Your World First

C/M/S/
Law.Tax

update

Aktuelle Informationen des
Geschäftsbereichs Banking & Finance

News from the Banking & Finance practice



Juli/July 2015



Inhalt

4 | Editorial

Fokus
6 | BaFin erlaubt regulierten Fonds die direkte Kreditvergabe
8 | Immer wieder Restrukturierung von Anleihen
10 | Zur Verwertung von mit fremden Marken gekennzeichnetem Sicherungsgut durch den Sicherungsnehmer und der Bedeutung des markenrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes, § 24 Abs. 1 MarkenG

Finance
12 | Risiken bei der Vereinbarung von Fremdwährungsdarlehen
15 | Cross-Border-Finanzierungen durch Versicherungsunternehmen
17 | Restrukturierung in Europa – Scheme of Arrangement – Fall APCOA

Aufsichtsrecht
18 | Der einheitliche Aufsichtsmechanismus
20 | Rechtsschutz gegen den einheitlichen Aufsichtsmechanismus
22 | PSD 2 – Gutscheinkarten, Bonussysteme, Tank- und Kundenkarten künftig nur mit ZAG-Lizenz?

Rechtsprechung
24 | Umsatzsteuerbefreiung bei Leistungen an eine Bank im Zusammenhang mit dem Betrieb von Geldautomaten
25 | Haftung für verbotswidrige Auszahlungen aus dem Vermögen einer GmbH & Co. KG an ihre Gesellschafter
27 | Insolvenzrechtliche Einordnung von Rückforderungsansprüchen wegen ungerechtfertigter Rückbuchungen durch den Insolvenzverwalter

Kurz notiert
29 | Schutz der freien Wirtschaftsprüferwahl nach neuem EU-Recht ab Juni 2017

Content

5 | Editorial

Focus
32 | German Federal Financial Supervisory Authority allows direct lending by regulated funds
34 | Bond restructuring – again
36 | Realisation of collateral subject to third-party trademarks by the collateral taker and the significance of the principle of exhaustion under section 24(1) of the German Trademark Act

Finance
39 | Risks associated with foreign currency loans
42 | Cross-border financing by insurance companies
44 | Restructuring in Europe – scheme of arrangement – the APCOA case

Regulatory
46 | The Single Supervisory Mechanism
48 | Legal protection against the Single Supervisory Mechanism
50 | PSD 2 – will electronic vouchers, loyalty schemes, fuel and store cards require a licence under the German Payment Services Act in future?

Case law
52 | VAT exemption for services provided to a bank relating to operating cash machines
54 | Prohibited payments from the assets of a German limited liability partnership („GmbH & Co. KG“) to its shareholders
56 | Insolvency law treatment of repayment claims on account of unjustified reversals by the insolvency administrator

In Brief
58 | Protecting the choice of auditor under new EU law as of June 2017

Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

Die heutige Ausgabe des Update Banking & Finance belegt erneut die Dynamik der Entwicklungen in unserem Arbeitsbereich auf legislativer, administrativer und judikativer Ebene. Wie immer haben wir für Sie aus der Flut der Informationen eine Auswahl zu besonders wichtigen und praxisrelevanten Fragen getroffen. Besonders angesprochen sind die Bereiche Regulatorisches, Finanzierung und Restrukturierung/Insolvenz.

Die Europäische Zentralbank hat ihre Arbeit als „Superaufsichtsinstanz für systemrelevante Banken" aufgenommen. Bei genauem Hinsehen stellt sich aber heraus, dass auch Kreditinstitute betroffen sein werden, die nicht zu den 120 „bedeutenden" Instituten gezählt werden. Das gibt auch Anlass, sich mit dem Rechtsschutz gegen Verwaltungshandeln der Europäischen Zentralbank zu beschäftigen.

Im Aufsichtsrecht informieren wir weiter über eine grundlegende Änderung der Verwaltungspraxis der BaFin zur Kreditvergabe durch regulierte Fonds.

Im Recht der Zahlungsdienste haben wir uns alle noch gar nicht recht an die Umsetzung der Zahlungsdienstrichtlinie bis hin zum § 675z (!) BGB gewöhnt, da müssen wir uns schon mit der zweiten Zahlungsdienstrichtlinie beschäftigen, die noch dieses Jahr in Kraft treten könnte. Wir berichten über zu erwartende Änderungen zu den Regelungen über begrenzte Netze.

Aufgrund des Umfangs der ständigen regulatorischen Neuerungen hat CMS für Sie einen stets aktualisierten Informationsdienst entwickelt, der Online-Recherchen über neueste Entwicklungen des Aufsichtsrechts ermöglicht. Bitte besuchen Sie unser Internetportal „RegZone".

Im Bank- und Finanzierungsrecht rücken Besonderheiten bei den Cross-Border-Finanzierungen durch Versicherungsunternehmen und die Risiken bei den Fremdwährungsdarlehen in den Fokus der internationalen Finanzierungspraxis. Versicherungsunternehmen suchen nach Renditen, die in Deutschland beim derzeitigen Zinsniveau nicht zu erzielen sind. Gleichzeitig zeigen die Währungskurssprünge zwischen Euro einerseits und US-Dollar und Schweizer Franken andererseits das Risiko von Fremdwährungsdarlehen auf.

Markenrechte bilden einen durchaus komplexen Sicherungsgegenstand. Wir erläutern dies unter Nutzbarmachung des Know-hows aus dem IP-Recht.

Im Restrukturierungs- und Insolvenzrecht sind aufgrund aktueller prominenter Fälle die Restrukturierungen von Anleihen und das Konzept des Scheme of Arrangement Gegenstand intensiver Diskussionen. In größeren Finanzierungsfällen geht es selten ohne international-rechtliche Bezüge, die immer wieder zu komplizierten und überraschenden Konstellationen führen. Wir berichten hierüber anhand aktueller Gerichtsentscheidungen.

Zu allen drei Schwerpunktgebieten informieren wir Sie über weitere interessante Rechtsentwicklungen und machen dabei auch einen Ausflug ins Umsatzsteuerrecht beim Betrieb von Geldautomaten.

Wir hoffen, dass unsere Auswahl Sie anspricht, und wünschen Ihnen eine interessante Lektüre. Sollten Sie zu einzelnen Themen Rückfragen haben, können Sie sich gerne an uns oder die Autoren wenden.



Dr. Herbert Wiehe
ist Partner im Geschäftsbereich Bank-, Finanz- und Kapitalmarktrecht bei CMS Köln.
E herbert.wiehe@cms-hs.com

Editorial

Dear reader,

This latest edition of Update Banking & Finance once again illustrates the dynamic developments affecting our field of work at the legislative, administrative and judicial levels. As usual, we have selected issues of particular importance and practical relevance from the plethora of topics. In doing so, we have focused on regulation, finance and restructuring/ insolvency.

The European Central Bank has begun its work as a "super-regulator for systemically important banks". On closer inspection, it is apparent that this new role also affects other banks which are not among the 120 significant institutions. Our examination of the legal protection available against administrative acts of the European Central Bank is thus particularly relevant.

In supervisory law, we also provide information on a major change in BaFin's administrative practice with regard to the granting of loans by regulated funds.

Turning to the law on payment services, we have all barely become accustomed to implementation of the Payment Services Directive, with the relevant provisions of the German Civil Code extending to section 675z (!), when a second Payment Services Directive comes along, which is likely to enter into force before the end of the year. We report on the expected changes to the limited network exemption.

In response to the scale of ongoing changes in the regulatory arena, CMS has developed an online information service which allows you to research the latest developments and stay up to date. Please visit our RegZone Internet portal.

In the field of banking and finance law, the special features of cross-border financing by insurance companies and the risks associated with foreign currency loans are increasingly topical aspects of international financing practice. Insurance companies are looking further afield for returns that cannot be achieved in Germany with today's low interest rates. At the same time, the exchange rate fluctuations between the Euro and the US dollar on the one hand and Swiss franc on the other hand illustrate the risks involved in foreign currency loans.

Trademark rights represent a highly complex form of collateral. We draw on our extensive expertise in IP law to explain the issues.

In restructuring and insolvency law, recent highprofile cases have triggered lively discussion about bond restructuring and schemes of arrangement. Major financing projects typically involve aspects of international law, which often gives rise to complicated and surprising arrangements. We report on this phenomenon based on recent court rulings.

We also highlight other interesting legal developments across all three of the main areas covered in this newsletter, including a look at turnover tax law in relation to the operation of cash machines.

We hope you find the selected subjects interesting and enjoy reading this latest edition of our newsletter. If you have any queries on individual topics, please feel free to contact us or the authors directly.



Dr Herbert Wiehe
is a partner in the Banking, Finance and Capital Markets practice group at CMS Cologne.
E herbert.wiehe@cms-hs.com

BaFin erlaubt regulierten Fonds die direkte Kreditvergabe

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) gestattet nach dem KAGB regulierten Fonds, Darlehen direkt zu vergeben.[1] Die Darlehensvergabe sei von der Erlaubnis der Kapitalverwaltungsgesellschaft zur kollektiven Vermögensverwaltung umfasst. Gleiches gelte für andere nach dem KWG grundsätzlich erlaubnispflichtige darlehensbezogene Handlungen, etwa bei der Darlehensrestrukturierung und -prolongation.

Die BaFin ändert in diesem Punkt ihre bisherige Verwaltungspraxis. Die bisherige Verwaltungspraxis gestattete lediglich den Erwerb von bestehenden Darlehen für Fonds. Auf die neue Verwaltungspraxis können sich auch lediglich nach § 2 Abs. 4, 4a und 4b KAGB registrierte Kapitalverwaltungsgesellschaften berufen. Mit Blick auf die europäische Regulierung von Kapitalverwaltungsgesellschaften durch die AIFM-Richtlinie dürfte die Auffassung der BaFin aufgrund des europäischen Diskriminierungsverbots auch für EU-Spezial-AIF, die Darlehen nach Deutschland vergeben wollen, gelten.

Die geänderte Verwaltungspraxis der BaFin bedeutet einen dramatischen Wandel im deutschen Aufsichtsrecht. Nach der bisherigen Verwaltungspraxis war die Vergabe von Darlehen, auch durch ausländische Darlehensgeber, an in Deutschland ansässige Darlehensnehmer ein erlaubnispflichtiges Bankgeschäft und Banken vorbehalten. Die Vergabe von Darlehen bedurfte bisher stets einer Bankerlaubnis und war nicht von anderen Erlaubnissen, wie etwa denen zur kollektiven Vermögensverwaltung, umfasst. Mit der geänderten Verwaltungspraxis wird der Kreditmarkt für weitere Marktteilnehmer geöffnet. Dies dürfte den Wettbewerb auf dem Kreditmarkt beeinflussen.

Die Nutzung dieser neuen Möglichkeiten setzt für deutsche Fonds voraus, dass für den jeweiligen Fondstyp Darlehen überhaupt zulässige Anlagegegenstände darstellen und die Erlaubnis der Kapitalverwaltungsgesellschaft entsprechende Anlagegegenstände umfasst. Für OGAW sind Darlehen keine zulässigen Anlagegegenstände. Die BaFin hat in ihrem Schreiben darüber hinaus Leitlinien mitgeteilt, welche Besonderheiten bei der Darlehensvergabe zu beachten sind. Zunächst sollen Darlehen nur für Rechnung von geschlossenen Spezial-AIF vergeben werden. Darlehensvergaben an Verbraucher sind nicht zulässig. Ferner sollten keine Darlehen an Personen gewährt werden, wenn dies zu einem Interessenkonflikt führen könnte und dieser durch die Nichtgewährung vermieden werden kann. Als kritische Beispiele hierfür nennt die BaFin eine Darlehensvergabe an die Verwahrstelle, Auslagerungsunternehmen oder die Kapitalverwaltungsgesellschaft selbst. Darlehenvergebende Spezial-AIF sollen u. a. nur in sehr beschränktem Umfang Leverage aufnehmen dürfen, sollen nicht gleichzeitig Darlehen vergeben und Kredite beim Publikum aufnehmen (Vermeidung Qualifizierung als [Einlagen-]Kreditinstitut gemäß CRR), haben Fristentransformationen zu vermeiden (keine Aufnahme von kurzfristigen Krediten zur Finanzierung einer langfristigen Darlehensvergabe) und besondere Vorgaben an das Risikomanagement zu beachten. Die Restrukturierung und Prolongation von erworbenen unverbrieften Darlehen ist unter Berücksichtigung der Produktregelungen des KAGB ebenso nach der geänderten Verwaltungspraxis der BaFin zulässig. Bei offenen Spezial-AIF sollte der Erwerb unverbriefter Darlehensforderungen nach Ansicht der BaFin nicht überwiegend sein (nicht mehr als 50 % des Fondswerts). EU-Fonds, die Darlehen nach Deutschland ver-

[1] Schreiben vom 12. Mai 2015, GZ: WA 41-Wp 2100 – 2015/0001, Änderung der Verwaltungspraxis zur Vergabe von Darlehen sowie zur sog. „Restrukturierung" und Prolongation von Darlehen für Rechnung des Investmentvermögens.



geben, dürften jedoch nicht gehalten sein, diese Anforderungen der BaFin erfüllen zu müssen, da die AIFM-Richtlinie keine Anforderungen diesbezüglich aufstellt, sondern diese Aufgabe an den nationalen Gesetzgeber delegiert.

Diese Änderung der BaFin-Verwaltungspraxis nimmt eine erwartete klarstellende Änderung des KAGB vorweg. ■



Dr. Joachim Kaetzler
ist Partner im Geschäftsbereich Bank-, Finanz- und Kapitalmarktrecht bei CMS Frankfurt.
E joachim.kaetzler@cms-hs.com



Dr. Daniel Voigt, MBA
ist Partner im Geschäftsbereich Bank-, Finanz- und Kapitalmarktrecht bei CMS Frankfurt.
E daniel.voigt@cms-hs.com

Immer wieder Restrukturierung von Anleihen

Die Sanierungsbemühungen von Pfleiderer und Q-Cells scheiterten öffentlichkeitswirksam 2012, die Folgen beschäftigen die Gerichte bis heute.

Hintergrund war in beiden Fällen insbesondere die gescheiterte Restrukturierung ausstehender Schuldverschreibungen, die – in marktüblicher Weise – jeweils von ausländischen Finanzierungstöchtern begeben und durch die deutschen Konzernmütter garantiert wurden. Wirtschaftlich in Schieflage versuchten beide Unternehmen im Rahmen von kurz vor Fälligkeit der Schuldverschreibungen anberaumten Gläubigerversammlungen, die den Emissionen zugrunde liegenden Anleihebedingungen zu ändern. Ziel war insbesondere, eine Stundung der Forderungen durchzusetzen, um einen Ausfall der Anleihen zu vermeiden, der über bestehende Cross-Default-Klauseln die Konzernfinanzierung insgesamt nachhaltig erschüttert hätte.

Beide Unternehmen planten dabei, von den Regelungen des 2009 (also erst nach Begebung der Anleihen) in Kraft getretenen Gesetzes über Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen (SchVG) zu profitieren. Sie beabsichtigten, durch Beschluss der Gläubigerversammlung zunächst für die Anwendung des Gesetzes zu optieren und im zweiten Schritt die in § 5 SchVG normierten „Collective Action Clauses" für die Restrukturierung zu nutzen, die zum Zwecke einer Restrukturierung nachträgliche Änderungen der Anleihebedingungen (insbesondere Stundung, Sicherheitenaustausch, Debt-to-Equity Swaps) mit Wirkung für alle Anleihegläubiger durch Mehrheitsbeschluss erlauben.

§ 24 SchVG enthält eine Übergangsregelung, die es ermöglichen sollte, auch sog. „Altanleihen" (d. h. Anleihen, die vor dem Inkrafttreten des SchVG begeben wurden) in eine Restrukturierung nach dem SchVG einzubeziehen. Hierzu dient das sog. „Opt-in", mit dem Gläubiger von Altanleihen mit qualifizierter Mehrheit entscheiden können, dass die Regelungen des SchVG auf ihre Anleihe Anwendung finden sollen.

In den beschriebenen Fällen wurden die Beschlüsse nach Erreichen des Quorums sowie der notwendigen Mehrheit angefochten. Dem Antrag von Pfleiderer, im Freigabeverfahren die sofortige Vollziehung des Beschlusses zu gestatten, lehnte das LG Frankfurt a. M. jedoch mit der Begründung ab, dass das SchVG nur Anwendung finde, wenn sämtliche Anleihebedingungen deutschem Recht unterliegen (ZIP 2011, S. 2306). Darüber hinaus entschied das LG Frankfurt a. M. im Fall Q-Cells, dass das SchVG schon dann keine Anwendung finde, wenn der Emittent (vorliegend die Finanzierungstochter) im Ausland ansässig sei (ZIP 2012, S. 474).

Beide Begründungen überraschten viele Juristen und Marktteilnehmer. Deutschem Recht unterlagen nur daher nicht „sämtliche" Anleihebedingungen, weil die sog. „Statusklausel" (wie weithin insbesondere bei Altanleihen üblich) auf das ohnehin zwingend anwendbare Gesellschafts- und Insolvenzrechtsstatut der Anleiheschuldnerin (d. h. der ausländischen Finanzierungstochter) verwies. Der Sitz im Ausland sollte zudem dem LG Frankfurt a. M. zufolge nur deshalb einer Anwendung des SchVG entgegenstehen, weil er eine Anwendung des seit 1899 geltenden Vorgängergesetzes das SchVG ausgeschlossen hätte (während das SchVG diesbezüglich keine Einschränkung enthält).

Das OLG Frankfurt a. M. ging im Rahmen der durch die Emittentin erhobenen sofortigen Beschwerde mit Beschluss vom 27. März 2012 über die Ausgangsentscheidung des LG noch hinaus und stellte klar, dass ein Opt-in nach § 24 SchVG nur für solche Anleihen möglich sein solle, deren Bedingungen bereits ausdrücklich die Möglichkeit nachträglicher Änderungen durch Mehrheitsbeschluss vorsehen. Anleihegläubiger von Altanleihen dürften auf die Unveränderlichkeit der Bedingungen vertrauen (Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 (3) GG, Art. 28 (1) GG). Eine Vorlage dieser Frage beim BVerfG erwog das OLG hingegen nicht.

Unmittelbar nach diesem Urteil stellten sowohl Q-Cells als auch Pfleiderer Insolvenzanträge, ein abweichendes Urteil des OLG Schleswig (WM 2014, 744) kam zu spät. Der BGH hätte beide Unternehmen

wohl vor der Insolvenz bewahrt. Mit seinem Urteil vom 1. Juli 2014 (zu Wandel-Genussrechten) stellte der BGH klar, dass ein Opt-in grds. für Altanleihen, die deutschem Recht unterliegen, eröffnet ist (II ZR 381(13)). Maßgeblich sei die Zielsetzung des Gesetzgebers, die Umsetzung von Sanierungsmaßnahmen zu erleichtern, sodass es nicht darauf ankommen könne, ob die ursprünglichen Bedingungen Mehrheitsentscheidungen vorgesehen hätten. Solange der Rückzahlungsanspruch zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des SchVG noch nicht fällig sei, handele es sich zudem weder um eine echte noch um eine unechte Rückwirkung, das Rechtsstaatsprinzip sei daher nicht verletzt. Auch überwiege das Sanierungsinteresse regelmäßig dem Blockadeinteresse einzelner Gläubiger und deren Interesse an unveränderlichen Bedingungen. Die Vorschriften des SchVG seien daher zum Zwecke der Unternehmenssanierung entsprechend dem Willen des Gesetzgebers, der insoweit vorrangig sei, weit auszulegen (RegE aus 2009, Bundestagsdrucksache 16/12814). Die Verbindung von Opt-in-Beschluss und Änderung der Anleihebedingungen in einer Versammlung sei vor diesem Hintergrund ebenfalls möglich.

Etwas überraschend entschied der BGH, dass Beschlüsse zur Änderung von Anleihebedingungen selbst dann für alle Anleihegläubiger bindend seien, wenn – wie im zu entscheidenden Fall – die Schuldverschreibungen bereits fällig waren. Im Ergebnis erklärte der BGH die fraglichen Beschlüsse jedoch für unwirksam, soweit sie von vornherein einzelne Gläubigergruppen ungleich behandeln. Insbesondere sollten im vorliegenden Fall Ausschüttungen nur an Gläubiger erfolgen, die Sanierungsbeschlüsse mittragen. Für die Nichtigkeit solcher Beschlüsse sei keine Anfechtung erforderlich (§ 5 (2) SchVG).

Auch nach dieser weitreichenden Entscheidung bleiben für die Praxis noch zahlreiche Fragen ungeklärt, etwa die Behandlung von Anleihen, deren Klauseln teilweise ausländischem Recht unterliegen, die Reichweite der Kompetenzen der Gläubigerversammlung oder die Behandlung virtueller Gläubigerversammlungen.

Zu hoffen bleibt, dass die Rechtsentwicklung in diesem gesamtwirtschaftlich zentralen Bereich nicht zu viele weitere Opfer fordert – für Pfleiderer und Q-Cells, ihre Mitarbeiter und Gläubiger kam die nötige Rechtssicherheit jedenfalls zu spät. ■



Oliver Dreher, LL.M.
(King's College London)
ist Partner im Geschäftsbereich Bank-, Finanz- und Kapitalmarktrecht bei CMS Frankfurt.
E oliver.dreher@cms-hs.com



Stephan Parrandier, LL.M. (Durham)
ist Rechtsanwalt im Geschäftsbereich Bank-, Finanz- und Kapitalmarktrecht bei CMS Frankfurt.
E stephan.parrandier@cms-hs.com

Zur Verwertung von mit fremden Marken gekennzeichnetem Sicherungsgut durch den Sicherungsnehmer und der Bedeutung des markenrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes, § 24 Abs. 1 MarkenG

Bei der Vergabe von Sicherheiten für offene Forderungen spielt die Übertragung von Eigentum an Waren, an denen der Sicherungsgeber weiterhin Besitz behält und welche er im Rahmen der Sicherungsabrede weiterhin bestimmungsgemäß nutzt, um die gesicherten Forderungen schließlich begleichen zu können, in der Praxis die wichtigste Rolle. Kann er dies nicht, tritt also Verwertungsreife ein, kann der Sicherungsnehmer die zur Sicherung übereigneten Waren entsprechend der Absprache im zugrunde liegenden Sicherungsvertrag verwerten, in der Regel also freihändig verkaufen. Oftmals handelt es sich bei den zur Sicherheit übereigneten Waren um solche, die mit Marken, entweder denen des Herstellers, des Lieferanten oder des Händlers selbst, ausgestattet sind. Wenn hinsichtlich solcher Waren im Rahmen des Sicherungsvertrags Verwertungsreife eintritt, stellt sich die Frage, ob die dem Sicherungsgeber oder einem Dritten zustehenden Rechte an den angebrachten Marken der freien Verwertung des Sicherungsguts durch den Sicherungsnehmer im Wege stehen.

Für die Beantwortung dieser Frage entscheidend ist der im deutschen, europäischen und internationalen Markenrecht verankerte Grundsatz der Erschöpfung.

Gemäß § 24 Abs. 1 MarkenG (betreffend Gemeinschaftsmarken findet sich eine entsprechende Regelung in Art. 13 GMV; bei sogenannten IR-Marken ist die Vorschrift des § 24 Abs. 1 MarkenG gemäß §§ 107, 119 MarkenG entsprechend anzuwenden) hat der Inhaber einer Marke nicht das Recht, einem Dritten zu untersagen, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke (1) von ihm (dem Markeninhaber) oder (2) mit seiner Zustimmung im Inland, in einem der übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum in den Verkehr gebracht worden sind. In diesen Fällen ist das Markenrecht grundsätzlich erschöpft. Dies bedeutet insbesondere, dass der Verkauf der mit der Marke gekennzeichneten Waren keine Verletzung der Markenrechte des Markeninhabers mehr darstellt.

So gilt auch für Waren, die zur Sicherung übereignet wurden, dass deren Verwertung durch freihändigen Verkauf im Inland aus markenrechtlicher Sicht ohne Weiteres möglich ist. Sofern allerdings keine Erschöpfung gemäß vorstehend zitiertem § 24 Abs. 1 MarkenG eingetreten ist, bedeutet die Verwertung durch den Sicherungsnehmer eine Markenrechtsverletzung und ist damit nicht möglich. Das Sicherungseigentum an den Waren ist dann sozusagen durch das Bestehen nicht erschöpfter Markenrechte belastet und entsprechend weniger wert.

Entscheidendes Kriterium bei der Frage, ob im konkreten Fall Erschöpfung gemäß § 24 Abs. 1 MarkenG eingetreten ist, ist die Art des Inverkehrbringens der gekennzeichneten Ware durch bzw. mit Zustimmung des Markeninhabers. Zu unterscheiden ist zunächst zwischen der Situation, in der (1) der Markeninhaber selbst Sicherungsgeber ist, denn bei diesem genügt für den Eintritt der Erschöpfung das Inverkehrbringen durch ihn selbst, und der Fallgestaltung, in der der Lieferant des Siche-

rungsgebers der Markeninhaber ist (2). Innerhalb der letztgenannten Konstellation wiederum ist die Situation, in der der Sicherungsgeber Abnehmer des Markeninhabers ist, von derjenigen zu unterscheiden, in der er Lizenznehmer des Markeninhabers ist und für den Markeninhaber die Waren zuerst in den Verkehr bringt.

Markeninhaber als Sicherungsgeber

§ 24 Abs. 1 MarkenG setzt Art. 7 Abs. 1 der EU-Markenrichtlinie in nationales Recht um und ist deshalb richtlinienkonform auszulegen. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist von einem Inverkehrbringen immer dann auszugehen, wenn der Markeninhaber – bezogen auf eine konkrete Ware – eine Handlung vorgenommen hat, mit der er den wirtschaftlichen Wert der Marke realisiert hat. Dies sei in der Regel dann der Fall, wenn er die Verfügungsgewalt über die Ware willentlich verloren habe. Vor diesem Hintergrund liege ein Inverkehrbringen im Sinne der Vorschrift vor, wenn der Markeninhaber die Verfügungsgewalt über die Ware im Rahmen eines Verkaufs auf den Erwerber übertragen hat (vgl. EuGH Urt. v. 30. November 2004 – C-16/03 Rn. 40, 51 [Peak Holding AB/Axolin-Elinor AB] = GRUR 2005, 507; BGH GRUR 2006 863, Rn. 15 – EX WORKS). Im Falle einer kostenlosen Übertragung der Verfügungsgewalt andererseits würden – so der EuGH – die mit der Marke gekennzeichneten Gegenstände nicht mit dem Ziel vertrieben, auf den Markt vorzudringen, sodass deren wirtschaftlicher Wert nicht realisiert sei. Die kostenlose Abgabe von mit Marken gekennzeichneten Artikeln führe daher grundsätzlich nicht zu einem Inverkehrbringen (EuGH Urt. v. 12. Juli 2011 – C-234/09 Rn. 72 [L'Oréal/eBay u. a.] = GRUR 2011, 1025).

Ist der Markeninhaber Sicherungsgeber, kann bereits in der Sicherungsübereignung selbst ein Inverkehrbringen im Sinne des § 24 Abs. 1 MarkenG zu sehen sein. Die vom EuGH für das Inverkehrbringen verlangte willentliche Übertragung der Verfügungsgewalt liegt in dieser Situation vor. Fraglich mag lediglich sein, ob der wirtschaftliche Wert der Marke im Rahmen einer Sicherungsübereignung realisiert wurde. Zwar wird man kaum davon ausgehen können, dass die Sicherungsübereignung „kostenlos" erfolgte. So geschieht die Sicherungsübereignung als Gegenleistung und zur Sicherung einer Forderung der Bank, ggf. eines Darlehens. Andererseits hat der EuGH die Entscheidung, dass eine kostenlose Übertragung der Verfügungsgewalt nicht ausreiche, damit begründet, dass in diesen Fällen der wirtschaftliche Wert einer Marke nicht realisiert werde, da die Verfügungsgewalt nicht übertragen werde, um auf den Markt der Waren vorzudringen. Hier dürfte zumindest ein Risiko bestehen, dass im Fall der Sicherungsübereignung durch den Markeninhaber mit dieser Argumentation ebenfalls kein Inverkehrbringen angenommen würde, da die Verfügungsgewalt nicht übertragen würde, um – zumindest unmittelbar – auf den Markt der Waren vorzudringen, sondern vielmehr, um eine Forderung der Bank zu sichern. Letztlich spielt dies im Ergebnis indes dann keine Rolle, wenn der freihändige Verkauf der mit – bis dahin – nicht erschöpften Markenrechten ausgestatteten Ware im Sicherungsfall als Inverkehrbringen mit Zustimmung des Markeninhabers anzusehen wäre. Hierfür spricht die vollständige Übertragung des Sacheigentums an den (gekennzeichneten) Waren, verbunden mit der Vereinbarung des freihändigen Verkaufs durch den Sicherungsnehmer im Sicherungsfall. Indes ist zwischen dem Sacheigentum und dem immateriellen Gut der Markenrechte zu trennen. Insofern verbleiben gewisse Risiken, wenn der Sicherungsvertrag keine ausdrückliche Zustimmung zum Vertrieb von Produkten unter der betreffenden Marke enthält. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist nämlich eine konkludente Zustimmung nicht darin zu sehen, dass der Markeninhaber das Eigentum an den mit der Marke versehenen Waren ohne vertragliche Beschränkung überträgt und das übertragene Eigentumsrecht ein Recht auf uneingeschränkten Weiterverkauf umfasst (vgl. EuGH Urt. v. 20. November 2001 – C-414/99 bis C-416/99 Rn. 60 [Zino Davidoff SA/A & G Imports Ltd. (C-414/99); Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd./Tesco Stores Ltd., Tesco plc (C-415/99) und Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd./Costco Wholesale UK Ltd. (C-416/99) Davidoff/Levi Strauss = GRUR Int. 2002, 147; EuGH Urt. v. 3. Juni 2010 – C-127/09 Rn. 39 [Coty Prestige Lancaster Group GmbH/Simex Trading Ag] Coty Prestige/Simex Trading = GRUR 2010, 723). Wenn allerdings innerhalb des Sicherungsvertrags nicht lediglich unbeschränktes Eigentum übertragen wird, sondern der Sicherungsvertrag die ausdrückliche Erlaubnis zum freihändigen Verkauf enthält, so unterscheidet sich diese Konstellation von der der Entscheidung des EuGH zugrunde liegenden Konstellation. In diesem Fall kann eine entsprechende vertragliche Abrede ausreichen, um die für das Inverkehrbringen der gekennzeichneten Ware erforderliche Zustimmung des Markeninhabers annehmen und damit die Verwertung des Sicherungsguts gewährleisten zu können. Dies gilt erst recht, wenn die Verwertung gemäß der jeweiligen Vereinbarung im Sicherungsvertrag auch im Namen des Sicherungsgebers (hier also des Markeninhabers selbst) erfolgen kann. In diesem Fall kann es sich nämlich um ein Inverkehrbringen durch den Markeninhaber selbst handeln. Diese Frage ist allerdings bislang ungeklärt. Aufgrund der sich aus der Rechtsprechung des EuGH verbleibenden Unwägbarkeiten empfiehlt es sich jedoch in jedem Fall, in der vertraglichen Verwertungsabrede einen klarstellenden Zusatz aufzunehmen. Ein solcher könnte etwa wie folgt lauten:

„Der Sicherungsgeber stimmt dem Inverkehrbringen von mit von ihm ggf. gekennzeichneten Marken durch die Bank zu."

Lieferant des Sicherungsgebers ist Markeninhaber

In dieser Konstellation ist die Rechtslage weniger problematisch: Ist der Sicherungsgeber als Großhändler oder Einzelhändler ein Abnehmer des Markeninhabers, dem Letzterer die Waren zuvor verkauft (und die Verfügungsgewalt übertragen) hat, ist Erschöpfung bereits vor Sicherungsübereignung eingetreten. Die Waren können dann ohne Weiteres durch den Sicherungsnehmer verwertet werden. Unter Berufung auf Markenrechte kann diese Verwertung nicht verhindert werden. Es verbleiben lediglich Fälle, in denen der Sicherungsgeber die Waren vom „grauen Markt" importiert hat, also nicht erschöpfte Originalware (oder gar gefälschte Ware) vertreibt. In diesem Fall wird der freihändige Verkauf durch den Sicherungsnehmer in die Rechte des Markeninhabers eingreifen und Ansprüche desselben gegen den Sicherungsnehmer auslösen. Vor diesem Hintergrund ist es empfehlenswert, eine Zusicherung in der Vereinbarung vorzusehen, die wie folgt lauten könnte:

„Der Sicherungsgeber sichert zu, dass das Sicherungsgut frei von Rechten Dritter ist."

Entsprechendes gilt, wenn der Sicherungsgeber Lizenznehmer des Markeninhabers ist und für diesen zum ersten Mal die Waren in den Verkehr bringt. Die Erschöpfung des Markenrechts setzt in diesem Fall voraus, dass der Lizenznehmer mit Zustimmung des Markeninhabers handelt. Diese Zustimmung ist im Lizenzvertrag zu sehen. Beschränkungen der Erschöpfungswirkung durch Abreden im Lizenzvertrag sind nur äußerst eingeschränkt möglich. Um den insoweit verbleibenden Risiken zu begegnen, sollte rein sicherheitshalber ebenfalls die vorstehend genannte Sicherungsklausel aufgenommen werden. ■



Dr. Carsten Menebröcker, LL.M. (NYU)
ist Partner im Geschäftsbereich Bank-, Finanz- und Kapitalmarktrecht bei CMS Köln.
E carsten.menebroecker@cms-hs.com

Finance

Risiken bei der Vereinbarung von Fremdwährungsdarlehen

In der Vergangenheit wurden inländische Darlehen, also etwa Darlehensverträge zwischen deutschen Parteien, die deutschem Recht unterliegen, an Unternehmen und teilweise sogar an Privatpersonen manchmal in anderen Währungen als dem Euro ausgegeben, um sich Zinsvorteile anderer Währungsordnungen zu sichern. Besonders beliebt war dabei etwa der Schweizer Franken. So sollen deutsche Verbraucher Privatdarlehen von mehr als EUR 7 Mrd. in fremden Währungen, vor allem in Schweizer Franken, haben. Nicht zuletzt aufgrund des steilen Wertverfalls des Euro zum Franken nach der Entkoppelung der beiden Währungen durch die Schweizer Nationalbank am 15. Januar 2015 herrscht daher große Verunsicherung über das Finanzierungsinstrument der Fremdwährungsdarlehen. Umso mehr, als auch jenseits von Alleingängen der Notenbanken allgemeine Entwicklungen und plötzliche Ereignisse die Stabilität der Werterwartung an fremde Währungen erschüttern – aktuelle Beispiele sind etwa der anhaltende Verfall des Eurokurswerts zum US-Dollar und die negative Wertentwicklung des Rubels vor dem Hintergrund des gegenwärtigen Ukraine-Konflikts – und die Parteien von Fremdwährungsdarlehensverträgen vor große Probleme stellen können.

Echte oder unechte Fremdwährungsschuld?

Bereits bei der Vereinbarung eines Fremdwährungsdarlehens, d.h. eines Darlehens, bei dem die Valuten in anderen Währungen als dem Euro ausgegeben werden oder zurückzuzahlen sind, ist darauf zu achten, welche Art von Fremdwährungsschuld man vereinbart. Bei einer echten Fremdwährungsschuld vereinbaren die Parteien im Darle-

hensvertrag die Zahlung ausschließlich in der Fremdwährung. Diese Vereinbarung kann auch konkludent getroffen werden, muss aber eindeutig feststellbar sein.

Sollte es an einer derartigen Festlegung fehlen, liegt nur eine sog. „unechte" Fremdwährungsschuld im Sinne des § 244 Abs. 1 BGB vor, d. h., der Schuldner bleibt befugt, die Schuld auch in Euro zu erbringen (Ersetzungsbefugnis). Das gilt nach verbreiteter Auffassung selbst dann, wenn der Darlehensvertrag gar nicht deutschem Recht unterliegt, sondern lediglich die Fremdwährungsschuld im (europäischen) Inland zahlbar ist.

Für die Umrechnung der Schuld ist der Kurswert am Zahlungstag maßgeblich (§ 244 Abs. 2 BGB). Das gilt ebenso in der Vollstreckung, die in Deutschland in Eurobeträgen erfolgt (§§ 803 ff. ZPO) und für die der Kurswert an dem Tag maßgeblich ist, an dem der Verwertungserlös an den Gläubiger ausgekehrt wird. Jedenfalls in der Vollstreckung entschärft sich damit die Frage der Ersetzungsbefugnis, da Befriedigung meist ohnehin nur in Euro erlangt werden kann (§§ 803 ff. ZPO).

Je nach Kursentwicklung der Fremdwährung können diese Regelungen für eine der beiden Parteien sehr nachteilig sein. Jedenfalls fehlt es in diesen Fällen an einer zuverlässigen Planbarkeit. Im Fall des Schweizer Franken, der eine Aufwertung um teilweise 20 Prozentpunkte gegenüber dem Euro erfahren hat, scheint es mehrheitlich die Darlehensnehmer getroffen zu haben, die nun wesentlich mehr Euros aufwenden müssen, um ihre Schulden zu begleichen. Allerdings sind ebenso gut Konstellationen denkbar, in denen sich der Darlehensgeber des Fremdwährungsdarlehens einem Kursverfall seiner Rückzahlungswährung gegenübersieht.

Besonders heikel für Darlehensgeber wird die gesetzliche Zahlungsregelung des § 244 BGB im Falle einer Aufrechnung. Da die Aufrechnung zwar erst mit Zugang der Erklärung wirksam wird, aber auf den Zeitpunkt zurückwirkt, an dem sich die aufzurechnenden Forderungen erstmals aufrechenbar gegenüberstanden (§ 389 BGB), wird dem aufrechnungswilligen Darlehensnehmer ein Hebel gegeben, die Aufrechnung am Kursverlauf des Euro zu orientieren. Maßgeblich ist nämlich der Umrechnungskurs im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung. Er könnte die Erklärung der Aufrechnung verzögern, bis der Eurokurs ein gewünschtes (hohes) Niveau erreicht hat, und so dem Darlehensgeber empfindliche Werteinbußen seiner Darlehensforderung beibringen. Nach einer Auffassung in der Literatur muss der Darlehensnehmer wegen der Rückwirkung der Aufrechnung dann nicht einmal Verzugszinsen, geschweige denn einen Verzugsschadensersatz befürchten, wenn die aufzurechnenden Forderungen sich bereits vor einem etwaigen Zahlungsverzug des Darlehensnehmers aufrechenbar gegenüberstanden.

Parteien von Fremdwährungsdarlehensverträgen ist daher schon im Interesse der festen Planbarkeit zu raten, ausdrücklich eine echte Fremdwährungsschuld zu vereinbaren und die Details der Rückzahlung und des jeweils anwendbaren Umrechnungskurses ausdrücklich im Darlehensvertrag zu regeln.

Umrechnungsklauseln in Privatdarlehen

Lassen sich die Banken vertraglich zusichern, dass der Darlehensnehmer die Kosten für die Rückführung des Darlehens in einer bestimmten Währung, d. h. die Kosten für Wechselkursschwankungen, trägt, führt dies beim Darlehensnehmer zu Kalkulationsrisiken, die nicht immer ganz leicht einzuschätzen sind. Gerade im Verbraucherdarlehensbereich gibt es daher ein hohes, teilweise europarechtlich determiniertes Schutzniveau für Darlehensnehmer. Gegenstand der richterlichen Wirksamkeitskontrolle ist dabei meist die vertragliche Umrechnungsklausel für die Darlehensrückzahlung. Maßstab für die Wirksamkeitsprüfung ist im deutschen Recht vor allem das aus dem AGB-Recht sowie aus spezialgesetzlichen Regelungen wie etwa § 2 Preisklauselgesetz stammende Verbot der unangemessenen Benachteiligung.

Zuletzt hat etwa der EuGH in einer Entscheidung vom 30. April 2014 (Rs. C-26/13 – Káslar u. a./OTP Jelzálogbank Zrt) konkretisiert, was unter einer unangemessenen Benachteiligung zu verstehen ist. Im Wesentlichen ging es um ein Privatdarlehen an ein ungarisches Ehepaar, bei dem die Darlehenssumme vertragsgemäß zwar in ungarischen Forint ausgezahlt wurde und zurückzuzahlen war, jedoch in der internen Bankbuchung in Schweizer Franken umgerechnet wurde. Im Darlehensvertrag war bestimmt, dass der Umrechnungskurs bei der ersten Umrechnung bei Darlehensauszahlung der jeweilige Devisenankaufskurs ist. Bei der Rückzahlung sollten die Tilgungsbeträge in Forint allerdings nach dem Devisenverkaufskurs umgerechnet werden.

Zur Frage der Wirksamkeit der Klausel stellte der Gerichtshof klar, dass wegen des systematisch geringeren Informationsstands des Verbrauchers ein umfassendes Transparenzgebot gelte. Der normal informierte, angemessen aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher müsse durch Informationen der Bank in die Lage versetzt werden, in Anbetracht aller einschlägigen Tatsachen, einschließlich Werbung und Informationen durch den Darlehensgeber, zu wissen, dass zwischen An- und Verkauf der ausländischen Währung eine für ihn negative Differenz entstehen könne. Darüber hinaus aber müsse er auch die für ihn möglicherweise erheblichen wirtschaftlichen Folgen dieser Regelung und damit die Gesamtkosten seines Darlehens einschätzen können. Im entschiedenen Fall habe es an dieser erforderlichen Aufklärung seitens der Bank gefehlt. Weiter entschied der EuGH, dass das ungarische Berufungsge-

richt die wegen der unwirksamen Klausel entstandene Vertragslücke, die den Darlehensvertrag „undurchführbar" gemacht habe, mittels dispositiven nationalen Rechts ausfüllen dürfe.

Offengelassen hat der EuGH allerdings die spannende Frage, ob die Bank auch die wirtschaftlichen Beweggründe für die Verwendung der Klausel offenlegen müsste (nach bisheriger deutscher Dogmatik ist das nicht erforderlich).

Wirtschaftliche Risiken von Kursschwankungen

Neben den geschilderten rechtlichen Fallstricken drohen auch wirtschaftliche Risiken. Führt ein Wertanstieg der ausländischen Währung gegenüber dem Euro dazu, dass der in Euro umgerechnete Basiswert des Darlehens sich erhöht, kommt es nach dem Darlehensvertrag (oder den Banken-AGB) oftmals beim Überschreiten einer vereinbarten 105%-Schwelle zu einem Nachbesicherungsanspruch, der den Darlehensnehmer vor Schwierigkeiten stellen kann, wenn er über keine weiteren werthaltigen Sicherheiten verfügt. Dies ist umso kritischer, als der unerfüllte Nachbesicherungsanspruch meist auch einen Kündigungsgrund unter dem Darlehensvertrag auslösen wird.

Gleiches gilt, wenn ein bestimmter Verschuldungsgrad (Loan-to-Value-Ratio) oder Objektwert (Asset-Value) vereinbart wurde, der durch die Kursentwicklung der Darlehenswährung überschritten wird, sodass ein Kündigungsgrund eintritt. Abhilfe kann bei Verschuldungsgrad-Klauseln dadurch geschaffen werden, dass man einen festen Umrechnungskurs bestimmt. Das Risiko der Nachbesicherung kann man letztlich nur für kurzfristige Kursschwankungen minimieren, indem man etwa einen längeren Zeitraum festlegt, in dem der Kurs eine bestimmte Schwelle über- oder unterschritten haben muss. Beispiel: Der Darlehensbetrag zum jeweiligen Tageskurs umgerechnet übersteigt den zum ursprünglichen Ausgabekurs umgerechneten Darlehensbetrag über einen Zeitraum von sechs Monaten ununterbrochen um 20 %.

Fazit

Bei der Gestaltung von Fremdwährungsdarlehen ist Vorsicht geboten. Sowohl für Darlehensgeber als auch für Darlehensnehmer ist die sorgfältige Gestaltung der Darlehensbeziehung im Hinblick auf die Währungsschuld entscheidend, um Planbarkeit und das gewünschte wirtschaftliche Ergebnis zu erreichen. Risiken durch unvorhergesehene Kursentwicklungen der Darlehenswährung oder unwirksame Preisklauseln lassen sich aber durch eine vernünftige Vertragsgestaltung weitestgehend minimieren.



Dr. Thomas de la Motte
ist Partner im Geschäftsbereich Bank-, Finanz- und Kapitalmarktrecht bei CMS Hamburg.
E thomas.delamotte@cms-hs.com



Dr. Andreas Keller
ist Rechtsanwalt im Geschäftsbereich Bank-, Finanz- und Kapitalmarktrecht bei CMS Hamburg.
E andreas.keller@cms-hs.com

Cross-Border-Finanzierungen durch Versicherungsunternehmen

Versicherungsunternehmen engagieren sich seit einigen Jahren als Darlehensgeber im Rahmen von großvolumigen Immobilienfinanzierungen. In Zeiten eines Niedrigzinsumfeldes für deutsche Immobilienfinanzierungen bieten Versicherungsunternehmen zunehmend auch Finanzierungen für Immobilien in Ländern an, in denen die Margen derzeit noch höher sind als im deutschen Markt. Im Rahmen entsprechender Finanzierungen werden u. a. Gelder von Versicherten investiert, denen z. B. auf Grundlage von Verträgen über Lebensversicherungen ein Garantiezins zugesagt wurde. Dementsprechend ist es notwendig, dass bei Immobilienfinanzierungen Renditen erzielt werden, die die Begleichung des Garantiezinses sicherstellen.

Bei Cross-Border-Finanzierungen ist es erforderlich, dass – ebenso wie bei rein deutschen Transaktionen – den versicherungsaufsichtsrechtlichen Anforderungen, insbesondere des Versicherungsaufsichtsgesetzes und der Anlageverordnung sowie den hierzu ergangenen Verlautbarungen der BaFin, Rechnung getragen wird. Sofern sich Versicherungsunternehmen aus weiteren Ländern an einer Finanzierung beteiligen, sind auch die Vorgaben der einschlägigen ausländischen Rechtsordnungen zu berücksichtigen. Daneben müssen einige weitere Punkte beachtet werden.

Zulässigkeit der Vergabe von Immobiliendarlehen in ausländischen Jurisdiktionen

Zu Beginn einer entsprechenden Transaktion sollte geprüft werden, ob Versicherungsunternehmen, die über keine Banklizenz verfügen, in der entsprechenden Jurisdiktion, in der der Darlehensnehmer seinen Sitz hat und die zu finanzierende Immobilie belegen ist, Immobiliendarlehen vergeben dürfen. Zudem ist die Darlehensgewährung in bestimmten Jurisdiktionen möglicherweise von der Erfüllung weiterer Voraussetzungen (z.B. Anzeige gegenüber den nationalen Aufsichtsbehörden, Beantragung einer Steuernummer) abhängig. Teilweise ist auch erforderlich, dass die Transaktion besonders strukturiert wird (z. B. kann es in einzelnen Jurisdiktionen Versicherungsunternehmen versagt sein, originär Darlehen auszureichen, wohingegen es ihnen erlaubt ist, etwa im Rahmen einer Syndizierung bereits ausgereichte Darlehen zu erwerben).

Vertragsdokumentation

Aus aufsichtsrechtlicher Sicht ist es möglich, dass deutsche Versicherungsunternehmen unter einem ausländischem Recht unterliegenden Darlehensvertrag Darlehen ausreichen. Die Dokumentation muss jedoch den Besonderheiten des deutschen Versicherungsaufsichtsrechts Rechnung tragen. Unter anderem ist es deshalb grundsätzlich erforderlich, dass jedes an der Finanzierung beteiligte Versicherungsunternehmen ein einzelnes Darlehen gewährt, die freie Übertragung der Darlehen durch das Versicherungsunternehmen gewährleistet ist und das Versicherungsunternehmen beim Vorliegen bestimmter Kündigungsgründe das von ihm ausgereichte Darlehen fällig stellen kann. Demzufolge darf die Kündigung in diesen Fällen gerade nicht von einer Entscheidung der Mehrheit der Darlehensgeber abhängig gemacht werden. Insbesondere können nach derzeitiger Ansicht der BaFin auf Versicherungsunternehmen nicht die Regelungen des Rundschreibens Nr. 126 des Verbands deutscher Pfandbriefbanken (VdP) vom 17. Dezember 2012 übertragen werden, ausweislich derer sich Pfandbriefbanken unter bestimmten Voraussetzungen sog. „Majority Lender Clauses" unterwerfen können.

Grundpfandrechtliche Besicherung

Besondere Bedeutung kommt bei Immobilienfinanzierungen naturgemäß der grundpfandrechtlichen Besicherung zu.

Bei der Beteiligung von Versicherungsunternehmen ist insofern darauf zu achten, dass für jedes beteiligte Versicherungsunternehmen



eine erstrangige Grundschuld zur Besicherung des vom entsprechenden Versicherungsunternehmen ausgereichten Darlehens bestellt wird. Ist ein deutsches Kreditinstitut, das ein Refinanzierungsregister führt, an der Finanzierung beteiligt, kommt alternativ die Bestellung einer einzigen erstrangigen Grundschuld zugunsten dieses Kreditinstituts zur Besicherung sämtlicher Darlehen in Betracht. Dies jedoch nur, wenn die Grundschuld von dem entsprechenden Kreditinstitut als Sicherheitentreuhänder gehalten wird und die Übertragungsansprüche der einzelnen Versicherungsunternehmen im Refinanzierungsregister eingetragen werden. Letzteres bietet sich insbesondere dann an, wenn die entsprechende ausländische Rechtsordnung, in deren Geltungsbereich das zu finanzierende Grundstück belegen ist, das Institut mehrerer gleichrangiger erstrangiger Grundschulden nicht kennt und auch keine rechtlichen Alternativkonstellationen verfügbar sind, die den versicherungsaufsichtsrechtlichen Vorgaben genügen. In diesem Zusammenhang können sich Folgeprobleme stellen. Beispielsweise kann es eine strenge Akzessorietät von Grundpfandrechten erforderlich machen, dass das entsprechende Kreditinstitut Inhaber sämtlicher Darlehensforderungen ist und der Akzessorietät auch nicht durch Parallel-Debt-Konstruktionen Genüge getan werden kann bzw. entsprechenden Parallel-Debt-Konstruktionen steuerliche Gesichtspunkte entgegenstehen.

Fazit und Ausblick

Cross-Border-Finanzierungen durch Versicherungsunternehmen bringen eine erhöhte Komplexität gegenüber rein nationalen Transaktionen mit sich. Insofern ist es wichtig, zu einem frühen Zeitpunkt zu klären, wie den Anforderungen der einschlägigen Jurisdiktionen Rechnung getragen werden kann. Insbesondere ist eine Abstimmung mit den Sicherheitentreuhändern der beteiligten Versicherungsunternehmen vor Unterzeichnung der Vertragsdokumentation sicherlich hilfreich und sinnvoll. Etwaige Anmerkungen und Bedenken der Sicherheitentreuhänder können dann in die Gestaltung der Vertragsdokumentation einfließen. Die aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen für Finanzierungen durch Versicherungsunternehmen werden sich im Zuge des Inkrafttretens von Solvency II im Jahr 2016 ändern. Es spricht einiges dafür, dass Solvency II in mancherlei Hinsicht Erleichterungen für die Vergabe von Immobiliendarlehen durch Versicherungsunternehmen bringen wird. ■



Dr. Marc Seibold
ist Partner im Geschäftsbereich Bank-, Finanz- und Kapitalmarktrecht bei CMS Stuttgart.
E marc.seibold@cms-hs.com



Dr. Andreas Grunert
ist Rechtsanwalt im Geschäftsbereich Bank-, Finanz- und Kapitalmarktrecht bei CMS Stuttgart.
E andreas.grunert@cms-hs.com

Restrukturierung in Europa – Scheme of Arrangement – Fall APCOA

Die Ausgangslage

Wie den Pressemitteilungen auf der Internetseite der APCOA PARKING Deutschland GmbH mit Sitz in Stuttgart und der medialen Berichterstattung zu entnehmen ist, hat die APCOA PARKING Group (APCOA) im Dezember 2014 die finale Einigung mit ihren Gläubigern im Rahmen der Restrukturierung ihrer Finanzierung erreicht. Danach konnte die Bilanz um Verbindlichkeiten in Höhe von EUR 440 Mio. bereinigt und die Verlängerung der Kreditlaufzeiten um bis zu sechs Jahre durchgesetzt werden. Die Verhandlungen mit den Gläubigern dauerten nahezu die vergangenen zwei Jahre an. Ohne die Verlängerung der Kreditlaufzeiten wären Kredite in einer Größenordnung von etwa EUR 500 Mio. im April 2014 zur Rückzahlung fällig geworden. Dies hätte sich für APCOA als existenzbedrohend dargestellt.

Der Fall im Kontext europäischen Restrukturierungsrechts

Der Fall ist für das europäische Restrukturierungs- und Insolvenzrecht von hoher Relevanz, da die Durchsetzung der finanziellen Restrukturierungspläne im Rahmen eines Scheme-of-Arrangement-Verfahrens nach englischem Recht erfolgt ist und APCOA weder den Schwerpunkt ihrer Geschäftstätigkeit (COMI) in England hatte noch versucht hat, diesen dorthin zu verlegen. Die Verlegung des COMI ist bei früheren Sanierungsfällen durchgeführt worden, in denen englisches Recht zur Anwendung kommen sollte. Der Vorteil der gewählten Vorgehensweise gegenüber dem bisherigen „COMI-Shifting" liegt in der vergleichsweise geringen Zeit- und Kostenintensität. Besonders die zeitnahe Umsetzung von Sanierungsmaßnahmen ist eine wesentliche Voraussetzung für deren Erfolg.

Die mit dem Fall APCOA verbundenen Entscheidungen des höchsten englischen Zivilgerichts in London sind auch im Licht des englischen Insolvenz- und Sanierungsrechts eine Weiterentwicklung der bisherigen Grundsätze. Liegt der COMI nicht innerhalb englischer Jurisdiktion, ist zumindest eine „ausreichende Verbindung" (sufficient connection) zum englischen Recht erforderlich, um die Zuständigkeit englischer Gerichte zur Bestätigung von Schemes of Arrangement ausländischer Gesellschaften zu begründen.

Diese ausreichende Verbindung hat das zuständige Gericht darin gesehen, dass im Rahmen der Rechtswahlklausel der zugrunde liegenden (Konsortial-)Kreditverträge nachträglich und allein zum Zweck der Zuständigkeitsbegründung englischer Gerichte im Rahmen des Scheme of Arrangement englisches Recht gewählt worden ist.

Dies war möglich, da die Rechtswahlklausel, anders als jene über die Verlängerung der Kreditlaufzeiten, keine Einstimmigkeit unter den Gläubigern erforderte. Die Unterstützung der Gläubiger für das Scheme of Arrangement lag bei ungefähr 90 % des gesamten Kreditvolumens. Für die Beschlussfassung innerhalb eines Scheme of Arrangement ist eine einfache Mehrheit der abstimmenden Gläubiger, die zugleich mindestens 75 % des Forderungsvolumens repräsentieren, erforderlich. Die dissentierenden Gläubiger schienen durch ihre Blockadesituation eine bevorzugte Durchsetzung der eigenen Interessen zu verfolgen.

Für das Gericht war neben der breiten Zustimmung innerhalb der Gläubigerschaft entscheidend, dass die Rechtswirkung des Scheme of Arrangement in den betroffenen Staaten, insbesondere in Deutschland, anerkannt werden würde. Dies ist eine bislang umstrittene und höchstrichterlich nicht eindeutig entschiedene Frage. Dem englischen Gericht lag jedoch ein Gutachten vor, das diesem zur Überzeugung gereicht hat. Die grundsätzliche Möglichkeit der Anerkennung eines Scheme of Arrangement in Deutschland wird in der Literatur überwiegend auf die allgemeine Regelung des Art. 36 Abs. 1 EuGVVO (zuvor Art. 33 Abs. 1 EuGVVO a. F.) gestützt.

Ob ein Scheme of Arrangement gegenüber einem deutschen Insolvenzverfahren, insbesondere einem Schutzschirmverfahren oder der Eigenverwaltung vorteilhaft ist, kann nur mit Blick auf den Einzelfall entschieden werden. Im Fall APCOA bot das englische Recht niedrigere Schwellenwerte bei Entscheidungen

der Gläubigergemeinschaft und ermöglichte deshalb Restrukturierungsmaßnahmen, die im deutschen Recht erst innerhalb eines Insolvenzplanverfahrens möglich gewesen wären. Das Scheme of Arrangement ist jedoch gerade kein Insolvenzverfahren im Sinne des Art. 2 a, Anh. A EuInsVO, da es keine Insolvenzeröffnung durch ein Gericht voraussetzt, sondern unter privatautonomen Grundsätzen abläuft und lediglich durch das Gericht bestätigt werden muss, um Bindungswirkung gegenüber den überstimmten Gläubigern zu entfalten.

Die Ausgestaltung von Kreditverträgen richtet sich in der Regel nach den Empfehlungen der Loan Market Association (LMA). Diese hat ihre Muster inzwischen insoweit geändert, als auch bei Rechtswahlklauseln nun Einstimmigkeit unter den Gläubigern erforderlich ist. Die im Fall APCOA gewählte Vorgehensweise wird sich deshalb nur auf einen geringen Kreis von Fällen übertragen lassen, in denen noch die niedrigeren Schwellenwerte vereinbart worden sind.

Fazit

Neben der grundsätzlichen Tendenz englischer Gerichte, ihre Zuständigkeit weit zu fassen, zeigt der Fall ebenfalls, dass auch nach Einführung des ESUG und mit den damit verbundenen erweiterten Sanierungsmöglichkeiten Sanierungssituationen auftreten können, in denen die Beteiligten ausländisches Recht dem in Deutschland zur Verfügung stehenden Rechtsrahmen vorziehen. Der Fall APCOA ist insofern auch ein Ausfluss der Entscheidung des Gesetzgebers, auf ein geordnetes Sanierungsverfahren außerhalb eines Insolvenzverfahrens bislang zu verzichten. ■



Dr. Alexandra Schluck-Amend
ist Partnerin im Geschäftsbereich Restrukturierung bei CMS Stuttgart.
E alexandra.schluck-amend@cms-hs.com



Nicolas Kreuzmann, LL.M. (corp. restruc.)
ist Rechtsanwalt im Geschäftsbereich Restrukturierung bei CMS Stuttgart.
E nicolas.kreuzmann@cms-hs.com

Aufsichtsrecht

Der einheitliche Aufsichtsmechanismus

Die erste Säule der Bankenunion ist errichtet und hat die Arbeit aufgenommen

„Man hat fast alles reformiert, was man reformieren kann." Mit diesen Worten kommentierte Sabine Lautenschläger – damals noch Bundesbank-Vizepräsidentin, mittlerweile Direktoriumsmitglied der Europäischen Zentralbank (EZB) – im Dezember 2012 die Aufarbeitung der Finanzkrise durch das Reformprojekt „Europäische Bankenunion". Während zwei der tragenden Säulen der Bankenunion – der einheitliche Bankenabwicklungsmechanismus und die europäische Einlagensicherung – noch im „Bau" sind, hat die europaweite Bankenaufsicht unter dem Dach der EZB bereits ihre Arbeit aufgenommen.

Als Teil dieser vereinheitlichten Bankenaufsicht hat die EZB im November 2014 in größtenteils neuer, künftig bis zu 2.500 Mitarbeiter starker Besetzung u. a. die direkte Aufsicht über 120 „systemrelevante" Institute der Eurozone übernommen. Die auch als „Single Supervisory Mechanism" (SSM) bezeichnete, im Wesentlichen auf der Verordnung 1024/2013 (SSM-VO) beruhende neue Bankenaufsicht erschöpft sich jedoch bei Weitem nicht in der Aufsicht über die systemrelevanten Banken. Vielmehr kann die EZB durch den SSM die Aufsicht über jedes Institut in der Eurozone an sich ziehen (Art. 4 (5) lit. b SSM-VO). Modifiziert wurden aber beispielsweise auch die Entscheidungsstrukturen zwischen der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde (EBA) und der EZB.

Die EZB als neue „Superaufsichtsinstanz"

Wenngleich der EZB keine Allzuständigkeit für die Bankenaufsicht zukommt, ist der Katalog der der

EZB zugewiesenen Aufgaben doch umfassend. So ist die EZB gemäß Art. 6 (4) in Verbindung mit Art. 4 (1) lit. a und lit. c der SSM-VO für alle (!) Fragen der Zulassung und die Beurteilung von Anzeigen über den Erwerb oder die Veräußerung von qualifizierten Beteiligungen an Kreditinstituten zuständig.

Zudem übernimmt die EZB zunächst für die 120 „bedeutenden" Institute alle weiteren zentralen Aufsichtsaufgaben, kontrolliert beispielsweise Eigenkapital und Liquidität und überwacht die Großkreditvergabe und den Verschuldungsgrad. Folgerichtig kann die EZB zur Vermeidung oder Beseitigung von Verletzungen aufsichtsrechtlicher Anforderungen Verwaltungsmaßnahmen ergreifen. Diese reichen von Vorgaben zur Mittelverwendung über die Anordnung des Verkaufs von Unternehmensteilen bis hin zum Entzug der Bankerlaubnis (s. insbesondere Art. 14 (5) und Art. 16 (2) SSM-VO).

Die EZB wird bei ihrer Arbeit durch die nationalen Aufsichtsbehörden (National Competent Authorities, NCA) unterstützt. Originäre Zuständigkeiten verbleiben den NCA jedoch nur am Rande (z. B. auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes und der Geldwäschebekämpfung). Denn alle als „weniger bedeutend" eingestuften Institute werden zwar im Grundsatz von den nationalen Aufsichtsbehörden überwacht. Die EZB hat jedoch auch hier „den Hut auf". So kann sie nicht nur Verordnungen und Leitlinien gegenüber den NCA erlassen (Art. 6 (5) lit. a SSM-VO), sondern die Aufsicht über nicht bedeutende Institute auch wie erwähnt an sich ziehen, wenn sie es für erforderlich hält. Dabei gibt es bereits erste Anzeichen, dass die EZB ihr Mandat weit auslegt und diese Kompetenzen nutzen wird. So hat z. B. dem Vernehmen nach einer der Generaldirektoren der EZB bereits angekündigt, sich in Kürze genauer mit Sparkassen und Genossenschaftsbanken als Verbünden von kleineren Banken zu beschäftigen.

Auch im Zulassungsverfahren übernehmen die NCA gewissermaßen nur vorbereitende Tätigkeiten. Entsprechende Anträge sind zwar laut Art. 14 (1) SSM-VO weiterhin bei den NCA einzureichen. Wenn ein Antrag alle gesetzlichen Anforderungen erfüllt, leitet ihn die jeweilige NCA jedoch lediglich mit einer Beschlussempfehlung an die EZB weiter, die dann entscheidet (Art. 14 (2) SSM-VO).

Bislang nicht geklärt ist, ob diese weitreichende Kompetenzübertragung auf die EZB überhaupt von den europäischen Verträgen gedeckt ist. Nicht nur der frühere Verfassungsrichter Udo Di Fabio geht davon aus, dass die „EZB-Bankenaufsicht […] rechtmäßiger Weise nur über eine Vertragsänderung" hätte eingeführt werden dürfen. Eine entsprechende Verfassungsbeschwerde ist beim Bundesverfassungsgericht anhängig.

Rolle der EBA als Koordinator und Lenker in der Not

Auch im Rahmen des SSM ist die EBA weiter hauptsächlich dafür verantwortlich, einheitliche Aufsichtsstandards zu entwickeln. Dies geschieht im Kern durch Fortschreibung eines einheitlichen europäischen Aufsichtshandbuchs („Single Rulebook", s. dazu die Hin- und Verweise in Art. 4 (3) SSM-VO), mit dem nicht zuletzt das Phänomen der „Aufsichtsarbitrage" unterbunden werden soll. Im Übrigen kann die EBA im Rahmen ihrer Koordinierungsaufgabe in gleichem Maße gegenüber der EZB tätig werden wie gegenüber anderen Aufsichtsbehörden. Dadurch kann die EBA u. a. im Krisenfall verbindliche Weisungen gegenüber der EZB erlassen und im Extremfall sogar direkt Anweisungen an Banken richten (vgl. Art. 18 der geänderten EBA-Verordnung 1093/2010). Mit Blick auf die europäische Rechtsordnung und die Unabhängigkeit der EZB erscheint dies als nicht unproblematisch.

Eine neue Ära, die zunächst vor allem Rechtsunsicherheit mit sich bringt

Der neue Aufsichtsmechanismus wird sich an seiner Zweckmäßigkeit und Effektivität im Vergleich zu der Arbeit der nationalen Aufsichtsbehörden messen lassen müssen. Vor allem für die unmittelbar von der EZB beaufsichtigten Banken ist die neue Aufsichtssituation mit Rechtsunsicherheit behaftet. Es mangelt bislang an einer Verwaltungspraxis, die mit derjenigen der nationalen Aufsichtsbehörden vergleichbar wäre. Bedenken bestehen ferner hinsichtlich des Rechtsschutzes gegenüber Rechtsakten der EZB, da es kein (kodifiziertes) europäisches allgemeines Verwaltungsrecht gibt. Es empfiehlt sich, die Entwicklungen hier genau im Auge zu behalten, um vor bösen Überraschungen aufgrund einer geänderten Verwaltungspraxis gefeit zu sein. ■



Dr. Joachim Kaetzler
ist Partner im Geschäftsbereich Bank-, Finanz- und Kapitalmarktrecht bei CMS Frankfurt.
E joachim.kaetzler@cms-hs.com



Hannes Ronken
ist Rechtsanwalt im Geschäftsbereich Bank-, Finanz- und Kapitalmarktrecht bei CMS Frankfurt.
E hannes.ronken@cms-hs.com

Rechtsschutz gegen den einheitlichen Aufsichtsmechanismus

Im April 2015 wurde bekannt, dass mit der süddeutschen L-Bank ein erstes Kreditinstitut aus dem Euroraum dagegen klagt, dass es zukünftig durch die Europäische Zentralbank (EZB) beaufsichtigt werden soll (EuG – T-122/15). Das Institut klagt über Kosten und Bürokratie und strebt offenbar an, unter die Aufsicht von BaFin und Bundesbank zurückzukehren. Die Meldung wirft ein Schlaglicht nicht nur auf den gestiegenen Aufwand der Institute infolge der Errichtung des sog. einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM) mit der Verordnung (EU) 1024/2013 (SSM-VO), sondern insbesondere auf die erheblich gestiegene Rechtsunsicherheit.

Nach dem Wortlaut der SSM-VO nimmt die EZB „ihre Aufgaben innerhalb eines einheitlichen Aufsichtsmechanismus wahr, der aus der EZB und den nationalen zuständigen Behörden besteht. Die EZB ist dafür verantwortlich, dass der einheitliche Aufsichtsmechanismus wirksam und einheitlich funktioniert" (Art. 6 SSM-VO). Da der SSM nicht den Gesetzen der klassischen Mechanik nach Newton folgt, sondern hinter ihm nichts anderes steckt als klassisches Verwaltungshandeln, können Institute sich gegen ihn wehren. Teils unklar ist, mit welchen Rechtsbehelfen, gerichtet an welche staatliche oder suprastaatliche Stelle, dies zu erfolgen hat.

Trennungsprinzip

Wie generell im Europäischen Verwaltungsverbund gilt zunächst das Trennungsprinzip. Vereinfacht gesagt, folgt demnach das Rechtsschutzregime der jeweils handelnden Behörde: Akte der EZB unterliegen der Kontrolle durch die europäischen Gerichte; das dürfte auch dann gelten, wenn die EZB nationales Aufsichtsrecht anwendet. Verwaltungshandeln der nationalen zuständigen Behörden (National Competent Authorities, NCA, Art. 2 Abs. 2 SSM-VO) – in Deutschland regelmäßig der BaFin – wird durch die nationalen Verwaltungsgerichte geprüft. Handeln EZB und NCA eng verzahnt, wie von der SSM-VO vielfach vorgesehen, kann die Zuordnung schwerfallen.

Rechtsschutz gegen Verwaltungshandeln der EZB in ihrem originären Aufgabenbereich

Aufsichtsrechtliche Beschlüsse der EZB in deren originärem Zuständigkeitsbereich (Art. 4 SSM-VO) können die Institute nach den allgemeinen Regeln vor dem Gericht der Europäischen Union (EuG) angreifen – je nach Rechtsschutzziel mit der Nichtigkeitsklage (Art. 263 Abs. 4 AEUV), Untätigkeitsklage (Art. 265 Abs. 3 AEUV) oder Schadensersatzklage (Art. 268, 340 AEUV). Das betrifft vornehmlich die Aufsicht über die bedeutenden CRR-Kreditinstitute (vgl. Art. 6 Abs. 4 und 5 SSM-VO). Wie das deutsche Verwaltungsverfahrensrecht kennt zudem auch die SSM-VO ein Vorverfahren. In dessen Rahmen kann der bei der EZB eingerichtete administrative Überprüfungsausschuss einem Rechtsschutzbegehren selbst abhelfen. Anders als regelmäßig nach deutschem Recht (§ 68 VwGO) hängt von dem Antrag allerdings nicht die Zulässigkeit der Klage ab (Art. 24 Abs. 5 und 6 SSM-VO).

Handelnde Behörde	EZB in ihrem originären Aufgabenbereich		EZB durch Selbsteintritt im originären Aufgabenbereich der NCA	
Art des Handelns	Beschluss	Realakt	Beschluss der EZB durch Selbsteintritt	Realakt der EZB durch Selbsteintritt
Rechtsbehelf	(1) Antrag an den administrativen Überprüfungsausschuss (2) Nichtigkeitsklage vor dem EuG	./.	(1) Antrag an den administrativen Überprüfungsausschuss (2) Nichtigkeitsklage vor dem EuG	./.

Die SSM-VO spricht insoweit ausschließlich von Beschlüssen der EZB. Der Antrag nach Art. 24 Abs. 5 SSM-VO ist demnach gegen bloße Realakte der EZB ebenso wenig statthaft wie die Klage vor dem EuG (vgl. Art. 263 Abs. 4 AEUV). Wie das Beispiel der Veröffentlichung von Stresstest-Ergebnissen zeigt, kann aber auch schlichtes Verwaltungshandeln für Institute gravierende Folgen haben.

Rechtsschutz gegen Verwaltungshandeln im originären Aufgabenbereich der NCA

Unübersichtlicher ist die Lage bei der Aufsicht über die sog. weniger bedeutenden Institute (Less Significant Institutions, LSI). Hier liegt die Aufsicht regelmäßig in den Händen der NCA (vgl. Art. 6 Abs. 4 und 6 SSM-VO). Allerdings darf die EZB nicht nur die Aufsicht über diese Institute durch Selbsteintritt an sich ziehen (Art. 6 Abs. 5 lit. b SSM-VO), sondern auch gegenüber den NCA Verordnungen, Leitlinien und allgemeine Weisungen erlassen (Art. 6 Abs. 5 lit. a SSM-VO).

Erscheint der Rechtsweg im Falle des Selbsteintritts der EZB noch relativ klar, wirft unwillkommenes Verwaltungshandeln der NCA auf Verordnung, Leitlinie oder allgemeine Weisung der EZB hin die Frage auf, ob das Institut den nationalen Rechtsbehelf gegen das Verwaltungshandeln der NCA wählen muss. Denn unter dem Gesichtspunkt der Drittbetroffenheit kommt daneben die Nichtigkeitsklage vor dem EuG unmittelbar gegen die Verordnung, Leitlinie oder Weisung der EZB in Betracht, wenn das Institut diese kennt. In der Literatur wird deshalb die Ansicht vertreten, das Institut müsse vorsichtshalber beide Rechtsbehelfe parallel einlegen. Gegen die Statthaftigkeit der Klage unmittelbar vor dem EuG spricht freilich, dass etwa eine verwaltungsinterne Weisung nicht unmittelbar Rechtswirkungen für das Institut entfaltet. Umgekehrt konfligiert die Prüfung des NCA-Handelns durch das nationale Gericht mit dem Grundsatz, dass die EZB nur der Kontrolle durch EuG und EuGH unterliegt.

Spannend dürfte schließlich werden, ob und wie die NCA selbst bzw. die hinter ihr stehenden Regierungen sich gegen interne Weisungen durch die EZB wehren werden.

Ausblick

Nach Vorstellung des europäischen Gesetzgebers bildet die EZB mit den NCA der teilnehmenden Staaten bei der Beaufsichtigung der Kreditinstitute eine konsistente Einheit. In der praktischen Umsetzung dürfte insbesondere problematisch werden, dass die Kooperation zwischen der europäischen und der nationalen Ebene ihre Spielregeln erst noch finden muss. Das wirkt sich nicht zuletzt zulasten der beaufsichtigten Institute aus. Sie werden nicht umhinkommen, im Konfliktfall mitunter mehrere Rechtswege zu beschreiten. Ein weiterer Nachteil der neuen Rechtslage ist, dass der Rechtsschutz gegen das Verwaltungshandeln der EZB per se geringer ist als etwa im deutschen Verwaltungsrecht.

Rechtsunsicherheit erzeugt generell, dass das letzte Wort bei der EZB liegt. Denn das Gros der Streitfälle dürfte somit – wie auch in dem eingangs erwähnten Fall – gerade in den Bereich fallen, in dem die Regeln noch unklar sind. Das wird so bleiben, bis durch das – seinerseits nicht reibungslose – Zusammenspiel der nationalen und europäischen Gerichte die bestehenden Rechtsschutzlücken gefüllt sind und ein europäisches allgemeines Verwaltungsrecht entwickelt ist. ■



Dr. David Kräft
ist Rechtsanwalt im Geschäftsbereich Bank-, Finanz- und Kapitalmarktrecht bei CMS Frankfurt.
E david.kraeft@cms-hs.com

NCA in ihrem originären Aufgabenbereich aus eigener Initiative		NCA in ihrem originären Aufgabenbereich auf Weisung der EZB	
Verwaltungsakt	Realakt	Verwaltungsakt der NCA auf Weisung/Leitlinie der EZB	Realakt der NCA auf Weisung/Leitlinie der EZB
Nationaler Rechtsbehelf; in D: regelmäßig Widerspruch + Anfechtungs-/Verpflichtungsklage	Nationaler Rechtsbehelf; in D: Unterlassungs- oder Feststellungsklage	Str.: Nichtigkeitsklage vor dem EuG oder nationaler Rechtsbehelf (D: Widerspruch + Anfechtungsklage)	Str.: Nichtigkeitsklage vor dem EuG oder nationaler Rechtsbehelf (D: Unterlassungs- oder Feststellungsklage)

PSD 2 – Gutscheinkarten, Bonussysteme, Tank- und Kundenkarten künftig nur mit ZAG-Lizenz?

Einleitung

Die Zahlungsdiensterichtlinie vom 13. November 2007 (Richtlinie 2007/64/EG – Payment Services Directive = PSD) hat erstmals einen aufsichtsrechtlichen Rahmen für die Erbringung von Zahlungsdiensten geschaffen. In Deutschland wurden die europäischen Bestimmungen im Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG) umgesetzt. Inzwischen veröffentlichte die Europäische Kommission zum Zweck der Förderung von Wettbewerb, Effizienz und Innovation im elektronischen Zahlungsverkehr sowie der Schaffung von Rechtsklarheit und gleichen Wettbewerbsbedingungen am 24. Juli 2013 den Vorschlag einer Richtlinie für Zahlungsdienste im Binnenmarkt (Payment Services Directive 2 = PSD 2), mit der die erste Zahlungsdiensterichtlinie umfangreich geändert werden soll. Die neue Zahlungsdiensterichtlinie durchläuft derzeit den Prozess der EU-Gesetzgebung. Mit einem Inkrafttreten ist im Laufe dieses Jahres zu rechnen. Im Rahmen der PSD 2 soll einerseits der Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeweitet werden, andererseits ist eine Einschränkung der bisherigen Ausnahmebestimmungen beabsichtigt.

Die bisherige Ausnahme für „begrenzte Netze“

Die in der PSD vorgesehene Ausnahme für sog. begrenzte Netze, die das Ziel verfolgte, die Sicherheit der Guthaben zu gewährleisten und Geldwäsche einzudämmen, hat der deutsche Gesetzgeber in § 1 Abs. 10 Nr. 10 ZAG umgesetzt. Keine Zahlungsdienste sind danach Dienste, die auf Instrumenten beruhen, die für den Erwerb von Waren oder Dienstleistungen nur in den Geschäftsräumen des Ausstellers (Alt. 1) oder im Rahmen einer Geschäftsvereinbarung mit dem Aussteller entweder für den Erwerb von Waren oder Dienstleistungen innerhalb eines begrenzten Netzes von Dienstleistern (Alt. 2) oder für den Erwerb einer begrenzten Auswahl von Waren oder Dienstleistungen (Alt. 3) verwendet werden können.

Die bisherige Ausnahme des begrenzten Netzes enthält einige auslegungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe, was dazu führt, dass die Grenze zwischen erlaubnispflichtigem und erlaubnisfreiem Geschäft bisweilen fließend ist und die Anwendung der Ausnahme eine Frage des Einzelfalls bleibt. Dementsprechend hat sich auch die bisherige Praxis in Deutschland hinsichtlich der Anwendung dieser Ausnahmebestimmung als schwierig erwiesen. Es lässt sich jedoch feststellen, dass die BaFin die Ausnahme des begrenzten Netzes im Vergleich zu anderen EU-Mitgliedstaaten eher restriktiv ausgelegt hat. Insbesondere hat die BaFin versucht, den Anwendungsbereich der Ausnahme für begrenzte Netze in geografischer Hinsicht einzugrenzen, ebenso wie im Hinblick auf den Umfang der mit der Karte zu erwerbenden Produkte.

Änderungen durch PSD-2-Vorschlag

Die Überarbeitung der Ausnahmebestimmung für begrenzte Netze war nach Ansicht der EU-Kommission erforderlich, weil diese Ausnahme zunehmend auf große Netze mit hohen Zahlungsvolumina und einer breiten Produkt- und Dienstleistungspalette angewandt wurde. Diese Nutzung sei nach Ansicht der EU-Kommission nicht mehr vom Zweck der Ausnahmeregelung umfasst und führe dazu, dass hohe Zahlungsvolumina außerhalb des Anwendungsbereichs des Rechtsrahmens bleiben und ein Wettbewerbsnachteil für

Akteure auf regulierten Märkten entstehe. Durch die Überarbeitung der Ausnahmeregelung sollen diese Risiken verringert werden. Die neue Ausnahme für begrenzte Netze sieht vor, dass Dienste, die nunmehr auf „spezifischen Instrumenten" beruhen, ausgenommen sein sollen. Diese müssen ferner zur „Erfüllung bestimmter Bedürfnisse" geschaffen und „begrenzt einsetzbar" sein. Im Übrigen bleibt es trotz einer Umstellung im Wortlaut der Ausnahmebestimmung bei den drei im vorstehenden Absatz beschriebenen Alternativen.

Mit der Verwendung der neuen begrenzenden Tatbestandsmerkmale „spezifische Instrumente", „Erfüllung bestimmter Bedürfnisse" und „begrenzt einsetzbar" beabsichtigt die EU-Kommission eine Beschränkung der Ausnahmebestimmung des begrenzten Netzes. Wie diese Rechtsbegriffe in der Praxis ausgelegt und verwendet werden, bleibt jedoch unklar. Eine generelle Ausnahme mit einem Schwellenwert für kleinere Systeme, wie von einigen Stimmen im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens gefordert, wurde von der EU-Kommission nicht aufgenommen. In Erwägungsgrund 12 der PSD 2 stellt die Kommission klar, dass unter die Ausnahme für begrenzte Netze solche für Zahlungsinstrumente fallen sollen, die nur für den Erwerb von Waren und Dienstleistungen in einem bestimmten Geschäft oder einer Ladenkette oder, unabhängig vom geografischen Standort der Verkaufsstelle, nur für eine begrenzte Auswahl von Waren und Dienstleistungen verwendet werden können. Als Beispiele werden angeführt: Kundenkarten, Tankkarten, Mitgliedskarten, Fahrkarten, Essensgutscheine oder Gutscheine für andere Dienstleistungen, und zwar so lange, wie ein solches Instrument mit einem bestimmten Verwendungszweck nicht zu einem Instrument zur allgemeinen Verwendung wird. Als Instrument zur allgemeinen Verwendung angesehen wird ein solches, das Einkäufe in Geschäften verschiedener angeschlossener Händler ermöglicht.

Diese Neudefinition der begrenzten Netze ist vielfach kritisiert worden, zum einen, da noch immer keine zweifelsfreie Abgrenzung des Anwendungsbereichs möglich ist, zum anderen aber auch, da der beabsichtigte Zweck, die Verfolgung der Geldwäscheprävention und die Sicherung der Kundengelder, verfehlt wird. Eine Anwendung der Ausnahmebestimmung für Systeme mit typischerweise großen Volumina – wie Tankkartensysteme – soll grundsätzlich weiterhin zulässig sein. Ebenso sollen Gutscheine in Papierform weiterhin ausdrücklich von der Anwendung der Erlaubnispflicht ausgeschlossen sein. Auch wird mit guten Gründen bezweifelt, ob z. B. Gutscheinkarten, die innerhalb eines Konzerns oder unternehmensübergreifend eingesetzt werden können, tatsächlich zur Geldwäsche genutzt werden.

Meldepflicht für Tätigkeit im Rahmen begrenzter Netze

Im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage sieht der PSD-2-Entwurf eine Meldepflicht für Zahlungsdienstleister, die beabsichtigen, Tätigkeiten im Rahmen eines begrenzten Netzes anzubieten, vor. Damit können Zahlungsdienstleister nicht zunächst ihre Tätigkeit aufnehmen und selbst entscheiden, ob die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands des begrenzten Netzes erfüllt sind, sondern benötigen zwingend vor Aufnahme ihrer Tätigkeit eine behördliche Prüfung bei Überschreitung eines Schwellenwerts von EUR 1 Mio. bei den ausgeführten Zahlungsvorgängen im Monat. Erforderlich ist in diesem Fall ein Antrag auf Anerkennung als begrenztes Netz. Es ist vorgesehen, dass die zuständige Behörde innerhalb eines Monats eine Entscheidung über den Antrag trifft und die als begrenztes Netz zugelassenen Unternehmen in einem öffentlichen Register bekannt gemacht werden.

Für Unternehmen, die neu auf dem Markt sind, bedeutet diese Änderung, dass zwingend ein entsprechendes Antragsverfahren durchgeführt werden muss und dies zeitlich sowie inhaltlich in den Prozess zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit einzuplanen ist. Gleiches gilt auch für Unternehmen, die ohne Abstimmung mit der BaFin von der Ausnahme Gebrauch machen.

Fazit

Generell stehen mit der PSD 2 Kartensysteme wie unternehmensübergreifend einlösbare elektronische Gutscheinkarten und geldwerte Bonusprogramme auf dem Prüfstand, wenn diese nicht nur in einem eng begrenzten geografischen Raum oder für den Erwerb eines begrenzten Warensortiments verwendet werden können. Auch wenn die BaFin die Ausnahmeregelung des begrenzten Netzes bereits heute restriktiv ausgelegt hat, sind Unternehmen, die von der Ausnahmebestimmung Gebrauch machen oder dies beabsichtigen, künftig gezwungen, einen Antrag auf Anerkennung als begrenztes Netz zu stellen. Auch sollten Unternehmen, die die Beantragung einer Erlaubnis nach dem ZAG in Betracht ziehen, den erforderlichen Zeitaufwand für das Erlaubnisverfahren von sechs bis zwölf Monaten sowie die geldwäscherechtlichen Pflichten zur Identifizierung der Kunden berücksichtigen. Eine Prüfung der Rechtslage im Hinblick auf die PSD 2 und eine Identifizierung eines etwaigen Handlungsbedarfs sollten daher von den betroffenen Unternehmen rechtzeitig erfolgen. ■



Kati Meister
ist Rechtsanwältin im Geschäftsbereich Bank-, Finanz- und Kapitalmarktrecht bei CMS Berlin.
E kati.meister@cms-hs.com

Umsatzsteuerbefreiung bei Leistungen an eine Bank im Zusammenhang mit dem Betrieb von Geldautomaten

Mit Urteil vom 23. Oktober 2014 – 6 K 1465/12 – entschied das FG Rheinland-Pfalz, dass die Umsätze eines (Outsourcing-)Dienstleisters aus dem Betrieb von Geldautomaten gemäß § 4 Nr. 8 Buchst. d) UStG steuerbefreit sind.

Zwischen der Klägerin und einer inländischen Bank bestand während des Streitjahrs (2005) ein „Miet-, Wartungs- und Processing-Vertrag über Geldautomaten". Gegenstand dieses Vertrags waren die Versorgung, Wartung und Instandhaltung der Geldautomaten der Bank und die damit verbundene Datenverarbeitung („Rundum-sorglos-Paket"). Konkret oblag es der Klägerin, neben der Zurverfügungstellung von funktionsfähigen, d. h. mit der notwendigen Software und Hardware ausgestatteten Geldautomaten eigenverantwortlich die Befüllung der Geldautomaten mit seitens der Bank zur Verfügung gestellten Barmitteln vorzunehmen und die Auszahlung ebendieser bei einer zuvor erfolgreich durchgeführten Autorisierung zu veranlassen. Ein eigener Entscheidungsspielraum stand der Klägerin diesbezüglich nicht zu. Die im Rahmen eines Auszahlungsvorgangs von der Klägerin erstellten Datensätze leitete diese daraufhin an die Bank weiter.

Nach Auffassung des Gerichts hat die Klägerin gegenüber der Bank eine einheitliche Leistung mit Haupt- und Nebenleistungen erbracht. Dies ergebe sich zum einen aus dem zwischen der Klägerin und der Bank vereinbarten Gesamtpreis und zum anderen aus dem Umstand, dass die Klägerin ihre Leistungen immer als Gesamtpaket angeboten habe. Die Hauptleistung bestehe in der Ermöglichung der Auszahlung von Bargeld an Geldautomaten.

Die einheitliche Leistung sei auch steuerfrei gemäß § 4 Nr. 8 Buchst. d) UStG. Die einzelnen Dienstleistungen der Klägerin erfüllten die spezifischen und wesentlichen Leistungselemente der steuerfreien Leistung (Umsatz im Zahlungsverkehr) und bewirkten rechtliche und finanzielle Änderungen. Insofern übernimmt das Gericht die durch den EuGH mit Urteil vom 5. Juni 1997 – C-2/95 – gebildeten Entscheidungskriterien zur Bestimmung der Umsatzsteuerpflicht von Dienstleistungen eines für eine Bank tätigen Rechenzentrums.

Gegen das Bewirken von rechtlichen und finanziellen Änderungen sprach im Entscheidungsfall, dass die Klägerin zu keinem Zeitpunkt Eigentümerin der ausgegebenen Barmittel wurde. Nach Auffassung des Gerichts kommt es aber nicht darauf an, ob die Änderungen unmittelbar durch die Klägerin bewirkt werden. Ausreichend sei, dass die Leistungen in einem hinreichend engen Verhältnis zu den durch die Bank herbeigeführten Änderungen stehen. Insoweit sei ausreichend, dass die Klägerin an der Auszahlung der Barmittel mitwirkte und für die Datenverarbeitung im Rahmen des Transaktionsvorgangs verantwortlich gewesen ist.

Gegen das Urteil wurde Revision eingelegt (Az. V R 6/15) und es bleibt abzuwarten, ob der BFH die u. E. zutreffende Entscheidung des FG Rheinland-Pfalz bestätigt. Auf Grundlage der Revisionsentscheidung wird auch zu überlegen sein, welche Auswirkungen sich für das Outsourcing in anderen Bereichen des Bankgeschäfts ergeben, etwa für das sogenannte Kreditkartenprocessing. ■



Dr. Tillman Kempf
ist Partner im Geschäftsbereich Bank-, Finanz- und Kapitalmarktrecht bei CMS Frankfurt.
E tillman.kempf@cms-hs.com

Haftung für verbotswidrige Auszahlungen aus dem Vermögen einer GmbH & Co. KG an ihre Gesellschafter

Auszahlungen aus dem Vermögen einer KG an ihre Gesellschafter sind zwar nach den handelsrechtlichen Regelungen für die Kommanditgesellschaft grundsätzlich erlaubt und ziehen gemäß § 172 Abs. 4 HGB ggf. „lediglich" ein Wiederaufleben der summenmäßig begrenzten Haftung der Kommanditisten auf ihre Einlage nach sich. Allerdings können solche Auszahlungen aus dem Vermögen einer GmbH & Co. KG zu einem Verstoß gegen das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG führen, wonach das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen einer GmbH nicht an ihre Gesellschafter ausgezahlt werden darf. Insbesondere ist eine Auszahlung aus dem Vermögen einer GmbH & Co. KG an einen Kommanditisten, der zugleich Gesellschafter der Komplementär-GmbH ist, entsprechend § 30 Abs. 1 GmbHG verboten, wenn dadurch das Vermögen der Komplementär-GmbH unter die Stammkapitalziffer sinkt oder eine Unterbilanz der Komplementär-GmbH vertieft wird. Für solche verbotswidrigen Auszahlungen haftet der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH grundsätzlich – neben dem Zahlungsempfänger – persönlich gegenüber der KG. Die entsprechende Rechtsprechung hierzu führt der Bundesgerichtshof (BGH) mit seinem Urteil vom 9. Dezember 2014 (Az. II ZR 360/13) fort und grenzt sie zu anderen Fallkonstellationen ab.

Hintergrund

Auszahlungen aus dem Vermögen einer GmbH & Co. KG können insbesondere deshalb zur Unterschreitung der Stammkapitalziffer oder Vertiefung einer Unterbilanz bei der Komplementär-GmbH führen, weil für die Komplementär-GmbH stets das Risiko besteht, für Verbindlichkeiten der KG in Anspruch genommen zu werden (vgl. §§ 128, 161 Abs. 2 HGB). Dieses Risiko erhöht sich und zugleich ist der nach einer entsprechenden Inanspruchnahme gemäß § 110 HGB bestehende Ersatzanspruch der Komplementär-GmbH gegen die KG ganz oder teilweise wertlos (und dementsprechend ggf. nicht mehr oder nicht vollständig aktivierbar), wenn sich die Vermögenssituation der KG verschlechtert. Ist die Komplementär-GmbH auch vermögensmäßig an der GmbH & Co. KG beteiligt, mindert sich außerdem der Wert dieser Beteiligung bei einer Schmälerung des KG-Vermögens, was bei der Komplementär-GmbH selbst eine außerordentliche Abschreibung der KG-Beteiligung notwendig machen kann.

Sachverhalt des BGH-Urteils

Dem Urteil des BGH liegt (vereinfacht) folgender Sachverhalt zugrunde: An einer GmbH & Co. KG ist neben der Komplementär-GmbH auch eine natürliche Person als (weiterer) Komplementär beteiligt. Der Gesellschafter der Komplementär-GmbH, der zugleich indirekter Kommanditist der KG ist, ließ sich für private Zwecke Entnahmen (rund EUR 3 Mio.) aus dem Vermögen der KG auszahlen. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der KG nahm der Insolvenzverwalter den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH auf Zahlung von Schadensersatz an die KG in Höhe der Entnahmen in Anspruch (§ 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG i.V.m. § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG).

Lösung des BGH

Der BGH entschied, dass eine Haftung gemäß § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG für verbotene Auszahlungen an den Gesellschafter der Komplementär-GmbH, der zugleich Kommanditist ist, grundsätzlich nicht deshalb ausscheidet, weil neben der GmbH zusätzlich auch eine natürliche Person als Komplementär unbeschränkt haftet. Die Beteiligung einer natürlichen Person als Komplementär habe jedoch inso-



weit Auswirkungen, als bei der Prüfung der Entstehung bzw. Vertiefung einer Unterbilanz der GmbH ein Freistellungs- bzw. Ausgleichsanspruch der GmbH gegen den Mitkomplementär aus § 426 Abs. 1 BGB zu aktivieren sei; dies jedoch freilich nur, soweit dieser realisierbar ist.

Abgrenzung zu Auszahlungen an „Nur-Kommanditisten"

Anders ist die Rechtslage nach Ansicht des BGH dann, wenn eine Auszahlung an einen „Nur-Kommanditisten" erfolgt, d.h. an einen Kommanditisten, der nicht zugleich auch an der Komplementär-GmbH beteiligt ist. Denn die Haftung nach § 30 Abs. 1 GmbHG für eine mittelbare Auszahlung aus dem gebundenen Vermögen der GmbH setze voraus, dass der Zahlungsempfänger für die Ausstattung der Gesellschaft mit haftendem Kapital verantwortlich ist. Das sei zwar bei demjenigen, der (auch) GmbH-Gesellschafter ist, immer der Fall. Dagegen könne beim „Nur-Kommanditisten" eine solche Verantwortlichkeit für die Kapitalausstattung auch der GmbH und damit für die verbundene Gesellschaft jedoch im Regelfall nur angenommen werden, wenn nicht auch eine natürliche Person unbeschränkt als Komplementär haftet, die ansonsten für die Kapitalausstattung der Kommanditgesellschaft zumindest mitverantwortlich wäre. Demzufolge fallen Auszahlungen an „Nur-Kommanditisten" grundsätzlich dann nicht unter das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, wenn an der GmbH & Co. KG auch eine natürliche Person als Komplementär beteiligt ist.

Zusammenfassung und Praxistipp

Ist in einer GmbH & Co. KG neben der Komplementär-GmbH auch eine natürliche Person persönlich haftender Gesellschafter, scheidet eine Haftung nach § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG infolge von Auszahlungen an einen „Nur-Kommanditisten" regelmäßig aus. Anders ist dies in Fällen, in denen der Kommanditist, an den oder zu dessen Gunsten die Auszahlung aus dem Vermögen der KG erfolgt, gleichzeitig an der Komplementär-GmbH beteiligt ist. Sofern an Finanzierungsvereinbarungen, z. B. als Garantiegeber oder Sicherheitenbesteller, auf „unterer Ebene" einer Unternehmensgruppe eine GmbH & Co. KG beteiligt ist, sollte auf diese Differenzierung tunlichst auch bei der Verhandlung sog. „Limitation Languages" geachtet werden. Diese im Rahmen unseres Newsletters u. a. vom Dezember 2014 bereits besprochenen Regelungen werden, insbesondere zur Vermeidung persönlicher Haftungsrisiken von Geschäftsführern, üblicherweise in Kredit- und Kreditsicherheitenverträgen vereinbart, wenn Tochtergesellschaften für (Kredit-) Verbindlichkeiten eines direkten oder indirekten Gesellschafters eine Garantie oder sonstige Mithaftung übernehmen oder Kreditsicherheiten bestellen. ■



Dr. Peter Ruby
ist Partner im Geschäftsbereich Bank-, Finanz- und Kapitalmarktrecht bei CMS Stuttgart.
E peter.ruby@cms-hs.com



Dr. Andreas Grunert
ist Rechtsanwalt im Geschäftsbereich Bank-, Finanz- und Kapitalmarktrecht bei CMS Stuttgart.
E andreas.grunert@cms-hs.com

Rechtsprechung

Insolvenzrechtliche Einordnung von Rückforderungsansprüchen wegen ungerechtfertigter Rückbuchungen durch den Insolvenzverwalter

In einer aktuellen Entscheidung (BGH, Urteil vom 29. Januar 2015 – IX ZR 258/12) hat der BGH sich zu der Frage geäußert, wie Rückforderungsansprüche einer kontoführenden Bank des Schuldners, die darauf beruhen, dass der sog. schwache vorläufige Insolvenzverwalter zu Unrecht Rückbuchungen veranlasst hat, insolvenzrechtlich einzuordnen sind.

Die Beantwortung dieser Frage hängt maßgeblich davon ab, ob die Auszahlung vor oder nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt: Sofern die Auszahlung vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt ist, gilt der Rückzahlungsanspruch nicht als Masseverbindlichkeit, anderenfalls kann die Rückzahlung nach § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO in voller Höhe vorab als Masseforderung zurückverlangt werden.

Sachverhalt

Die Klägerin, welche in Österreich das Mautsystem betreibt, beauftragte im Jahr 2006 die Schuldnerin mit dem Vertrieb von Mautwerten in Deutschland. Die vertraglichen Vereinbarungen sahen vor, dass Barzahlungen der Kunden von der Schuldnerin im Namen und im Auftrag der Klägerin entgegengenommen und spätestens am zweiten auf den Zahlungstag folgenden Tag von der Klägerin von einem Konto der Schuldnerin bei einer deutschen Bank (nachfolgend „Schuldnerbank") eingezogen wurden.

Ende Juli 2008 wurde die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin beantragt und der Beklagte zum sog. schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter im Sinne von § 22 Abs. 2 InsO bestellt, d. h., das Insolvenzgericht ordnete einen Zustimmungsvorbehalt an, verhängte aber kein allgemeines Verfügungsverbot gegen die Schuldnerin. Zudem ermächtigte es den Beklagten, Bankguthaben und sonstige Forderungen der Schuldnerin einzuziehen und Gelder entgegenzunehmen.

Auf Verlangen des Beklagten buchte die Schuldnerbank Lastschrifteinzüge im Gesamtbetrag von ca. EUR 65.000 zurück, welche die Klägerin für den Zeitraum von Ende Mai 2008 bis Ende Juli 2008 veranlasst hatte.

Am 1. Oktober 2008 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt.

Die Klägerin verlangt, nachdem sie sich die Ansprüche der Schuldnerbank abtreten ließ, vom Beklagten aus der Insolvenzmasse Zahlung der zurückgebuchten Beträge in Höhe von ca. EUR 65.000. Zur Begründung führt sie aus, dass die zurückgebuchten Beträge von der Schuldnerin vor der Rückbuchung bereits konkludent genehmigt gewesen seien und die Schuldnerin daher aufgrund der Rückbuchungen ungerechtfertigt bereichert sei.

Entscheidung des Gerichts

Der BGH hat entschieden, dass der bereicherungsrechtliche Anspruch auf Rückzahlung der zurückgebuchten

Beträge der Schuldnerbank keine Masseverbindlichkeit darstellt, wenn die Rückzahlung vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt ist.

Er hat das Urteil der Vorinstanz insoweit bestätigt, als dieses festgestellt hat, dass Belastungsbuchungen der Schuldnerbank auf dem Konto der Schuldnerin noch vor den gegenläufigen Erklärungen des Beklagten von der Schuldnerin konkludent genehmigt worden waren: Dies sei nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung regelmäßig dann der Fall, wenn es sich für die Bank erkennbar um regelmäßig wiederkehrende Lastschriften aus einer laufenden Geschäftsbeziehung handelt, die der Kontoinhaber in der Vergangenheit bereits einmal genehmigt hat, was vorliegend der Fall gewesen sei.

Sodann hat der BGH ausgeführt, dass durch die Rückbuchungen im Verhältnis der Schuldnerin zu der Schuldnerbank (Deckungsverhältnis) keine Ansprüche der Klägerin gegenüber der Schuldnerin entstanden sind (Valutaverhältnis).

Interessanter sind aber die darauffolgenden Ausführungen zur Begründetheit der von der Schuldnerbank an die Klägerin abgetretenen Ansprüche aus dem Deckungsverhältnis gegenüber der Schuldnerin.

Maßgeblich für die insolvenzrechtliche Einordnung des Rückforderungsanspruchs ist dabei der Zeitpunkt, in dem der zurückgebuchte Betrag an den Beklagten bzw. die Schuldnerin zurückgezahlt wurde. Dies ergibt sich nach dem BGH aus den nachfolgenden Erwägungen: Wurde eine Lastschriftbuchung bereits konkludent genehmigt, bevor der vorläufige Insolvenzverwalter diese Genehmigung versagt, so geht die in dem Rückbuchungsverlangen liegende Versagung der Genehmigung ins Leere. Wird die Rückbuchung aufgrund des Widerspruchs des vorläufigen Insolvenzverwalters durch die Schuldnerbank eingeleitet, so will diese ihrer vermeintlichen girovertraglichen Pflicht zur Kontoberichtigung nachkommen. Aufgrund der wirksamen konkludenten Genehmigung besteht tatsächlich aber keine solche Pflicht. Daher begründet eine entsprechende Rückbuchung – unter den genannten Umständen – keine Forderung des Schuldners gegen seine Bank, sondern lediglich eine Buchposition. Eine solche Buchposition kann jederzeit berichtigt werden. Ein Zahlungsanspruch der Schuldnerbank entsteht insoweit hingegen erst nach Auszahlung des entsprechenden Betrags an den Schuldner (oder den vorläufigen Insolvenzverwalter).

Erfolgt diese Auszahlung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, handelt es sich bei dem dann bestehenden Anspruch der Schuldnerbank auf Rückzahlung wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO um eine Masseverbindlichkeit. Wurde der zurückgebuchte Lastschriftbetrag hingegen bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an die Schuldnerin oder an den vorläufigen Insolvenzverwalter ausgezahlt, ist der Anspruch auf Rückzahlung eine bloße Insolvenzforderung im Sinne von § 38 InsO.

Insoweit könne nicht auf § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO zurückgegriffen werden, da dieser nicht den Fall erfasse, in dem ein zurückgebuchter Lastschriftbetrag vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens an den Schuldner ausgezahlt wurde. Diese Norm setzt voraus, dass die Bereicherung der Masse erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zugeflossen ist.

§ 55 Abs. 2 S. 1 InsO sei weder direkt noch entsprechend anwendbar: Eine direkte Anwendung setzt voraus, dass das Insolvenzgericht dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt. Im streitgegenständlichen Fall wurde die Wirksamkeit von Verfügungen des Schuldners aber lediglich von der Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters abhängig gemacht.

Auch eine entsprechende Anwendung des § 55 Abs. 2 S. 1 InsO scheidet aus. Ein sog. schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter kann Masseverbindlichkeiten nur begründen, soweit er eine Einzelermächtigung vom Insolvenzgericht dahingehend erhält, im Voraus genau festgelegte Verpflichtungen zulasten der späteren Insolvenzmasse einzugehen. Eine diesen Anforderungen genügende Einzelermächtigung lag im Ergebnis nicht vor. Zwar handelte der vorläufige Insolvenzverwalter bei der Entgegennahme der Auszahlung der von der Schuldnerbank zurückgebuchten Beträge aufgrund einer Einzelermächtigung, jedoch wurde diese nicht zur Eingehung von Verbindlichkeiten der späteren Masse erteilt. Der BGH begründet diese Auffassung mit dem Sinn und Zweck des § 55 Abs. 2 S. 1 InsO, wonach die Möglichkeit des vorläufigen Insolvenzverwalters, Masseverbindlichkeiten zu begründen, insbesondere dazu diene, den Ge-

schäftspartnern eines insolventen Unternehmens einen Anreiz zu geben, die Geschäftsbeziehungen im Insolvenzeröffnungsverfahren aufrechtzuerhalten. Da aber einem sog. schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter eine solche Möglichkeit gerade fehle, kann sich das Vertrauen der Geschäftspartner nur an Einzelermächtigungen ausrichten. Insoweit setzt das Schutzbedürfnis des Vertragspartners voraus, dass sich aus der Ermächtigung eindeutig ergibt, ob und in welchem Umfang der vorläufige Verwalter Verbindlichkeiten zulasten der späteren Masse begründen kann. Jedenfalls nicht ausreichend ist insoweit die allgemeine Ermächtigung zum Einzug von Forderungen.

Konsequenzen für die Praxis

Als Kreditinstitut ist daher im Falle von Unsicherheiten, ob eine Rückbuchung von Lastschriften überhaupt noch möglich ist oder ob diese bereits (konkludent) genehmigt wurden, darauf zu achten, ob es sich um einen sog. schwachen oder einen sog. starken vorläufigen Insolvenzverwalter handelt. Handelt es sich um Ersteren, sollte versucht werden, eine Rückzahlung bis nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens hinauszuzögern, um eine Rückforderbarkeit als Masseforderung im Falle einer tatsächlich nicht gegebenen Rückforderbarkeit sicherzustellen. ■



Dr. Alexandra Schluck-Amend
ist Partnerin im Geschäftsbereich Restrukturierung bei CMS Stuttgart.
E alexandra.schluck-amend@cms-hs.com

Kurz notiert

Schutz der freien Wirtschaftsprüferwahl nach neuem EU-Recht ab Juni 2017

Im vergangenen Jahr wurden auf europäischer Ebene neue Regelungen für die Abschlussprüfung von Unternehmen erlassen, die u. a. die freie Wahl eines Wirtschaftsprüfers durch die Aktionärshaupt- oder Gesellschafterversammlung vorsehen. Um diese Wahlmöglichkeit zu schützen, sind nach der maßgeblichen Verordnung (EU) 537/2014 und der Richtlinie 2014/ 56/EU jegliche Vertragsklauseln verboten, die gegenüber den betreffenden Unternehmen die freie Wahl eines Wirtschaftsprüfers einschränken. Dabei gilt das Verbot gemäß Art. 16 Abs. 6 VO (EU) 537/ 2014 für Verträge mit Unternehmen „von öffentlichem Interesse", während die Richtlinie 2014/ 56/EU (dort: Art. 1 Nr. 30) sonstige Unternehmen betrifft. Von öffentlichem Interesse sind z. B. im geregelten Markt zugelassene Unternehmen, Kreditinstitute sowie Versicherungen. Anders als die unmittelbar geltende Verordnung dient die Richtlinie nur der Änderung der Abschlussprüfungs-Richtlinie aus dem Jahr 2006, was schließlich zu einer Umsetzung im nationalen Recht, vermutlich im HGB, führen wird. Das Klauselverbot in Art. 16 Abs. 6 der Verordnung betreffend Unternehmen von öffentlichem Interesse wird am 17. Juni 2017 in Kraft treten – am selben Tag endet auch die Umsetzungsfrist für die Richtlinie. Die genannten Verbote werden somit bis spätestens Mitte 2017 auch für Verträge mit sonstigen Unternehmen gelten. Übergangsvorschriften existieren nicht, sodass auch Altverträge von den Regelungen erfasst werden.

Es spricht vieles dafür, die genannten Vorschriften über ihren Charakter als zwingendes Privatrecht hinaus als sog. international zwingendes Recht (auch: Eingriffsrecht) zu qualifizieren. Gerichte in der Europäischen Union könnten die Verbote entsprechender vertraglicher Regelungen somit wegen ihrer Bedeutung für übergeordnete staatliche Interessen auch dann anwenden, wenn die maßgeblichen Verträge einer außereuropäischen Rechtsordnung unterliegen – z. B. bei Wahl US-amerikanischen Privatrechts. Die Einordnung wirtschaftsrechtlicher Bestimmungen als Eingriffsrecht ist nicht unüblich, sofern diese auch die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts schützen. In den Erwägungsgründen der VO (EU) 537/2014 ist ausdrücklich die Rede vom Schutz eines „[…] funktionierenden Binnenmarktes". Auch die in Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2014/56/EU von den Mitgliedstaaten geforderte Einführung verwaltungsrechtlicher Sanktionen für Verstöße gegen die Vorgaben spricht für einen eingriffsrechtlichen Charakter. Die bis spätestens Mitte 2017 in Kraft tretenden nationalen Umsetzungsakte auf Grundlage der Richtlinie 2014/56/EU wären damit Eingriffsnormen im Sinne des Art. 9 Abs. 1, 2 Rom I-VO und könnten von deutschen und anderen europäischen Gerichten unabhängig von der maßgeblichen Privatrechtsordnung angewendet werden. Das Gleiche gilt im Ergebnis für die Vorgaben der Verordnung (EU) 537/2014 – nur dass diese bereits kraft ihrer unmittelbaren gemeinschaftsrechtlichen Geltung herangezogen werden können, ohne dass es der Lösung über Art. 9 Rom I-VO bedarf.

Die bisher üblichen Einschränkungen bei der Wirtschaftsprüferwahl des Darlehensnehmers zugunsten der Kreditgeber in den Standardfinanzierungsverträgen der Loan Market Association (LMA) lassen sich vor diesem Hintergrund nicht mehr aufrechterhalten. Konsequenterweise hat die LMA bereits eine entsprechende Abänderung der Musterklauseln vorgeschlagen und jegliche Einflussnahme des Darlehensgebers auf die Wirtschaftsprüferwahl zumindest für solche Verträge vollständig gestrichen, auf die das neue EU-Recht Anwendung finden wird. Stattdessen wird die Konstruktion eines sog. „Monitoring-Accountants" vorgeschlagen, also eines Wirtschaftsprüfers, der im Auftrag des Kreditgebers eine Revision der Abschlussberichte des vom Kreditnehmer gewählten Prüfers vornehmen kann. Ob dies im Ergebnis als Umgehung europarechtlicher Vorgaben und damit ebenfalls als unzulässige Einflussnahme gewertet wird, bleibt abzuwarten. ■



Axel Dippmann
ist Partner im Geschäftsbereich Bank-, Finanz- und Kapitalmarktrecht bei CMS Berlin.
E axel.dippmann@cms-hs.com



Sebastian von Allwörden
ist Rechtsreferendar im Geschäftsbereich Bank-, Finanz- und Kapitalmarktrecht bei CMS Berlin.
E sebastian.vonallwoerden@cms-hs.com



RegZone

www.cms-lawnow.com/regzone

Immer informiert, immer auf dem Laufenden. Die RegZone liefert Ihnen täglich Nachrichten und fachliche Analysen aus dem Bereich des europäischen Finanzaufsichtsrechts. Die Plattform bietet umfassende Online-Recherchemöglichkeiten sowie einen flexibel anpassbaren E-Mail-Service.

Ihre Vorteile als Abonnent:

— **Aktuelle Nachrichten:** Auf den Themenseiten von RegZone werden tagesaktuell Nachrichten veröffentlicht. Diese können Sie sich täglich oder wöchentlich als Zusammenfassung per E-Mail zusenden lassen.

— **Branchenschwerpunkte:** Wir bieten für Sie relevante Inhalte zu den Bereichen Banken und Finanzen, Versicherungen, Wertpapiere und Derivate sowie Asset-Management und Fonds an.

— **eAlerts in Echtzeit:** Sie erhalten E-Mails mit wichtigen Meldungen zu den von Ihnen ausgewählten Themen.

— **Recherchequelle:** Die Website bietet eine Vielzahl von Expertenanalysen zur europäischen Finanzaufsicht.

— **RegZone-Toolkit:** ein Satz herunterladbarer Tools, die mit Apps vergleichbar sind; u. a. ein Reform-Tracker, ein Glossar und eine Datenbank zu Aufsichtsbehörden und Wirtschaftsverbänden.

German Federal Financial Supervisory Authority allows direct lending by regulated funds

The German Federal Financial Supervisory Authority ("BaFin") is allowing funds regulated under the German Capital Investment Code (Kapitalanlagegesetzbuch, KAGB) to grant loans. BaFin now takes the view that the granting of loans is covered by the license for collective investment management held by investment management companies. The same applies to other loan-related activities which are generally subject to permission under the German Banking Act (Kreditwesen-gesetz), such as loan restructuring and prolongation.

This marks a change in BaFin's existing administrative practice. BaFin previously only permitted funds to acquire existing loans. Investment management companies only registered under the KAGB in accordance with section 2 paragraph 4, 4a and 4b KAGB can also benefit from the new administrative practice. In view of European regulation of investment management companies via the AIFM Directive, BaFin's approach should also apply to EU special AIFs wishing to grant loans in Germany, given the European principle of non-discrimination.

The revised BaFin position marks a dramatic change in the German regulatory landscape. Previously, the granting of loans – by both domestic and non-German entities – to German borrowers was considered to be a regulated activity reserved for banks. The granting of loans always required a banking license up until now, and has not been included within the scope of other licenses, such as those for collective asset management. The new administrative practice opens up the German loan market to more market participants, thereby changing the competitive lending environment.

If German funds wish to take advantage of these new opportunities, loans must be eligible assets for the respective fund type, and the license held by the investment management company must cover the management of such assets. Loans are not eligible assets for UCITS. In its letter, BaFin made additional recommendations regarding the aspects to be observed when granting loans. Loans should only be granted for the account of German closed-ended special AIFs. Further, granting of loans to consumers is not permitted, and no loans should be granted to persons where this could lead to a conflict of interests which can be avoided by not granting the loan. Critical examples cited by BaFin include a loan granted to the depository, an outsourcing company or the investment management company itself. Special AIFs that grant loans should inter alia only use leverage to a very limited extent, should not grant loans and borrow from the public at the same time (prevention of qualification as a (deposit-taking) bank pursuant to the CRR), must avoid maturity transformation (no raising of short-term credit to finance a long-term loan) and observe special risk management requirements. Restructuring and prolongation of non-securitized loans acquired is also permissible following this change in practice by the BaFin, provided that the product regulations of the KAGB are complied with. In the case of open-ended special AIFs, the acquisition of non-securitized loan receivables should not be predominant in BaFin's opinion (no more than 50% of the value of

[1] Letter dated 12 May 2015, reference number: WA 41-Wp 2100 – 2015/0001, "Changes to the Administrative Practice Regarding Granting of Loans as well as with Regard to the So-called ‚Restructuring' and Prolongation of Loans for the Account of an Investment Undertaking".



the fund). It is likely that EU funds engaging in lending in Germany will not need to follow these rules because the AIFM Directive does not impose any restrictions in this regard; such matters are deferred to the home state legislature.

This change in BaFin administrative practice anticipates an expected clarificatory amendment to the KAGB. ■



Dr Joachim Kaetzler
is a partner in the Banking, Finance and Capital Markets practice group at CMS Frankfurt.
E joachim.kaetzler@cms-hs.com



Dr Daniel Voigt, MBA
is a partner in the Banking, Finance and Capital Markets practice group at CMS Cologne.
E daniel.voigt@cms-hs.com

Bond restructuring – again

The restructuring efforts of Pfleiderer and Q-Cells ended in high-profile failures in 2012, with the consequences still occupying the courts today.

Both cases involved in particular the failed restructuring of outstanding debt securities issued in the customary manner by foreign financing subsidiaries and guaranteed by the German parent companies. After running into financial difficulties, the two companies attempted to change the terms and conditions of the bond issues via creditors' meetings called shortly before the debt matured. The main aim was to achieve deferral of payment in order to avoid a default, which would have undermined the overall financing of the respective groups due to the existence of cross-default clauses.

The companies planned first of all to opt for application of the German Act on Notes from Issues of Identical Debt Securities (SchVG), which came into force in 2009 (i.e. after the bonds were issued) through a resolution of the creditors' meeting, and secondly to utilise the collective action clauses for restructuring as set out in section 5 of the SchVG, which – by way of a majority resolution with binding effect on all bondholders – allow retroactive changes to bond terms (in particular payment extensions, substitution of collateral, debt-to-equity swaps) for restructuring purposes.

Section 24 of the SchVG contains transitional provisions aimed at allowing so-called "old bonds" (i.e. bonds issued before the SchVG came into force) to be included in a restructuring arrangement under the SchVG. A special "opt-in" rule allows holders of old bonds to decide by qualified majority that the provisions of the SchVG should apply to their bonds.

In the cases referred to above, the resolutions were passed with the necessary quorum and majority but subsequently challenged. Frankfurt am Main Regional Court rejected Pfleiderer's application to allow immediate enforcement of the resolution, arguing that the SchVG only applies if all bond terms are subject to German law (ZIP 2011, p. 2306). In the Q-Cells case, the same court further decided that the SchVG does not apply if the issuer (in this case the financing subsidiary) is based in another country (ZIP 2012, p. 474).

Both reasons surprised many lawyers and market participants. The fact that not "all" bond terms were subject to German law was due solely to the „status" clause and its reference – as is usual in the case of old bonds in particular – to the (in any case mandatory) corporate and insolvency law rules governing the bond issuer (i.e. the foreign financing subsidiary). Further, according to Frankfurt Regional Court, the only reason for a foreign domicile to be an obstacle to application of the SchVG would be that it would have ruled out application of the law that preceded the SchVG, which had been in force since 1899 (the SchVG, by contrast, does not contain any restrictions in this regard).

In a decision dated 27 March 2012 in response to an immediate appeal launched by the issuer, Frankfurt Higher Regional Court went even beyond the original ruling of the Regional Court. It made clear that an opt-in in accordance with section 24 of the SchVG should only be possible for bonds whose terms already expressly provided for the possibility of subsequent changes by way of a majority resolution. Creditors of old bonds were entitled to rely on the unalterable nature of the terms, based on the principle of the rule of law (Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 (3) of the German Basic Law (Grundgesetz, GG), Art. 28 (1) GG). However, the Higher Regional Court did not consider submitting this issue to the Federal Constitutional Court.

Directly after this judgment, both Q-Cells and Pfleiderer applied for insolvency; a divergent ruling by Schleswig Higher Regional Court (WM 2014, 744) came too late. The Federal Court of Justice (BGH) would probably have saved both companies from insolvency.

In a judgment dated 1 July 2014 (on convertible profit-participation

rights), the BGH made clear that an opt-in is available to all old bonds subject to German law (II ZR 381/13). According to the Court, the legislature's objective of making it easier to implement restructuring measures is the decisive factor, meaning that it cannot be a question of whether the original bond terms provided for majority decisions. As long as the claim for repayment was not due at the time the SchVG came into force, the Court said that no retroactive or retrospective effect was involved, and the principle of the rule of law had therefore not been violated. The attempts to achieve a restructuring also generally outweighed the interests of individual creditors seeking to block the resolution and their interest in terms that do not change. The provisions of the SchVG therefore needed to be interpreted broadly for the purposes of corporate restructuring, in accordance with the will of the legislature, which is of prime importance (government draft bill from 2009, Bundestag document no. 16/12814). The Court also stated that passing an opt-in resolution and changing the bond terms in a single meeting was also possible given this background.

Somewhat surprisingly, the Court ruled that resolutions to change bond terms are binding on all bond creditors even if the debt securities were already due, as in the case in question. However, the BGH declared the resolutions under dispute to be ineffective in as far as they treated individual groups of creditors unequally from the outset. Specifically, distributions would only be made to creditors who backed the restructuring resolution. The Court stressed that such resolutions are invalid even without being challenged (section 5 (2), SchVG).Many questions remain unanswered in terms of practical application, despite this wide-reaching ruling, such as the treatment of bonds whose clauses are subject in part to foreign law, the exact powers of the creditors' meeting and the treatment of virtual creditors' meetings.

It is to be hoped that legal developments in this area, which is of central importance to the economy as a whole, do not claim too many more victims. The necessary legal certainty has already come too late for Pfleiderer and Q-Cells, their employees and creditors. ■



Oliver Dreher, LL.M.
(King's College London)
is a partner in the Banking,
Finance and Capital Markets
practice group at CMS Frankfurt.
E oliver.dreher@cms-hs.com



Stephan Parrandier, LL.M. (Durham)
is a lawyer in the Banking,
Finance and Capital Markets
practice group at CMS Frankfurt.
E stephan.parrandier@cms-hs.com

Realisation of collateral subject to third-party trademarks by the collateral taker and the significance of the principle of exhaustion under section 24(1) of the German Trademark Act

When providing collateral for outstanding claims, the transfer of title in goods that remain in the collateral provider's possession, and continue to be used by him under the collateral agreement for their intended purpose in order to be able to settle the secured claims, is the most important case in practice. If the collateral provider is unable to settle the claims, i.e. if the collateral needs to be realised, the collateral taker can realise the transferred items in accordance with the terms of the underlying collateral agreement, which generally means by way of sale on the open market. The items transferred as collateral are often goods subject to the trademark of the manufacturer, supplier or merchant. If a realisation event occurs in relation to these goods, the question arises as to whether the rights of the collateral provider or a third party to the trademarks stand in the way of free realisation of the collateral by the collateral taker. The principle of exhaustion of trademark rights, as enshrined in German, European and international trademark law, is crucial in deciding this question. In accordance with section 24(1) of the German Trademark Act (a corresponding provision can be found in article 13 of the Community Trademark Regulation in relation to Community trademarks; the provision in section 24(1) of the German Trademark Act (hereinafter MarkenG) must be applied accordingly to IR trademarks as per sections 107 and 119 of the MarkenG), the owner of a trademark does not have the right to prohibit a third party from using the trademark for goods which have been put on the market under this trademark (1) by the proprietor himself or (2) with his consent in the domestic market, in one of the other Member States of the European Union or in another signatory to the Agreement on the European Economic Area. In these cases the trademark rights have been exhausted. This means in particular that any sale of the trademarked goods no longer represents an infringement of the proprietor's trademark rights. Goods to which title has been transferred as collateral may therefore be freely realised by way of sale in the domestic market under trademark law. However, if there has been no exhaustion pursuant to the aforementioned section 24(1) MarkenG, realisation by the collateral taker represents a trademark infringement and is therefore not possible. The collateral title to the goods is then essentially "encumbered" by the existence of unexhausted trademarks and is accordingly of less value.

The crucial criterion for deciding whether exhaustion in accordance with section 24(1) MarkenG has taken place in a specific instance is whether the trademarked goods are put on the market by or with the consent of the trademark owner. A distinction must be made first of all between a situation in which (1) the trademark owner himself is also

the collateral provider, since his putting of the item on the market is sufficient to constitute exhaustion, and the case where the collateral provider's supplier is the trademark owner (2). With regard to the latter scenario, a distinction must also be made between the situation where the collateral provider is the trademark owner's customer and the situation where the collateral provider is the licensee of the trademark owner and puts the goods on the market for the trademark owner for the first time.

Trademark owner as collateral provider

Section 24(1) MarkenG transposes article 7 para. 1 of the EU Trademarks Directive into national German law and must therefore be interpreted in line with the Directive. In accordance with the case law of the CJ, goods can always be presumed to have been put on the market if the trademark owner has performed an action in relation to specific goods via which he has realised the economic value of the trademark. This is normally the case if he has intentionally lost the power of disposal over the goods. According to the Court, the goods have been put on the market for the purposes of the Directive if the trademark owner has transferred the right to dispose of the goods to the purchaser as part of a sale transaction (see CJ judgment dated 30/11/2004 C-16/03 margin no. 40, 51 (Peak Holding AB/Axolin-Elinor AB) = GRUR 2005, 507; BGH GRUR 2006 863, margin no. 15 – EX WORKS). If, on the other hand, the power of disposal is transferred free of charge, then according to the CJ the trademarked goods are not being sold with the intention of penetrating the market, meaning that their economic value has not been realised. Giving away trademarked items free of charge does not therefore constitute the goods being put on the market (CJ judgment dated 12/07/2011 – C-234/09 margin no. 72 (L'Oréal/eBay and Others) = GRUR 2011, 1025).

If the trademark owner is the collateral provider then the transfer of title by way of collateral can itself be considered a putting of the goods on the market within the meaning of section 24(1) MarkenG. This represents an intentional transfer of the power of disposal as required by the CJ for a putting of goods on the market. The only question remaining is whether the economic value of the trademark has been realised by such a transfer. It can hardly be assumed that the transfer took place "free of charge". The collateral is provided as consideration and to secure a claim by the bank, e.g. with regard to a loan. On the other hand, the CJ explained its decision that free transfer of the right of disposal is not sufficient by stating that in these cases the economic value of a trademark is not realised because the power of disposal is not transferred with the aim of penetrating the market. There is a risk with this argument that no putting on the market is assumed where the trademark owner transfers title by way of collateral, since the power of disposal is not transferred in order to penetrate the relevant market – at least not directly – but rather in order to provide collateral for a claim on the part of the bank. Ultimately this is not important if the sale on the open market of the goods with – as yet – unexhausted trademark rights in the event of realisation were to be regarded as putting them on the market with the consent of the trademark owner. Complete transfer of title to the (trademarked) goods combined with the agreement to sale on the open market by the collateral taker in the event of realisation supports this interpretation. However, a distinction must be made between physical property and the trademarks as intangible property. Certain risks thus remain if the collateral agreement does not include any explicit consent to sell products under the relevant trademark. According to the case law of the CJ, no implied consent can be deduced from the fact that the trademark owner transfers the title in the trademarked goods without any contractual restriction and the title includes the right to unrestricted resale (see CJ judgment dated 20/11/2001 C-414/99 to C-416/99 margin no. 60 (Zino Davidoff SA/A & G Imports Ltd (C-414/99); Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd./Tesco Stores Ltd., Tesco plc (C-415/99) and Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd./Costco Wholesale UK Ltd. (C-416/99) Davidoff/Levi Strauss = GRUR Int. 2002, 147; CJ judgment dated 03/06/2010 – C-127/09 margin no. 39 (Coty Prestige Lancaster Group GmbH/Simex Trading Ag) Coty Prestige/Simex Trading = GRUR 2010, 723). However, if it is not only the unrestricted title that is transferred by way of the collateral agreement, and the agreement includes explicit permission for sale on the open market, this scenario differs from the circumstances underlying the CJ's ruling. In this case, a corresponding contractual agreement is sufficient to justify the assumption that the trademark owner has consented to putting the trademarked goods on the market and thus to ensure that the collateral can be realised. This applies in particular if realisation in accordance with the relevant provision in the collateral agreement can also take place on behalf of the collateral provider (i.e. the trademark owner himself), since this case can represent the trademark proprietor putting the goods on the market himself. However, this question has not yet been clarified. Nevertheless, as a result of the uncertainties arising from CJ case law, a supplementary clause in the realisation agreement clarifying this fact is advisable. Such a clause could be worded as follows:

"The collateral provider consents to the putting on the market by the bank of goods subject to its trademarks.

The collateral provider's supplier is the trademark owner

The legal situation is less problematic in this scenario. If, as a wholesaler or retailer, the collateral provider is a customer of the trademark owner to whom the latter has previously sold the goods (and transferred the power of disposal), exhaustion has already taken place prior to the transfer of title for security purposes. There are then no obstacles to the goods being realised by the collateral taker. Such realisation cannot be prevented by invoking trademark rights. However, there are cases in which the collateral provider has imported the goods from a "parallel market", i.e. sells genuine goods which have not been exhausted (or counterfeit goods). In this case, sale on the open market by the collateral taker will infringe the trademark owner's rights and trigger claims by the latter against the collateral taker. In these circumstances, it is advisable to include a corresponding assurance in the agreement, which could be worded as follows: "The collateral provider warrants that the collateral is free of third-party rights."

The same applies if the collateral provider is the licensee of the trademark owner and is putting the goods on the market for the latter for the first time. In this case, trademark right exhaustion requires the licensee to be acting with the consent of the trademark owner. The licence agreement can be regarded as providing this consent. Restrictions on exhaustion through agreements made in the licence agreement are only possible to an extremely limited extent. The aforementioned collateral clause should be incorporated purely as a precautionary measure in order to counter any remaining risks in this regard. ■



Dr Carsten Menebröcker, LL.M. (NYU)
is a partner in the Banking, Finance and Capital Markets practice group at CMS Cologne.
E carsten.menebroecker@cms-hs.com



Risks associated with foreign currency loans

In the past, domestic German loans – meaning loan agreements between German parties subject to German law – have sometimes been granted to companies and to a limited extent also to private individuals in currencies other than the euro, with the aim of securing the beneficial interest rates prevailing in different monetary systems. The Swiss franc was an especially popular choice. German consumers are believed to owe more than seven billion euros in private loans which are denominated in foreign currencies, primarily in Swiss francs. The steep decline in the euro's value against the franc following the Swiss National Bank's decision to decouple the two currencies on 15 January 2015 has thus been a key catalyst for concerns about the use of foreign currency loans as a financing instrument. In addition to action taken by individual central banks, expectations around the stability of foreign currencies have been undermined by wider developments and unexpected events – recent examples include the steady decline of the euro against the US dollar and the depreciation of the rouble against the backdrop of the conflict in Ukraine – present serious challenges to parties to foreign currency loan agreements.

Genuine foreign currency debt – yes or no

When agreeing on a foreign currency loan, i.e. one where the loan is paid out or repaid in a currency other than the euro, attention must be paid to the type of foreign currency debt being agreed. With genuine foreign currency debt, the parties agree in the credit agreement that payment should be made exclusively in the foreign currency. This determination may also be made by implied agreement as long as the parties' intention is clearly rooted in the contract.

If no such determination is possible, the foreign currency debt falls under section 244 sub-section 1 of the German Civil Code (BGB), and the debtor has the option of settling the foreign currency debt also in euros (right to alternative performance). It is generally held that this also applies if the loan agreement is not subject to German law, but the foreign currency debt is payable in Germany (or in Europe). The exchange rate on the payment date is the relevant rate for converting the debt (section 244 sub-section 2, BGB). This also applies to any enforcements, which are made on the basis of euro calculations in Germany (sections 803 et seq. of the German Code of Civil Procedure – ZPO), and for which the applicable exchange rate is the rate on the day the proceeds are paid to the creditor. The right to alternative performance is mostly not an issue in enforcement cases, since satisfaction of a claim can generally only be obtained in euros (sections 803 et seq., ZPO).

These legal provisions can be highly disadvantageous to one of the two parties depending on changes in the value of the foreign currency, and it is not possible to plan reliably for such changes. In the case of the Swiss franc, which has risen by up to twenty percentage points against the euro, the impact seems mostly to have been felt by borrowers, who now have to spend significantly more euros to settle their foreign currency debts. However, one may also imagine a scenario in which the lender of the foreign currency loan sees a collapse in value of the repayment currency. The statutory payment regulations under section 244 of the BGB in the event of set-off are a particularly tricky issue for lenders. Since set-off only becomes effective once the declaration has been received, but is retroactive to the point in time at which the claims to be set off were first offsettable



against each other (section 389, BGB), a borrower seeking to offset can craft a strategy based on the euro exchange rate because the applicable exchange rate is the one prevailing at the time of the set-off declaration. The borrower could delay the declaration until the euro exchange rate has risen to the desired level, thereby significantly reducing the value of the lender's loan claim. According to one opinion in the literature, the borrower does – as a result of the retroactive effect of the set-off – not even have to worry about default interest nor damages for default if the claims to be set off were already offsettable before any default on the part of the borrower.

It is thus advisable for parties to foreign currency loan agreements to agree on a genuine foreign currency debt in the interests of predictability, and to expressly include details regarding the repayment and the applicable conversion rate in the loan agreement.

Currency conversion clauses in private loans

If banks require a contractual commitment that the borrower will bear the cost of repaying the loan in a certain currency, i.e. the cost of exchange rate fluctuations, this leads to calculation risks for the borrower which can be difficult to assess. Specifically in the consumer loan market, borrowers therefore enjoy a high level of protection, which is partly due to European law. Judicial controls on effectiveness of such conversion arrangements generally focus on theclause that governs the loan repayment. Under German law, such clauses are invalid if they lead to an unfair disadvantage for the customer, this legal concept arising from the law on terms and conditions and also contained in special statutory regulations, such as section 2 of the Price Clause Act.

The European Court of Justice („ECJ") recently specified what should be understood as unfair terms in a decision dated 30 April 2014 (Case C-26/13 – Kásler et. al. v OTP Jelzálogbank Zrt). This essentially involved a private loan to a Hungarian couple where the loan was advanced and to be repaid in Hungarian forints as per the agreement, but which was converted into Swiss francs in the bank's internal bookkeeping system. The loan agreement specified that the rate of exchange to be used for

conversion on the date of advance of the funds should be the buying rate. However, upon repayment the amounts in forint were to be converted using the currency's selling rate.

With reference to the validity of the clause, the ECJ stated that there was a requirement for full transparency due to the consumer's systematically lower level of information. The average consumer, who is reasonably well informed and aware, would have to be put in a position via information made available by the bank, including the promotional material and other information provided by the lender, to be aware of the difference between the selling rate of exchange and the buying rate of exchange of a foreign currency and of the potential negative impact on him. Furthermore he would also have to be capable of assessing the economic impact of this arrangement on him, which may be significant, and therefore the total cost of his loan. In the case in question, the ECJ decided that the bank had failed to provide the necessary information. The ECJ also decided that the Hungarian Court of Appeal could use dispositive national law to fill the contractual gap which resulted from the invalid clause.

The ECJ left unanswered the intriguing question as to whether the bank would also have to disclose the economic motivation for using the clause (this is not required under existing German legal doctrine).

Economic risks of price fluctuations

There are further economic risks in addition to the legal pitfalls already outlined. One might seek to hedge against these risks by means of executing currency swaps but since these are independent transactions they might present additional problems if subsequent changes lead to discrepancies between the rights and payments obligations under the loan agreement and the currency swap.

Further economic risks result from a potential increase in value of the foreign currency against the euro. This might lead to an increase in the basic value of the loan after its conversion back into euros, in which case the loan agreement (or the bank's general terms and conditions) will often give rise to a claim for further collateral once an agreed threshold (of often 105%) is exceeded. This may prove difficult for the borrower to provide if it has no other suitable collateral available. This is all the more critical since an unfulfilled claim for further collateral will generally give rise to grounds for termination under the loan agreement.

The same applies if a certain loan-to-value-ratio or asset-value clause has been agreed, which is then exceeded due to exchange rate changes affecting the foreign currency, thereby providing grounds for termination. In the case of loan-to-value-ratio clauses, this problem can be remedied by defining a fixed exchange rate. The risk of needing additional collateral can ultimately only be minimised with regard to short-term exchange rate fluctuations by agreeing that the exchange rate must exceed or fall below a certain threshold for a specified period. Example: The bank's right to request additional security is only triggered if the loan amount converted at the current exchange rate exceeds the loan amount converted at the original exchange rate by 20% over a continuous period of six months.

Conclusion

Caution is required when entering into foreign currency loans. Careful structuring of the loan relationship in relation to currency liability is crucial both for the lender and the borrower in order to ensure predictability and the desired economic outcome. However, risks arising from unexpected changes in the value of the loan currency or ineffective price clauses can be largely minimised by careful drafting of the agreement. ■



Dr Thomas de la Motte
is a partner in the Banking, Finance and Capital Markets practice group at CMS in Hamburg.
E thomas.delamotte@cms-hs.com



Dr Andreas Keller
is a lawyer in the Banking, Finance and Capital Markets practice group at CMS Hamburg.
E andreas.keller@cms-hs.com

Cross-border financing by insurance companies

For a number of years insurance companies have been granting loans to finance large real estate transactions. The low rates of interest currently to be obtained in Germany on real estate transaction financing are increasingly leading insurance companies to finance real estate transactions in foreign countries with higher margins than those currently available in the German market. The loans are frequently financed out of funds received by the relevant insurance companies under life assurance policies; in respect of such life assurance policies the insurance companies usually have promised a guaranteed rate of interest to the insured individuals. Thus, it is essential for real estate financing by insurance companies to generate returns which are at least equal to the guaranteed interest rates under life assurance policies.

Like the financing for German transactions, cross-border real estate financing transactions must be compliant with the regulatory framework applicable to insurance companies, in particular the German Insurance Supervision Act (Versicherungsaufsichtsgesetz), the German Investment Regulation (Anlageverordnung) and pronouncements (Verlautbarungen) of the German Federal Financial Supervisory Authority (BaFin). Financing transactions which involve insurance companies from other countries must also comply with the legal framework of the relevant foreign jurisdictions. Further, a number of additional requirements must also be observed.

Granting real estate loans in foreign jurisdictions

When embarking on this type of transaction it is essential to ascertain at an early stage whether insurance companies which do not hold a banking licence are authorised to grant real estate loans in the relevant foreign jurisdiction. Some jurisdictions may make the granting of loans contingent on criteria such as notifying national regulatory/supervisory authorities or application for a tax ID. In some cases, a specific structure may be necessary. For example, in some jurisdictions insurance companies may not be allowed to act as „original lender", though they may be allowed to acquire loans which have been originally granted by a bank.

Documentation

Under German supervisory law insurance companies are entitled to grant loans under a documentation governed by foreign law; however, the specific provisions of German supervisory law have to be observed. This normally makes it essential for each of the insurance companies involved to grant a separate loan, to be able to freely transfer its loan and accelerate its loan once certain „major" events of default have occurred. Hence, acceleration of a loan granted by an insurance company under such circumstances must not be subject to a majority decision of the lenders. In particular, BaFin currently holds the view that the principles set out in Circular (Rundschreiben) no. 126 of the Association of German Mortgage Banks (Verband deutscher Pfandbriefbanken) dated 17 December 2012 – according to which German

mortgage banks can, under certain preconditions, accept majority lender clauses – do not apply accordingly to insurance companies.

Mortgages

Mortgages are of great importance in real estate financing transactions. In real estate financing transactions involving insurance companies an individual first ranking mortgage needs to be granted in favour of each insurance company. Alternatively, where one of the financing entities is a German bank which operates a refinancing register, it is possible to create one single mortgage in favour of this German bank to secure all the loans. However, this requires the relevant bank to hold the mortgage as a security trustee and the claims for the transfer of such mortgage of the individual insurance companies to be entered in the refinancing register. The latter is a feasible option if the foreign jurisdiction in which the property to be financed is located does not provide for two or more first ranking mortgages and if there are no other legal alternatives which would comply with regulatory/ supervisory requirements. However, in connection therewith, additional issues may arise. Owing to the accessority of mortgages in some jurisdictions, there may be a necessity that all loan receivables are held by the relevant bank, in particular if parallel debt structures may trigger tax issues.

Summary and outlook

Cross-border financing through insurance companies is more complex than national transactions. Ascertaining what requirements exist under the applicable jurisdictions at an early stage is therefore very important. Also, it is advisable to get the guarantee asset trustee (Treuhänder für das Sicherungsvermögen) of the insurance companies involved prior to signing the relevant documentation so that any concerns which may be raised by the guarantee asset trustee can be taken into account when preparing the loan documentation.

The regulatory framework for financing by insurance companies will change when Solvency II comes into effect in 2016. Solvency II will presumably introduce a number of changes which will make it easier for insurance companies to grant loans for the financing of real estate transactions. ■



Dr Marc Seibold
is a partner in the Banking, Finance and Capital Markets practice group at CMS Stuttgart.
E marc.seibold@cms-hs.com



Dr Andreas Grunert
is a lawyer in the Banking, Finance and Capital Markets practice group at CMS Stuttgart.
E andreas.grunert@cms-hs.com

Restructuring in Europe – scheme of arrangement – the APCOA case

Background

According to press releases on the website of Stuttgart-based company APCOA PARKING Deutschland GmbH and other reports in the media, the APCOA PARKING Group (APCOA) reached a final agreement with its creditors in December 2014 as part of the efforts to restructure its finances. Under this agreement, liabilities totalling EUR 440 million were removed from the balance sheet and loans extended by up to six years. The negotiations with the creditors lasted for almost the entire past two years. Loans amounting to around EUR 500 million would have been due for repayment in April 2014 if the terms had not been extended. This would have represented a threat to APCOA's continued existence.

The case in the context of European restructuring law

The case is of major importance for European restructuring and insolvency law, since the financial restructuring was brought about via a scheme of arrangement process under English law despite the fact that APCOA does not have its centre of main interests (COMI) in England, nor has the company ever attempted to relocate its COMI to England. A change of COMI has been used in previous restructuring cases to ensure that English law applies. The advantage of the chosen method compared with such "COMI shifting" lies in the relatively low effort in terms of cost and time. Prompt implementation of restructuring measures is a key prerequisite for success.

The judgments of the English High Court in the APCOA case also represent a further development of the existing principles of English insolvency and restructuring law. If the COMI is not within the jurisdiction of English law, then a "sufficient connection" to English law is required in order to justify jurisdiction of the English courts over schemes of arrangement of foreign companies.

The competent court saw this sufficient connection in the fact that English law was retroactively selected via the governing law clause of the underlying (consortium) facility agreement, solely with the aim of justifying jurisdiction of the English courts for the purpose of the scheme of arrangement.

This was possible because unlike the clause on extension of the loan terms, the governing law and jurisdiction clause did not require unanimous creditor consent. Creditors representing around 90 per cent of the loan value supported the scheme of arrangement. In order to agree a scheme proposal, a simple majority of the creditors voting is required, representing at least 75 per cent of the value of the debt. By withholding their support, the dissenting creditors appeared to be putting their own interests ahead of a deal.

Alongside the high level of consensus among the creditors, the crucial point for the court was that the scheme of arrangement would be recognised as legally effective in the relevant countries, particularly in Germany. This issue has been a matter of dispute and has never been fully clarified by the highest courts. However, the High Court was satisfied by the expert evidence presented on this point. In the literature, the general provision in article 36 para. 1 of the EU Regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments (previously art. 33 para. 1 of the older version of the Regulation) is typically cited as the basis for recognising a scheme of arrangement in Germany.



The issue of whether a scheme of arrangement offers advantages compared with German insolvency proceedings, particularly "protective shield" proceedings or self-administration, must be decided on a case-by-case basis. In the APCOA case, English law required a lower level of agreement among the creditors, thereby enabling restructuring measures which would only have been possible under German law by way of an insolvency plan procedure. However, a scheme of arrangement does not constitute insolvency proceedings within the meaning of article 2 a), app. A of the EU Insolvency Regulation, since it does not require the opening of insolvency proceedings by a court. Rather, it is based on private autonomy and only needs to be confirmed by the court in order to be legally binding on the dissenting creditors.

Loan agreements are generally drafted in accordance with the recommendations of the Loan Market Association (LMA). The latter has changed its template agreements such that unanimous creditor consent is now also required in relation to choice of law clauses. The strategy adopted in the APCOA case is thus only relevant in a small number of cases where the lower thresholds were agreed.

Conclusion

Apart from the basic tendency for English courts to define their jurisdiction in broad terms, the case also illustrates that even following implementation of the Restructuring Simplification Act (ESUG) and the associated extended restructuring options, restructuring scenarios may arise in which the participants prefer foreign law to the legal framework available in Germany. As such, the APCOA case is a product of the German legislator's decision not to create an organised restructuring procedure outside of insolvency proceedings. ■



Dr Alexandra Schluck-Amend
is a partner in the Restructuring division at CMS Stuttgart.
E alexandra.schluck-amend@cms-hs.com



Nicolas Kreuzmann
is a lawyer in the Restructuring division at CMS Stuttgart.
E nicolas.kreuzmann@cms-hs.com

Regulatory

The Single Supervisory Mechanism

The first pillar of the banking union has been put in place and has begun its work.

"Almost everything that could be reformed has been reformed." That is how Sabine Lautenschläger – then Vice President of the Bundesbank, now a member of the Executive Board of the European Central Bank (ECB) – described the European Banking Union reform project in December 2012, launched in response to the financial crisis. While two of the pillars of the banking union – i.e. the Single Resolution Mechanism and the European Deposit Guarantee Fund – are still "under construction", the Europe-wide banking regulation has already begun to operate under the lead of the ECB.

As part of its role as single banking regulator, the ECB took over direct supervision of more than 120 "systemically important" institutions in the Eurozone in November 2014 with its predominantly new team which will ultimately comprise up to 2,500 people. However, the remit of the Single Supervisory Mechanism, which is based primarily on the EU Regulation 1024/2013 (SSM Regulation), extends far beyond supervision of systemically important banks. In fact, the ECB is capable of exercising supervision over every financial institution in the Eurozone via the SSM (Article 4 (5) (b) SSM Regulation). Additionally, some of the reforms to get the Banking Union off the ground lead to substantial modifications of the decision-making structures between the European Banking Authority (EBA) and the ECB.

The ECB as the new "super-regulator"

While the ECB was not granted complete responsibility for EU banking supervision, the catalogue of tasks assigned to it is nonetheless extensive. For instance, under Article 6 (4) in conjunction with Article 4 (1) (a) and (c) of the SSM Regulation, the ECB is responsible for all (!) authorisation matters and for assessment of notifications of the acquisition and disposal of qualifying holdings in credit institutions.

The ECB is also in charge of all additional central supervisory tasks in relation to the 120 institutions classified as "significant", such as reviewing own funds requirements and liquidity, and monitoring large exposures and leverage.Accordingly, the ECB can to take administrative measures in order to avoid or remedy breaches of supervisory requirements. These range from instructions regarding the application of funds to divestment of company activities and withdrawal of an institution's banking licence (see in particular Articles 14 (5) and 16 (2) SSM Regulation).

The ECB is supported in its tasks by the National Competent Authorities (NCAs). However, the NCAs only have limited areas of genuine authority (for example, in relation to consumer protection and combating money laundering), and despite the fact that all institutions classified as "not significant" are regulated by the national supervisory authorities, it is the ECB that truly exercises control. Thus, in addition to issuing regulations and guidelines to the NCAs (Article 6 (5) (a) SSM Regulation), the ECB can also – as mentioned above – directly supervise institutions which are not classified as significant if it determines that this is necessary. There are already early indications that the ECB will interpret its mandate widely and liberally make use of these powers. A member of the Executive Board of the ECB has reportedly already announced that in the near future, the ECB intends to focus more on networks of smaller banks (especially

the so called German savings banks (Sparkassen) and cooperative banks (Genossenschaftsbanken)).

Furthermore, the role of the NCAs in the authorisation procedure is essentially restricted to preparatory activities. Corresponding applications must still be submitted to the respective NCA, as set out in Article 14 (1) of the SSM Regulation. However, if the application complies with the statutory requirements, the relevant NCA merely forwards it to the ECB with a proposed decision. The ECB then takes the actual decision (Article 14 (2) SSM Regulation).

It should be noted that it is not yet clear whether the far-reaching transfer of powers to the ECB is covered at all by the European treaties. Former German constitutional judge Udo Di Fabio is not alone in believing that the ECB banking supervision could only have been "legitimately introduced via amendment to the EU treaties"; a corresponding constitutional complaint has been filed and is pending before Germany's Federal Constitutional Court.

The EBA's role as coordinator and controller in case of emergency

Even in SSM framework, the EBA remains primarily responsible for developing harmonised supervisory standards. This will mostly involve continually updating a single European supervisory handbook (the "Single Rulebook"; see the associated comments and references in Article 4 (3) of the SSM Regulation), aimed not least at stopping the phenomenon of "regulatory arbitrage". Additionally, as part of its coordinating role, the EBA can take the same action vis-à-vis the ECB as vis-à-vis other supervisory authorities. Thus, the EBA can, inter alia, issue binding instructions to the ECB in the event of a crisis, and in extreme cases even issue direct instructions to banks (see Article 18 of the amended EBA Regulation 1093/2010). This appears somewhat problematic in view of European legislation and the independence of the ECB.

A new era which creates considerable legal uncertainty

The purpose and effectiveness of the new supervisory mechanism will inevitably be measured against the work of the national supervisory authorities. The new supervisory regime is fraught with legal uncertainty. This is particularly true for those banks directly supervised by the ECB, as the ECB has yet to establish reliable administrative practices such as those developed by the individual national supervisory authorities. There are also concerns about protection against legal acts of the ECB, since there is no codified European administrative law. Developments need to be monitored closely in order to avoid any unpleasant surprises due to changes in administrative practice. ■



Dr Joachim Kaetzler
is a partner in the Banking, Finance and Capital Markets practice group at CMS Frankfurt.
E joachim.kaetzler@cms-hs.com



Hannes Ronken
is a lawyer in the Banking, Finance and Capital Markets practice group at CMS Frankfurt.
E hannes.ronken@cms-hs.com

Legal protection against the Single Supervisory Mechanism

In April 2015, Germany's L-Bank became the first institution to file a lawsuit with the EU's General Court (EGC) challenging the European Central Bank's (ECB) new supervision powers (EGC – T-122/15). Under the new regime, banks such as L-Bank will no longer be supervised on a national level but rather on an EU level by the ECB. In taking the first legal challenge of its kind, L-Bank is seeking to reinstate German financial regulator BaFin and the German Central Bank (or Bundesbank) as its supervisors citing additional costs and bureaucracy as the main drivers behind the action. This development not only highlights the increase in effort and expenditure incurred by banks following the introduction of the Single Supervisory Mechanism (SSM) through Regulation (EU) 1024/2013 (SSM Regulation), it also exposes an increasing level of legal uncertainty.

According to the wording of the SSM Regulation, the ECB carries out "its tasks within a single supervisory mechanism composed of the ECB and national competent authorities. The ECB shall be responsible for the effective and consistent functioning of the SSM" (Article 6 SSM Regulation). Since the SSM operates on the basis of straightforward administrative action, rather than being governed by Newton's immutable laws of classical mechanics, banks can challenge the SSM. However, it is not always clear which legal remedies are available, and against which national or supranational body they should be directed.

Principle of separation

As is typically the case under European law (and should continue to be the case where the ECB supervises by applying national supervisory law), acts of European bodies such as the ECB are subject to review by the European courts while acts of National Competent Authorities (NCA, Article 2 para. 2 SSM Regulation), such as BaFin, are reviewed by national courts. If the actions of the ECB and the NCA are closely coordinated, as is frequently provided for in the SSM Regulation, identifying the relevant remedy may be difficult.

Legal protection from actions of the ECB

Banks can challenge supervisory decisions of the ECB in relation to tasks for which it is responsible (Article 4 SSM Regulation) before the EGC in accordance with the general rules – via an action for annulment (Article 263 para. 4 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)), an action for failure to act (Article 265 para. 3 TFEU) or an action for damages (Articles 268 and 340 TFEU), depending on the reason for seeking legal protection. This primarily relates to the supervision of significant CRR banks (see Article 6 para. 4 and 5 of the SSM Regulation). The SSM Regulation also provides for preliminary proceedings (as is the case in German administrative procedural law). Within these proceedings, the Administrative Board of Review established by the ECB is itself able to act on a request for legal

Acting agency	ECB within its own remit		ECB intervening directly in the remit of the NCAs	
Type of action	Decision	Real act	Decision by the ECB through direct intervention	Real act by the ECB through direct intervention
Legal remedy	(1) Request to the Administrative Board of Review (2) Action for annulment before the EGC	./.	(1) Request to the Administrative Board of Review (2) Action for annulment before the EGC	./.

protection. Unlike the normal case under German law (section 68 of the German Administrative Court Procedural Code – VwGO), the ability to bring the action does not depend on the request (Article 24 para. 5 and 6 SSM Regulation).

In this regard, the SSM Regulation exclusively talks about decisions of the ECB. A request in accordance with Article 24 para. 5 of the SSM Regulation against mere real acts of the ECB is accordingly inadmissible, as is an action before the EGC (see Article 263 para. 4 TFEU). However, even simple administrative acts can have serious consequences for banks, as demonstrated by the publication of stress test results.

Legal protection against administrative acts within the remit of the NCAs

The situation relating to the supervision of less significant institutions (LSIs) is less clear. Supervision here is normally the responsibility of the NCA (see Article 6 para. 4 and 6 SSM Regulation). However, in addition to being able to exercise direct supervision of these institutions itself (Article 6 para. 5 (b) SSM Regulation), the ECB can also issue regulations, guidelines or general instructions to the NCAs (Article 6 para. 5 (a) SSM Regulation).

While the legal process appears to be relatively clear with regard to direct supervision by the ECB, unwelcome administrative acts by the NCA based on regulations, guidelines or general instructions from the ECB raise the issue of whether the institution affected must adopt the national legal remedy against the NCA's administrative act. An action for annulment of the ECB regulation, guideline or general instruction before the EGC is also an option due to third-party impact if the institution is aware of the regulation, guideline or general instruction. A view expressed in the literature is that the institution must mount both legal challenges in parallel as a precaution. Although, the fact that an internal administrative instruction has no direct legal effect on the institution is an argument against being able to take action before the EGC. On the other hand, a review of the NCA's actions by a national court conflicts with the principle that the ECB is only subject to scrutiny by the EGC and the European Court of Justice (ECJ).

Whether and how the NCA themselves or the governments behind them seek to oppose internal instructions from the ECB remains to be seen and will be of great interest.

Outlook

The European legislature sees the ECB and the NCA of the participating countries as forming a single, consistent entity in relation to the supervision of credit institutions. In terms of practical implementation, establishing the ground rules for cooperation at European and national level is likely to prove particularly tricky. This will have a negative impact on the supervised institutions which may find themselves needing to take legal action on multiple fronts in the event of a conflict. A further disadvantage of the new legal position is that legal protection against administrative acts of the ECB is lower per se than the protection available under, for example, German administrative law.

The fact that the ECB has the final say adds to the legal uncertainty since the majority of disputes are likely to involve areas where the rules are still unclear – as in the case mentioned at the beginning of this article. This will remain the case until the existing discrepancies are dealt with through the interaction of the national and European courts – which is itself no smooth process – and also until a general body of European general administrative law has emerged. ■



Dr David Kräft
is a lawyer in the Banking, Finance and Capital Markets practice group at CMS Frankfurt.
E david.kraeft@cms-hs.com

NCAs within their own remit on their own initiative		NCAs within their own remit on the initiative of the ECB	
Administrative act	Real act	Administrative act by the NCA based on a regulation, guideline or instruction from the ECB	Real act by the NCA based on a regulation, guideline or instruction from the ECB
National legal remedy; in G generally objection + action for annulment/ write for performance of an administrative act	National legal remedy; in G: injunction or declaratory action	Dispute: Action for annulment before the EGC or national legal remedy (G: objection + action for annulment)	Dispute: Action for annulment before the EGC or national legal remedy (G: injunction or declaratory action)

PSD 2 – will electronic vouchers, loyalty schemes, fuel and store cards require a licence under the German Payment Services Act in future?

Introduction

The EU Payment Services Directive (PSD) adopted on 13 November 2007 (Directive 2007/64/EC) broke new ground by creating a regulatory framework for the provision of payment services. These European rules were implemented in Germany by way of the Payment Services Act (ZAG). On 24 July 2013, the European Commission published its proposal for a revised directive on payment services in the internal market (Payment Services Directive 2 = PSD 2), which makes extensive changes to the first Payment Services Directive with the aim of promoting competition, efficiency and innovation in electronic payments and ensuring legal clarity and equal competition. The new Payment Services Directive is currently going through the EU legislative process, and is expected to come into force in the course of this year. Alongside expanding the scope of the directive, PSD 2 seeks to restrict the existing exemptions.

Existing exemption for "limited networks"

German lawmakers implemented the exemption provided in the PSD for limited networks – aimed at protecting deposits and curbing money laundering – via section 1 sub-section 10 no. 10 of the ZAG. Under this provision, payment services do not include services which are based on instruments that can only be used to acquire goods or services at the issuer's place of business (alternative 1) or within the scope of a business agreement with the issuer either for the acquisition of goods or services within a limited network of service providers (alternative 2) or for the acquisition of a limited selection of goods or services (alternative 3).

The existing limited network exemption contains some undefined legal terms which are subject to interpretation, resulting in the distinction between activities requiring official authorisation and those not requiring authorisation being unclear at times; application of the exemption thus needs to be decided on a case-by-case basis. As such, it has proved difficult to apply the exemption in practice in Germany. What is certain, however, is that the German financial regulator (BaFin) has interpreted the limited network exemption more restrictively than other EU Member States. BaFin has in particular attempted to narrow down the exemption in geographical terms, as well as with regard to the scope of the products acquired using the card.

Changes under the proposed PSD 2

The European Commission felt that revision of the limited network exemption was required because it was increasingly being applied to large networks with high payment volumes and a wide range of products and services. The Commission does not consider this usage to be within the purpose of the exemption, and believes that it results in high payment volumes remaining outside the scope of the legal framework established, which leads to a competitive disadvantage for players in regulated markets. Amending the exemption is intended to reduce these risks. The new limited network exemption provides that services based on "specific instruments" should be excluded. These must also be designed to "address precise needs" and "used only in a limited way". In all other respects, the three alternatives described in the previous paragraph still apply, despite changes to the wording of the exemption provision.

By using the new limiting elements of "specific instruments", which "address precise needs" and are "used only in a limited way", the European Commission's intention is to restrict the limited network exemption. However, it remains

unclear how these legal terms will be interpreted and implemented in practice. No general exemption with a threshold for smaller systems has been included by the European Commission, as called for by some during the legislative process. The Commission makes clear in recital 12 to the PSD 2 that the limited network exemption is intended to cover payment instruments which can only be used for the purchase of goods and services in a specific store or chain of stores, or for a limited range of goods or services, regardless of the geographical location of the point of sale. The examples provided include: store cards, petrol cards, membership cards, public transport cards, meal vouchers or vouchers for specific services, provided that any such specific-purpose instrument does not develop into a general purpose instrument. A general purpose instrument is one which can be used for purchases in stores of various listed merchants.

The revised definition of limited networks has been subject to much criticism, on the one hand because it is still not possible to determine the area of application with absolute certainty, and on the other because it fails to achieve the intended purpose of combating money laundering and protecting customer funds. Application of the exemption to systems which typically feature high volumes – such as fuel card systems – would still be permitted. Paper-based vouchers will also continue to be expressly excluded from the requirement to obtain authorisation. Critics also feel there are good reasons to doubt whether electronic vouchers for use within a corporate group or across multiple companies actually play any role in money laundering.

Notification requirement for activities within limited networks

Unlike the existing legal situation, the draft PSD 2 provides for mandatory notification by payment service providers if they intend to offer activities within a limited network. As such, payment service providers cannot commence operations and then themselves decide whether the preconditions for a limited network exemption have been met. Rather, they must submit to a mandatory review by the authorities before commencing their activity if they exceed a threshold of EUR 1 million in payment transactions per month. An application for recognition as a limited network is required in this case. Within one month from the date of application, the competent authority will take a decision and add the company to a public register of recognised companies if the application is successful.

In the case of companies that are new to the market this change means that a mandatory application must be made, and this must be factored into the process for launching the business activity both in terms of time and content. The same applies to companies making use of the exemption without the consent of BaFin.

Conclusion

With PSD 2, card systems such as electronic vouchers which can be redeemed at multiple merchants and non-cash loyalty programmes will generally come under scrutiny if they cannot be used solely in a limited geographical area or for purchasing a limited range of goods. Despite the fact that BaFin has already applied a restrictive interpretation of the limited network exemption, companies which make use of the exemption or intend to do so will in future be forced to apply for recognition as a limited network. Companies considering an application for authorisation in accordance with the ZAG should also take into account the time required for the authorisation process of between six to twelve months, along with the obligation to identify customers arising from money laundering regulations. The relevant companies should therefore undertake a timely review of the legal situation as regards PSD 2 and establish whether action is needed. ■



Kati Meister
is a lawyer in the Banking, Finance and Capital Markets practice group at CMS Berlin.
E kati.meister@cms-hs.com

Case Law

VAT exemption for services provided to a bank relating to operating cash machines

In a judgment dated 23 October 2014 – 6 K 1465/12 – the Rhineland-Palatinate Tax Court decided that the services of an outsourcing service provider in relation to the operation of cash machines are VAT exempt pursuant to section 4 no. 8 (d) of the VAT Act (UStG).

The claimant and a domestic bank had signed a "Lease, maintenance and processing agreement for cash machines" which was in place during the relevant year (2005). This agreement included the supply, maintenance and repair of the bank's cash machines and the associated data processing ("all-in package").

In addition to its responsibility for providing fully functional cash machines, i.e. ones that had been fitted with the required software and hardware, the claimant also filled the cash machines with cash, which had been provided by the bank and arranged for it to be paid out following successful authorisation. No own decision-making of the claimant was required or allowed as part of its services. The claimant forwarded the data records it created during the cash withdrawal transaction to the bank.

According to the Court, the claimant had provided an uniform service to the bank consisting of one principal service and certain ancillary services. The Court's conclusion is based on the fact, that a single price had been agreed between the claimant and the bank and that the claimant had offered its services as a complete package as mentioned above. In the opinion of the Court the principal service consisted of enabling cash withdrawals at cash machines.

Furthermore, the Court concluded that this unified supply was exempt from VAT in accordance with section 4 no. 8 (d) of the UStG. The individual services provided by the claimant fulfilled the specific, essential elements of the exempt supply (services in relation to payment transactions) and gave rise to changes of a legal and financial nature. To this extent, the German court adopted the decision criteria formulated by the ECJ in a ruling dated 5th June 1997 – C-2/95 – on the VAT treatment of services provided by a data center to a bank.

The fact that the claimant did not at any point become owner of the cash dispensed was an argument against any legal and financial changes being brought about in the case before the Court. However, the Court did not regard the issue of whether changes are brought about by the claimant directly as being the decisive point. It stated that it was enough for the services to be sufficiently closely related to the changes brought about by the bank. As such, it was sufficient for the claimant to be involved in enabling the cash withdrawals and to be responsible for data processing within the scope of the transaction.

An appeal has been lodged against the ruling (ref. V R 6/15). It remains to be seen whether the German Federal Tax Court (BFH) confirms the decision of the Rhineland-Palatinate Tax Court – which we believe to be correct. The implications for outsourcing in other areas of banking, such as credit card processing, will also need to be considered in the light of the appeal decision. ■



Dr Tillman Kempf
is a partner in the Banking, Finance and Capital Markets practice group at CMS Frankfurt.
E tillman.kempf@cms-hs.com


CLEAR
ENTER

Case Law

Prohibited payments from the assets of a German limited liability partnership („GmbH & Co. KG“) to its shareholders

Although payments from the assets of a German partnership („KG“) to its shareholders are, in principle, not prohibited pursuant to applicable commercial law and may „only“ result in a reinstatement of the obligation of a limited partner to, again, fulfill its contribution obligations. Such contribution obligation of the relevant limited partner is, however, limited to the liability amount set out in the commercial register. Nevertheless, any payments from the assets of a limited liability partnership, i.e. a GmbH & Co. KG, may result in a violation of the prohibition in Section 30 (1) sentence 1 Limited Liability Companies Act („GmbHG“), pursuant to which the assets of a GmbH which are necessary for the preservation of its registered share capital must not be paid to its shareholders. In this context, any payments from the assets of a GmbH & Co. KG to any of its limited partners, which is also a shareholder of the general partner established in the legal form of a GmbH, are prohibited pursuant to Section 30 (1) GmbHG, if and to the extent that, as a consequence, the commercial law equity of the general partner-GmbH is reduced below the amount of its registered share capital. As a consequence of such prohibited payments, the managing director of the general partner-GmbH may, in principle, become liable, in addition to the recipient of the payments, vis-à-vis the KG. These principles have now been further defined by the German Federal Court of Justice („BGH“) in its decision of 9 December 2014 (Az. II ZR 360/13).

Background

Payments from the assets of a GmbH & Co. KG may reduce the commercial law equity of the general partner-GmbH below its registered share capital in particular as the general partner-GmbH is generally liable for all obligations of the KG (see Sections 128, 161 (2) Commercial Code). In the event that the financial situation of the KG deteriorates, such risk increases as the recourse claim of the general partner, which it has under applicable law in the event that it is held liable for obligations of the KG (Section 110 Commercial Code) is no longer fully of value and may therefore no longer be accounted for in the commercial law balance sheet of the general partner-GmbH. If the general partner-GmbH holds a participation in the GmbH & Co. KG, the commercial equity of the general partner-GmbH might even be further reduced in the event of a deterioration of the financial situation of the KG, as this might result in a depreciation of the value of the general partner's interest in the KG.

Facts underlying the decision of the BGH

In the abovementioned decision of the BGH, the GmbH & Co. KG had two general partners – a GmbH and, in addition, an individual. A shareholder of the general partner-GmbH, who was also, indirectly, a limited partner of the KG, received payments from the assets of the KG (approximately EUR 3 m) for private purposes. Following the commencement of insolvency proceedings over the assets of the KG, the insolvency administrator held the managing director of the general partner-GmbH liable for damages in the amount of the aforementioned payments made (Section 43 (3) sentence 1 GmbHG and Section 30 (1) sentence 1 GmbHG).

Solution of the BGH

The BGH decided that a liability pursuant to Section 30 (1) sentence 1 GmbHG for prohibited payments to a shareholder of the general partner-GmbH, which is also a limited partner, is not necessarily excluded only because, in addition

to the GmbH, an individual acts as a general partner with unlimited personal liability. The participation of an individual as general partner has however an implication to the extent that in the context of the determination whether a payment resulted in the commercial equity of the general partner-GmbH being reduced below its registered share capital, a recourse claim of such GmbH vis-à-vis the other general partner pursuant to Section 426 (1) Civil Code might be taken into account, however to only the extent that it is of value (i.e. it can be realized).

Comparison to cases in which payments are made to a limited partner which is not a shareholder of the general partner-GmbH

According to the BGH, a different decision is justified if a payment is made to a limited partner which is not also a shareholder of the general partner-GmbH. According to the opinion of the BGH, any liability pursuant to Section 30 (1) GmbHG for any indirect payments from the preserved assets of a GmbH requires that the recipient of the payment has a certain legal responsibility for the endowment of the company with liable capital. This is, according to the BGH, always the case in respect of a limited partner which is (also) a shareholder of the general partner-GmbH but usually not for shareholders which are only limited partners in the event that also an individual acts as general partner who is then at least coresponsible for the capital situation of the KG. As a consequence, payments to such limited partners are generally not subject to the prohibitions of Section 30 (1) sentence 1 GmbHG, if the GmbH & Co. KG has also an individual acting as general partner.

Summary and recommendation

If in addition to the general partner-GmbH, a GmbH & Co. KG also has an individual acting as general partner, the liability pursuant to Section 30 (1) sentence 1 GmbHG as a consequence of payments to a limited partner is usually excluded unless the limited partner to which the payment from the assets of the KG is made is also a shareholder of the general partner-GmbH. If, e.g. as guarantor or security provider, a GmbH & Co. KG is a party to financing arrangements, this should be taken into account in the negotiation of standard „limitation languages". Such limitation languages, which were repeatedly a subject of our newsletters (most recently in the newsletter of December 2014), are usually agreed and incorporated in financing and security agreements in particular for the avoidance of personal liability risks of managing directors, if subsidiaries are guaranteeing or providing collateral for (credit) liabilities of direct or indirect shareholders. ■



Dr Peter Ruby
is a partner in the Banking, Finance and Capital Markets practice group at CMS Stuttgart.
E peter.ruby@cms-hs.com



Dr Andreas Grunert
is a lawyer in the Banking, Finance and Capital Markets practice group a CMS Stuttgart.
E andreas.grunert@cms-hs.com

Insolvency law treatment of repayment claims on account of unjustified reversals by the insolvency administrator

In a recent ruling (BGH, judgment dated 29/01/2015 – IX ZR 258/12), the German Federal Court of Justice (BGH) gave its opinion on the question of how repayment claims from a debtor's bank should be treated under insolvency law which arose after a so-called "weak" provisional insolvency administrator wrongfully caused payments to be reversed.

The answer to this question turns on whether the payment is made before or after the opening of insolvency proceedings. Provided that the payment is made before insolvency proceedings are opened, the repayment claim is not regarded as a debt incumbent upon the estate; otherwise, the full amount of the reversed payment can be claimed as a preferential claim against the insolvency assets in accordance with section 55 sub-section 1 no. 3 of the German Insolvency Code (InsO).

Facts of the case

The claimant, who operates the toll road system in Austria, appointed the debtor to sell toll credits in Germany in 2006. The contractual agreements provided that cash payments from customers would be accepted by the debtor in the name and on behalf of the claimant and would be collected by the claimant no later than on the second day following the payment date from an account held by the debtor at a German bank (hereafter the "debtor bank").

An application was made for insolvency proceedings to be opened in relation to the debtor's assets at the end of July 2008 and the defendant was appointed as a "weak" provisional insolvency administrator pursuant to section 22 sub-section 2 of the InsO, i.e. the insolvency administrator had a right of prior consent, but the insolvency court did not impose any general prohibition on the transfer of assets on the debtor. It also authorised the defendant to collect bank deposits and other receivables of the debtor and to accept monies.

At the defendant's request, the debtor bank reversed direct debits totalling around EUR 65,000 which the claimant had made in the period between the end of May 2008 and the end of July 2008.

Insolvency proceedings were opened in relation to the debtor's assets on 1 October 2008 and the defendant was appointed as insolvency administrator.

After having been assigned the claims by the debtor bank, the claimant demanded payment of the reversed amounts, totalling approximately EUR 65,000, from the defendant out of the insolvency assets. The claimant stated that the reversed amounts had already been implicitly approved by the debtor before the reversal, and the debtor had therefore been unjustly enriched as a result of the reversals.

Court ruling

The BGH ruled that the enrichment-based claim for repayment of the reversed amounts from the debtor bank did not represent a liability incumbent upon the insolvency assets if the repayment took place before the opening of the insolvency proceedings.

As such, it confirmed the judgment of the previous court, which had determined that debits by the debtor bank from the debtor's account had been implicitly approved before the statements to the contrary made by the defendant. It noted that in accordance with supreme court case law this was normally the case when it was evident to the bank that regular, recurring direct debits from an ongoing business relationship were involved, which the account holder had approved in the past, which was true in the case in question.

The BGH went on to state that the reversals made in the context of the debtor's relationship with the debtor bank ("cover relationship") did not give rise to any claim by the claimant against the debtor ("underlying obligation").

Of greater interest in this regard are the subsequent comments on the merits of the claims assigned to the defendant by the debtor bank arising from the cover relationship with the debtor.

The crucial factor for classification of the repayment claim under insolvency law is the point in time at which the reversed amount was repaid to the defendant/debtor. This is apparent from the following points made by the BGH: If a direct debit had already been implicitly approved before the provisional insolvency administrator refused authorisation, then the refusal embodied in the reversal demand has no effect. If the reversal is initiated by the debtor bank based on the objection by the provisional insolvency administrator, this represents an attempt on the part of the bank to meet its presumed obligation under the giro contract to correct the account. However, there is in fact no such obligation because of the effective implicit approval. As a result, any corresponding reversal – under the circumstances stated – does not give rise to a claim on the part of the debtor against their bank, and merely results in a posting by the bank. Such a posting can be corrected at any time. However, a payment claim on the part of the debtor bank only arises after payment of the corresponding amount to the debtor (or the provisional insolvency administrator).

If this payment is made after the opening of insolvency proceedings, the claim which then exists on the part of the debtor bank for repayment on account of unjust enrichment in accordance with section 55 sub-section 1 no. 3 of the InsO is a liability incumbent upon the insolvency assets. However, if the reversed direct debit is paid to the debtor or the provisional insolvency administrator before the opening of insolvency proceedings, the claim for repayment is merely an insolvency claim pursuant to section 38 of the InsO.

For this reason, the Court stated that section 55 sub-section 1 no. 3 of the InsO was inapplicable, since it did not cover cases where a reversed direct debit was paid to the debtor prior to the opening of insolvency proceedings. Said provision presupposes a situation in which enrichment of the assets takes place after the opening of insolvency proceedings.

The Court held that section 55 sub-section 2 clause 1, InsO was not applicable either directly or analogously: direct application requires that the insolvency court has imposed a general prohibition on the transfer of assets on the debtor. However, in the present dispute the effectiveness of the debtor's dispositions was only made dependent on the consent of the provisional insolvency administrator.

Analogous application of section 55 sub-section 2 clause 1 of the InsO is also not possible. A "weak" provisional insolvency administrator is only able to establish liabilities incumbent upon the insolvency assets to the extent that he or she obtains individual authorisation from the insolvency court to enter into obligations specified beforehand at the expense of the subsequent insolvency assets. Ultimately, there was no individual authorisation that met these requirements. While the provisional insolvency administrator was acting based on an individual authorisation in accepting payment of the amounts reversed by the debtor bank, this authorisation was not granted for the purpose of entering into liabilities incumbent upon the subsequent assets. The BGH justified this view by reference to the object and purpose of section 55 sub-section 2 clause 1 of the InsO, whereby the provisional insolvency administrator is able to establish liabilities incumbent upon the insolvency assets primarily in order to provide the business partners of an insolvent company with an incentive to maintain their business relationship during insolvency proceedings. However, since a "weak" insolvency administrator does not have any such option, the confidence and trust of the business partners can only be based on individual authorisations. In this respect, the need to protect the contractual partner requires that the authorisation should make clear whether and to what extent the provisional administrator is able to establish liabilities at the expense of the subsequent assets. A general authorisation to collect receivables is not sufficient here.

Consequences in practice

In the event of any uncertainty, banks must therefore clarify whether a reversal of direct debits is possible, or whether they have already been (implicitly) approved, and establish whether the provisional administrator involved is a "weak" or "strong" insolvency administrator. In the former case, an attempt should be made to postpone any repayment until after the opening of insolvency proceedings in order to ensure recoverability as a preferential claim against the insolvency assets in the event that recoverability is not otherwise possible. ■



Dr Alexandra Schluck-Amend
is a partner in the Restructuring division at CMS Stuttgart.
E alexandra.schluck-amend@cms-hs.com

In Brief

Protecting the choice of auditor under new EU law as of June 2017

New regulations on company annual audits were enacted at the European level last year which, among other things, provide for a choice of auditor by the annual shareholders' meeting or the company meeting. In order to protect this freedom, contractual clauses are forbidden under the relevant Regulation (EU) 537/2014 and Directive 2014/56/EU if they restrict a company's choice of auditor. In accordance with Art. 16 section 6 of Regulation (EU) 537/2014, the prohibition applies to contracts with "Public Interest Entities", while Directive 2014/56/EU (in Art. 1 no. 30) relates to other entities. Public Interest Entities include credit institutions, insurance companies and companies admitted to a regulated market. Unlike the directly applicable Regulation, the Directive solely serves to amend the 2006 Statutory Audit Directive and will ultimately be implemented in national law, probably via the German Commercial Code (HGB). The prohibition clause in Art. 16 section 6 of the Regulation relating to Public Interest Entities will come into force on 17 June 2017 – the same day that the implementation period for the Directive ends. As such, the prohibitions referred to above will also apply to contracts with other entities by mid-2017 at the latest. There are no transitional provisions, meaning that existing contracts will also be covered by the new rules.

There are many indications that the new provisions should be regarded as mandatory international law, rather than just mandatory private law. Accordingly, courts in the European Union could also apply the ban on corresponding contractual arrangements if the contracts involved are subject to a non-European legal system, e.g. if US private law is selected, on account of their impact on national interests. Classifying commercial law provisions as overriding mandatory provisions is not unusual in cases where they help to ensure the reliable functioning of capital markets. The recitals to Regulation (EU) 537/2014 explicitly mention contributing to the "smooth functioning of the internal market". The requirement in recital no. 16 of Directive 2014/56/EU that Member States should introduce sanctions under administrative law for breaches of the rules is also indicative of an overriding mandatory provision. The national implementing acts that will come into force by mid-2017 at the latest based on Directive 2014/56/EU would thus be overriding mandatory provisions in accordance with Art. 9 section 1, 2 of the Rome I Regulation, and could be applied by German and other European courts irrespective of the applicable private legal system. The same effectively goes for the provisions of Regulation (EU) 537/2014 – except that these can already be applied thanks to their direct applicability under Community law, without the need to cite Article 9 of the Rome I Regulation.

The existing customary restrictions on the choice of auditor by the borrower to the benefit of the lender in the standard financing agreements of the Loan Market Association (LMA) are no longer tenable in view of the new rules. The LMA has accordingly already put forward a corresponding amendment to the sample clauses and completely eliminated any influence by the lender on the selection of the auditor, at least for agreements which will be subject to the new EU law. Instead, the proposal is for a "monitoring accountant" acting on behalf of the lender who is able to review the annual reports prepared by the borrower-appointed auditor. Whether this will ultimately be seen as an attempt to circumvent European law and therefore also as inadmissible influence remains to be seen. ■



Axel Dippmann
is a partner in the Banking, Finance and Capital Markets practice group at CMS Berlin.
E axel.dippmann@cms-hs.com



Sebastian von Allwörden
is a trainee lawyer in the Banking, Finance and Capital Markets practice group at CMS Berlin.
E sebastian.vonallwoerden@cms-hs.com



RegZone

www.cms-lawnow.com/regzone

Keep up-to-date. Keep connected. RegZone provides you with expert analysis and daily news from the fast-changing world of European financial institution regulation. The platform has a substantial online research resource and a flexible email service, tailored to your needs.

Benefits of subscription include:

— **Latest news:** Updated daily and displayed on each topic page on the RegZone website. Choose to receive the news in a daily or weekly digest email.

— **Sector focus:** Delivering content that is most relevant to you, covering banking and finance, insurance, securities and derivatives, and asset management and funds.

— **Real time eAlerts:** Emails delivering your chosen content directly to your inbox.

— **Research resource:** The website offers a wealth of expert analysis on European financial institution regulation.

— **RegZone toolkit:** Regulatory data accessible via the news wizard, jargon buster, reform tracker and training programme.

If it is of interest then please sign up now or visit RegZone to have a look around.

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozietäten. Mehr als 600 Anwälte sind in acht wichtigen Wirtschaftszentren Deutschlands sowie in Brüssel, Moskau, Peking und Shanghai für unsere Mandanten tätig. CMS Hasche Sigle ist Mitglied der CMS Legal Services EEIG, einer europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung zur Koordinierung von unabhängigen Anwaltssozietäten. CMS EEIG ist nicht für Mandanten tätig. Derartige Leistungen werden ausschließlich von den Mitgliedssozietäten in den jeweiligen Ländern erbracht. CMS EEIG und deren Mitgliedssozietäten sind rechtlich eigenständige und unabhängige Einheiten. Keine dieser Einheiten ist dazu berechtigt, im Namen einer anderen Verpflichtungen einzugehen. CMS EEIG und die einzelnen Mitgliedssozietäten haften jeweils ausschließlich für eigene Handlungen und Unterlassungen. Der Markenname „CMS" und die Bezeichnung „Sozietät" können sich auf einzelne oder alle Mitgliedssozietäten oder deren Büros beziehen.
www.cmslegal.com

CMS-Standorte:
Aberdeen, Algier, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Belgrad, Berlin, Bratislava, Bristol, Brüssel, Budapest, Bukarest, Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt/Main, Genf, Glasgow, Hamburg, Istanbul, Kiew, Köln, Leipzig, Lissabon, Ljubljana, London, Luxemburg, Lyon, Madrid, Mailand, Maskat, Mexiko-Stadt, Moskau, München, Paris, Peking, Podgorica, Prag, Rio de Janeiro, Rom, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sofia, Straßburg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Warschau, Wien, Zagreb und Zürich.

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar und verfolgt ausschließlich den Zweck, bestimmte Themen anzusprechen. Sie erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und die in ihr enthaltenen Informationen können eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Sollten Sie weitere Fragen bezüglich der hier angesprochenen oder hinsichtlich anderer rechtlicher Themen haben, so wenden Sie sich bitte an Ihren Ansprechpartner bei CMS Hasche Sigle oder an den Herausgeber. CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB, Sitz: Berlin, (AG Charlottenburg, PR 316 B), Liste der Partner: s. Website.

www.cms-hs.com

© CMS Hasche Sigle (July 2015) – UMR