings von dem in den bisherigen Austrittsverhandlungen hervorgehobenen Grundsatz abzuweichen, dass es einen Marktzugang für britische Institute nur bei einem Abkommen zwischen Großbritannien und der EU geben wird. Freilich wirft die Regelung Fragen auf. Zunächst einmal wird nicht klar bestimmt, ob und unter welchen konkreten Voraussetzungen die BaFin von der Ermächtigung zur Anordnung einer Übergangsregelung Gebrauch machen darf. Vor allem aber ist zweifelhaft, ob es einer so eng begrenzten Ausnahme überhaupt bedürft hätte oder eine Lösung nicht bereits über einen Verweis auf den Grundsatz der passiven Dienstleistungsfreiheit möglich gewesen wäre. Denn eine Erlaubnispflicht für das Betreiben von Bankgeschäften oder Finanzdienstleistungen besteht nur dann, wenn die betreffenden Leistungen in Deutschland erbracht werden. Insoweit entspricht es seit vielen Jahren der Verwaltungspraxis der BaFin, ein Betreiben in Deutschland nur dann anzunehmen, wenn sich ein Unternehmen zielgerichtet an den deutschen Markt wendet, um gegenüber Unternehmen und/oder Personen, die ihren Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben, wiederholt und geschäftsmäßig Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen anzubieten. Damit bleibt es Unternehmen aus Drittländern grundsätzlich unbenommen, auf entsprechende Anfragen deutscher Kunden zu reagieren und Bankgeschäfte bzw. Finanzdienstleistungen zu erbringen (sog. *reverse solicitation*-Ausnahme). Gleichfalls soll es möglich sein, bereits bestehende Geschäftsbeziehungen weiterzuführen.

Gerade für die Konstellationen, die der Gesetzgeber laut Gesetzesbegründung für den Anwendungsbereich der Übergangsvorschrift im Auge hat, nämlich wirtschaftlich übliche Folgegeschäfte für bestehende Verträge wie Prolongationen oder die Ausübung vertraglich eingeräumter Rechte wie z. B. Optionen oder Wandlungsrechte, hätte es nahegelegen, mit einer kurzen Hinweis klarzustellen, dass die auf der passiven Dienstleistungsfreiheit beruhende Ausnahme für *reverse solicitation*-Szenarien gilt, weil damit regelmäßig lediglich eine bestehende Geschäftsbeziehung fortgeführt wird, also keine Erstansprache von Kunden mit dem Ziel erfolgt, künftig Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen in Deutschland anzubieten. Damit wäre das zweifelsohne erstrebenswerte Ziel, größere Rechtssicherheit für britische Institute und ihre Kunden zu bewirken, ebenfalls erreicht worden. Nun ist zumindest unklar, ob in solchen Situation noch Raum für die naheliegende und überzeugende Argumentation besteht, dass z. B. eine Prolongation eines bestehenden Vertrages durch ein Institut in einem Drittland unter die passive Dienstleistungsfreiheit fällt und damit erlaubnisfrei bleibt. Auch aus diesem Grund bleibt zu hoffen, dass die neue Regelung in § 53b Abs. 12 KWG gar nicht zur Anwendung kommt, weil sich Großbritannien und die EU doch noch auf einen Austrittsvertrag einigen.

Übergangsregelung für das Eigengeschäft

Noch nicht im RegE-Brexit-StBG vorgesehen war die Ergänzung der Übergangsregelung in § 64m Abs. 2 KWG, die erst nach der Anhörung im Finanzausschuss aufgenommen wurde. Freilich hätte man sich insoweit nach der Ankündigung in der öffentlichen Anhörung zum Brexit-StBG, dass für britische Liquiditätsspenden noch spezielle Ausnahmeregelungen geschaffen werden sollten, mehr erwarten können. Denn nun werden lediglich diejenigen Unternehmen privilegiert, welche die in Umsetzung von MiFID II geschaffene Übergangsregelung in § 64x Abs. 8 S. 1 KWG hätten nutzen können, wenn sie seinerzeit bereits ihren Sitz in einem Drittstaat gehabt hätten. Hierbei handelt es sich lediglich um solche Unternehmen, die wegen der im Zuge der MiFID II-Umsetzung erfolgten Erweiterung der Erlaubnispflicht für das Betreiben des Eigengeschäfts gemäß § 32 Abs. 1a S. 2 und 3 am 3. Januar 2018 eine Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 S. 1 KWG benötigen. Folglich beschränkt sich auch der Anwendungsbereich der neu eingefügten privilegierenden Übergangsregelung in § 64m Abs. 2 KWG lediglich auf solche Unternehmen, die nach § 32 Abs. 1a

S. 2 und 3 KWG grundsätzlich erlaubnispflichtiges Eigengeschäft erbringen. Mit anderen Worten werden sich bedauerlicherweise andere Liquiditätssponder auf deutschen Märkten wie etwa diejenigen Unternehmen, die Eigenhandel i.S.v. § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 4 KWG bspw. dadurch betreiben, dass sie kontinuierlich den An- und Verkauf von Finanzinstrumenten zu selbst gestellten Preisen für eigene Rechnung unter Einsatz des eigenen Kapitals anbieten oder Finanzinstrumente für eigene Rechnung als Dienstleistung für andere anschaffen oder veräußern, nicht auf die Übergangsregelung berufen können.

Diejenigen Unternehmen, die lediglich erlaubnispflichtiges Eigengeschäft betreiben, haben die Möglichkeit, innerhalb von drei Monaten nach dem Brexit einen vollständigen Freistellungsantrag nach § 2 Abs. 5 S. 1 KWG zu stellen, auf dessen Grundlage dann die Befreiung nach § 2 Abs. 5 KWG als vorläufig erteilt gilt, bis die ESMA über eine Eintragung des antragstellenden Unternehmens in das Register nach Art. 48 der Verordnung (EU) Nr. 600/2014 (MiFIR) entschieden hat. Auch diese Möglichkeit wird wiederum nur für den Fall eingeräumt, dass es bis zum Vollzug des Austritts Großbritanniens kein Austrittsabkommen geben wird.

Änderungen des WpHG

Eine weitere Ergänzung des RegE-Brexit-StBG, die sich noch als äußerst wichtig erweisen könnte, ist für § 102 WpHG erfolgt. Bei § 102 WpHG handelt es sich um eine Regelung, welche die Betreiber von Märkten in Finanzinstrumenten aus Drittstaaten einer Erlaubnispflicht der BaFin unterwirft, wenn sie inländischen Marktteilnehmern über ein elektronisches Handelssystem einen unmittelbaren Marktzugang gewähren. Würde Großbritannien somit zu einem Drittstaat, bedürften die diversen Handelsplätze in Großbritannien eine BaFin-Erlaubnis mit der Folge, dass sie bis dahin ihren deutschen Marktteilnehmern den Zugang zum Handelssystem verwehren müssten. Es ist zu begrüßen, dass die damit für die deutschen Marktteilnehmer gegebenenfalls einhergehenden Probleme erkannt werden und eine Lösung angeboten wird. Diese besteht wiederum in einer Ermächtigung der BaFin, im Falle des Fehlens eines Austrittsabkommens für einen Übergangszeitraum von bis zu 21 Monaten zur Vermeidung von Nachteilen für die Funktionsfähigkeit oder die Stabilität der Finanzmärkte eine Abhilfe schaffende Anordnung zu erlassen.

Änderungen des ZAG

Ebenfalls erst im Zuge der Beratungen des RegE-Brexit-StBG wurde eine Übergangsvorschrift für Zahlungsinstitute und E-Geld-Institute in das Brexit-StBG eingefügt, die spiegelbildlich zu der neuen Regelung in § 53b Abs. 12 KWG eine Ermächtigungsgrundlage für die BaFin enthält. Hiernach kann die BaFin für einen Übergangszeitraum von bis zu 21 Monaten anordnen, dass die Regelungen zum EU-Pass für die betreffenden Institute mit Sitz in Großbritannien ganz oder teilweise entsprechend gelten sollen. Allerdings gelten auch für eine solche BaFin-Anordnung entsprechende Vorbehalte wie in § 53b Abs. 12 KWG. Der einzige Unterschied besteht darin, dass es nach § 39 Abs. 8 ZAG auf die Vermeidung von Nachteilen für die Funktionsfähigkeit oder die Stabilität der Zahlungsverkehrsmärkte ankommt. Damit können Zahlungsinstitute und E-Geld-Institute weiterhin – eine entsprechende Anordnung der BaFin vorausgesetzt – über eine Zweigniederlassung oder im Wege des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs bzw. über Agenten in Deutschland ihre Dienste anbieten, soweit diese in engem Zusammenhang mit zum Zeitpunkt des Austritts bestehenden Verträgen (wie z. B. einem Zahlungsdiensterahmenvertrag) stehen.

Die Gesetzesänderung eröffnet – vorbehaltlich der Entscheidung der BaFin – britischen Unternehmen die Möglichkeit, ihr Deutschlandgeschäft innerhalb eines angemessenen zeitlichen Rahmens auf eine gesicherte Basis nach dem ZAG zu stellen, d. h. sich dem gleichen Aufsichtsregime zu unterwerfen, das für Zahlungsdienstunternehmen aus anderen Drittstaaten gilt – oder aber sich geordnet aus dem Deutschlandgeschäft zurückzuziehen. Zugleich kommt die Gesetzesänderung den inländischen Geschäftspartnern (Unternehmen ebenso wie Verbrauchern) dieser britischen Unternehmen zugute. Dies betrifft z. B. inländische Online-Händler, die mit einem britischen Acquirer zusammenarbeiten, der (nach abruptem Wegfall des Passporting) keine Kreditkartenabrechnungen mehr vornehmen könnte, und Inhaber von E-Geld, deren E-Geld-Guthaben seitens eines britischen E-Geld-Instituts (E-Money Institute) nach einem No-deal-Brexit womöglich nicht ohne weiteres zurückerstattet werden könnte.

Änderungen des VAG

Bereits im RegE-Brexit-StBG vorgesehen war eine Ergänzung des VAG um eine Übergangsregelung zur Möglichkeit der weiteren Abwicklung von Versicherungsverträgen mit deutschen Kunden, die von britischen Versicherungsunternehmen abgeschlossen

oder übernommen wurden. Die entsprechende Regelung in § 66a VAG hat unverändert Eingang in das Brexit-StBG gefunden. Hiernach ist die BaFin ermächtigt, zum Schutz der Versicherungsnehmer die Regelungen des EU-Passes in §§ 61 bis 66 und 169 VAG übergangsweise für die Zwecke der Abwicklung der bis zum Brexit abgeschlossenen Versicherungsverträge auf Versicherungsunternehmen mit Sitz in Großbritannien für entsprechend anwendbar zu erklären. Auch diese Ermächtigung gilt nur für den Fall, dass zum Zeitpunkt des Austritts Großbritanniens kein Austrittsabkommen in Kraft getreten ist. Ferner darf die BaFin-Anordnung auch hier eine Dauer von 21 Monaten nicht überschreiten. Mit diesen Regelungen erhalten die betroffenen Versicherungsunternehmen die Gelegenheit, entweder die Versicherungsverträge mit deutschen Versicherungsnehmern innerhalb des Übergangszeitraums zu kündigen und rasch abzuwickeln, ein Erlaubnisverfahren für den Versicherungsbetrieb über eine Drittstaaten-Niederlassung erfolgreich abzuschließen oder Versicherungsverträge mit Zustimmung der zuständigen Aufsichtsbehörde auf ein entsprechend lizenziertes Unternehmen mit Sitz innerhalb des EWR zu übertragen.

Weitere Regelungen zur Kontinuität grenzüberschreitender Geschäftsbeziehungen im Finanzsektor

Das Brexit-StBG enthält einige weitere Regelungen zum grenzüberschreitenden Geschäftsbetrieb von Finanzinstituten. Diese Bestimmungen regeln allerdings nicht den Marktzugang britischer Unternehmen bzw. die Abwicklung bestehender Verträge durch britische Institute trotz des Entfallens des EU-Passes, sondern schaffen in anderer Hinsicht Rechtssicherheit für deutsche Institute. Diese Gesetzesänderungen sind jeweils zu begrüßen, da die plötzliche Einordnung Großbritanniens als Drittstaat die deutschen Institute ansonsten in arge Bedrängnis bringen könnte.

Dies gilt z. B. für Pfandbriefbanken, die bestimmte Vermögenswerte nur in Deckung nehmen dürfen, wenn sie von einem Unternehmen mit Sitz in der EU bzw. dem EWR oder anderen namentlich aufgeführten Ländern geschuldet oder garantiert werden oder in einem der betreffenden Staat belegen sind. Soweit das PfandBG die Deckungsfähigkeit bislang nicht auf Vermögenswerte bzw. Schuldner innerhalb der EU bzw. des EWR beschränkt, wird durch die namentliche Aufnahme Großbritanniens in die betreffenden Vorschriften zur Deckungsfähigkeit sichergestellt, dass Großbritannien wie andere namentlich aufgeführte Drittstaaten behandelt wird und die Pfandbriefbanken somit auch künftig die betreffenden Vermögenswerte in Deckung nehmen dürfen. Darüber hinaus wird geregelt, dass die bis zum Brexit bereits in Deckung genommenen Vermögenswerte, die von britischen Unternehmen geschuldet bzw. in Großbritannien belegen sind, letztlich weiterhin wie bislang behandelt werden können, also nicht auf die Quote für Drittstaatenvermögenswerte anzurechnen sind.

Vergleichbare Übergangsregelungen sieht das Brexit-StBG für die Anlageverordnung, die Pensions-Aufsichtsverordnung sowie das Gesetz über Bausparkassen vor.

Fazit

Die grenzüberschreitende Erbringung von Finanzdienstleistungen für Vertragspartner mit Sitz in Deutschland ist nicht nur für die britischen Anbieter jener Leistungen von großer Bedeutung, sondern auch für deren Vertragspartner und damit den deutschen Markt. Dies hat der deutsche Gesetzgeber erkannt und Vorschriften erlassen, die zumindest für eine Übergangsphase schwerwiegende Beeinträchtigungen für Vertragspartner in Deutschland für den Fall verhindern sollten, dass Großbritannien ohne ein Abkommen nach Art. 50 Abs. 2 S. 2 des EU-Vertrages aus der EU austritt. Das ist zu begrüßen. Gleichwohl kann dies nur eine Notlösung sein, wie sowohl die Anwendungsfragen der neuen Übergangsvorschriften als auch die zahlreichen verbleibenden Themen zeigen. Daher ist nach wie vor zu hoffen, dass Großbritannien und die EU sich letztendlich doch noch über ein Austrittsabkommen verständigen.

Im Fokus: Brexit:

Verfolgen Sie die aktuellen Entwicklungen und News in unserem [News-Channel zum Brexit](#) .

Haben Sie Fragen? Kontaktieren Sie gerne: [Prof. Dr. Dr. Kai-Michael Hingst](#) oder [Dr. Jens H. Kunz](#)

Practice Group: [Finanzdienstleistungsaufsicht](#) ; [Banking & Finance](#) ; [Arbeitsrecht](#)

Contact Person



Dr. Jens H. Kunz, LL.M. (UT Austin)

Co-Leiter Finanzdienstleistungsaufsicht
Mitglied der Practice Group Banking & Finance
Rechtsanwalt

T +49 69 971477218



Prof. Dr. Dr. Kai-Michael Hingst

Mitglied der Practice Group Finanzdienstleistungsaufsicht
Mitglied der Practice Group Compliance & Interne Ermittlungen
Rechtsanwalt, Solicitor in England and Wales

T +49 40 300397191