

Update Bankrecht

August 2019



BaFin-Verbot des Verkaufs binärer Optionen an Privatkunden gilt auch im Rahmen der Vermögensverwaltung

Seit dem 1. Juli 2019 sind Vermarktung, Vertrieb und Verkauf von binären Optionen an Privatkunden in Deutschland verboten. Binäre Optionen (auch digitale Optionen genannt) sind alle Derivate mit Barausgleich, bei denen die Zahlung eines festen Grundbetrages davon abhängt, ob bei oder vor Ablauf des Derivats in Bezug auf den Preis, den Kurs oder den Wert eines Basiswerts ein oder mehrere Ereignisse eintreten. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Basiswert bei Ablauf des Derivats einen bestimmten Preis erreicht hat. Dieses Verbot wird in einer Allgemeinverfügung der BaFin ausgesprochen, mit der diese von Ihrem seit MiFID II/MiFIR eingeräumten Recht zum Verbot bestimmter Produkte (Produktintervention) Gebrauch macht.¹ Das Verbot ist unbefristet und knüpft an ein vorangegangenes, vorübergehendes Verbot der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) an.

In der Allgemeinverfügung wird zwar der in den EU-Richtlinien gebräuchliche Begriff des ~~„Kleinanlegers“~~ verwendet, gemeint sind damit aber Privatkunden im Sinne des § 67 Abs. 3 WpHG.

Nach Ansicht der BaFin bestehen erhebliche Anlegerschutzbedenken gegen binäre Optionen, weil diese Instrumente komplex und wenig transparent sind sowie glücksspielartigen Charakter haben. Die Aufsichtsbehörden fast aller EU-Länder teilen die Bedenken gegenüber binären Optionen und haben ebenfalls entsprechende Verbote erlassen. Die ESMA hatte auf ihrer Website zu der Allgemeinverfügung der BaFin öffentlich Stellung genommen und sie als gerechtfertigt und verhältnismäßig bewertet.

Aus der Allgemeinverfügung geht allerdings nicht unmittelbar hervor, ob auch im Rahmen der Vermögensverwaltung der Einsatz der binären Optionen untersagt ist.

Auf unsere Anfrage bei der zuständigen Stelle der BaFin teilte diese mit, das Verbot gelte auch, wenn binäre Optionen im Rahmen einer Vermögensverwaltung für Privatkunden einge-

Dieses Update Bankrecht beinhaltet keinen Rechtsrat. Die enthaltenen Informationen sind sorgfältig recherchiert, geben die Rechtsprechung und Rechtsentwicklung jedoch nur auszugsweise wieder und können eine den Besonderheiten des einzelnen Sachverhalts gerecht werdende individuelle Beratung nicht ersetzen.

www.lws-law.com

¹https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Verfuegung/vf_190701_allgvgf_Binaere_Optionen.html

setzt werden. Zwar würden - so die BaFin - Vermarktung, Vertrieb und Verkauf von binären Optionen an Professionelle Kunden (gem. § 67 Abs. 2 WpHG) durch die Allgemeinverfügung weder untersagt noch beschränkt. Zudem seien Wertpapierdienstleistungsunternehmen, die Finanzportfolioverwaltung erbringen, gemäß Professionelle Kunden (§§ 2 Abs. 8, 67 Abs. 2 Ziffer 1 a) WpHG). Gleiches gelte auch nach den Vorschriften der MiFID II für sWertpapierfirmen%die sWertpapierdienstleistungen%wie die Finanzportfolioverwaltung erbringen.

Im Rahmen der Finanzportfolioverwaltung erfolge jedoch der etwaige Erwerb von binären Optionen nicht im eigenen Namen und auf eigene Rechnung des Wertpapierdienstleistungsunternehmens bzw. der Wertpapierfirma, sondern für andere%(siehe dazu auch die sHinweise zum Tatbestand der Finanzportfolioverwaltung%der BaFin vom 03.11.2011, geändert am 25.07.2018, dort unter 1. c). Sofern es sich bei den sAnderen%um Privatkunden handele, für die im Rahmen von diskretionären Vermögensverwaltungsverträgen%binäre Optionen erworben würden, finde . so die BaFin - damit zwingend ein Verkauf von binären Optionen durch deren Anbieter an Privatkunden im Sinne der Allgemeinverfügung statt, der nunmehr untersagt ist.

In der Begründung der Allgemeinverfügung wird zwar darauf abgestellt, dass binäre Optionen vor dem Verbot in aller Regel ohne die Bereitstellung von Anlageberatung oder Finanzportfolioverwaltung abgeschlossen wurden. Hieraus könne . so die BaFin - jedoch nicht der Schluss gezogen werden, Vermarktung, Vertrieb und Verkauf von binären Optionen seien nicht verboten, wenn sie im im Rahmen von diskretionären Vermögensverwaltungsverträgen%erfolgen. Die erheblichen Bedenken für den Anlegerschutz resultieren nicht alleine aus den in der Allgemeinverfügung unter B. I. 2.4 (sVermarktungs- und Vertriebstätigkeiten in Bezug auf binäre Optionen%genannten Gründen, sondern ungeachtet der Frage, ob die Bereitstellung ohne oder mit Anlageberatung bzw. Finanzportfolioverwaltung erfolgt. Die BaFin verweist insbesondere auf die unter B. I. 2.1 sowie 2.3 bis 2.6 der Allgemeinverfügung genannten Gründe wie z. B. das Ungleichgewicht zwischen Rendite und Verlustrisiko.

Die Auffassung der BaFin überzeugt in der Sache nicht, da bei der Beauftragung eines lizenzierten und beaufsichtigten Vermögensverwalters das Anlegerschutzbedürfnis eigentlich geringer sein sollte. Andererseits überrascht die Position der BaFin nicht, denn auch in anderem Zusammenhang (z. B. bei den Regelungen zur Product Governance) wenden die Aufsichtsbehörden ESMA und BaFin Regelungen . ohne Not . extensiv an, indem sie auch dort die Auffassung vertreten, es finde im Rahmen der Vermögensverwaltung ein Verkauf von Produkten statt.

Wenn Sie Fragen zu diesem Update Bankrecht haben oder weitere Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihren üblichen Ansprechpartner bei LACHNER WESTPHALEN SPAMER oder an:



Dr. Jochen Eichhorn
Partner, Rechtsanwalt

LACHNER
WESTPHALEN
SPAMER

RECHTSANWÄLTE ® NOTAR
CORNELIUSSTRASSE 15 ® 60325 FRANKFURT AM MAIN
TELEFON +49 69 789 88-00 TELEFAX +49 69 789 88-099
WWW.LWS-LAW.COM