

Finger weg vom Bankgeschäft

Stand: Dezember 2019

Leider stolpern immer wieder Vermögensverwalter, Vermittler und Vertriebe in erlaubnispflichtige Bankgeschäfte und erbringen diese, zumeist unbeabsichtigt. Dann ist der Ärger groß, weil die BaFin sich in ihrer Hauptaufgabe herausgefordert fühlt, nämlich unerlaubtes Bankgeschäft und unerlaubte Finanzdienstleistungen zu verhindern. Leider ist die genaue Abgrenzung manchmal nicht einfach und deswegen erlaube ich mir, den Rahmen aufzuzeigen und bitte Sie, diese Grenzen unbedingt zu beherzigen:

Einlagengeschäft

Ein Einlagengeschäft ist die Annahme fremder Gelder als Einlagen oder anderer, unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums (sofern der Rückzahlungsanspruch nicht in Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen verbrieft wird), ohne Rücksicht darauf, ob Zinsen vergütet werden. Bis vor wenigen Jahren war das Einlagengeschäft nur die Annahme fremder Gelder als Einlagen. Die Aufsichtsbehörden haben das restriktiv ausgelegt, es musste ein bankmäßig betriebenes Einlagengeschäft sein, d.h. typisches Aktiv-/Passivgeschäft, Hereinnahme von Einlagen für Ausleihungen an Kunden, d.h. die klassische Tätigkeit einer Bank.

Der Tatbestand wurde ausgeweitet und erfasst ist auch die „Annahme unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums“. Da rutscht man schon viel schneller hinein, es reicht aus, Gelder des Publikums anzunehmen und dem Kunden zu versprechen, dass er dieses Geld wieder zurückbekommt. Dabei spielt es keine Rolle, ob Zinsen versprochen werden.

Das kann schon der Fall sein, wenn dem Kunden ein Garantieprodukt verkauft wird, z.B. ein Fonds, egal ob offen oder geschlossen, bei dem der Kunde das Versprechen erhält, seine Einzahlung auf jeden Fall wieder zurückzubekommen, d.h. nicht am Verlust teilzunehmen. Das kann auch bei einer Vermögensverwaltung der Fall sein, wenn der Vermögensverwalter dem Kunden garantieren würde, dass sein Portfolio nicht unter einen bestimmten Wert sinkt. In all diesen Fällen nimmt die BaFin ein Einlagengeschäft an, weil letztlich wirtschaftlich dem Kunden eine Einlage versprochen wird, er erhalte die Zusage, seine eingezahlten Gelder wieder zurückzubekommen, ohne Bedingung. Das ist Einlagengeschäft.

Das gleiche gilt, wenn eine Gesellschaft sich nicht über Bankkredite, sondern über Kredite des Publikums finanzieren will. Da Kredite in der Regel ohne Bedingung zurückgezahlt werden müssen, liegt aus Sicht der BaFin ein Einlagengeschäft dessen vor, der die Gelder einwirbt und entgegennimmt. Davon gibt es nur wenige Ausnahmen, z.B. gilt ein Darlehen eines persönlich haftenden Gesellschafters, der auch in die Geschäftsführung eingebunden ist, nicht als Kredit „des Publikums“, weil der persönlich haftende Gesellschafter kein fremder Dritter ist. Auch Kreditinstitute gelten nicht als „Publikum“, weswegen die Entgegennahme von Bankkrediten nicht als Einlagengeschäft gilt. Schwierigkeiten bereiten aber immer wieder vergleichbare

Finanzierungsformen, wie z.B. „Schwarm-Finanzierungen“ oder Mezzanin-Finanzierungen an Unternehmen, sie alle können Einlagengeschäft sein.

Diese Finanzierungsformen sind erst dann kein Einlagengeschäft mehr, wenn die Rückzahlung an Bedingungen geknüpft wird, z.B. eine Verlustteilnahme vorgesehen ist, wie oft bei stillen Gesellschaftern oder wenn z.B. eine Nachrangklausel vereinbart wird, nach der der Kredit erst nach Befriedigung aller anderen Gläubiger zurückgezahlt wird.

Bitte berücksichtigen Sie auch, dass zum unerlaubten Bankgeschäft auch Beihilfe geleistet werden kann, die auch strafbar wäre. Wenn z.B. ein Family Office, ein Vermittler oder ein Vermögensverwalter seinen Kunden Finanzierungsmöglichkeiten von Unternehmen bietet und Kredite an diese Unternehmen vermittelt, kann er Beihilfe zum unerlaubten Einlagengeschäft dieser kreditsuchenden Firmen leisten und wäre dann nicht nur strafbar, sondern auch in der Haftung.

Kreditgeschäft

Die andere Seite der Medaille ist das Kreditgeschäft. Kreditgeschäft betreibt, wer Gelddarlehen gewährt. Die Gewährung von Gelddarlehen nimmt die BaFin aber nicht nur an, wenn direkt ein Kreditvertrag geschlossen wird, sondern auch bei vergleichbaren wirtschaftlichen Gestaltungen. Lässt z.B. ein Unternehmer Forderungen von Lieferanten stehen, streckt oder prolongiert er Forderungen Dritter, gewährt er wirtschaftlich einen Kredit und betreibt möglicherweise das Kreditgeschäft als Bankgeschäft. Das ist auch der Fall, wenn Vertriebspersonen Provisionsvorschüsse gewährt werden, die dann durch Vermittlungsleistung und Vertrieb von Wertpapieren, Versicherungen oder Darlehen wieder „zurückgezahlt“ werden müssen. Ein Provisionsvorschuss ist nichts anderes als ein Darlehen.

Hier hilft auch wieder eine qualifizierte Nachrangklausel, wenn jemand mit seiner Forderung hinter alle anderen Gläubiger zurücktritt, dann handelt es sich wirtschaftlich gesehen weniger um einen Kredit, sondern eher um die Gewährung von Eigenkapital und dann scheidet das Kreditgeschäft aus.

Sie sehen, die Fälle sind „tricky“ und man muss im Zweifel genau hinsehen. Hilfreich sind die Merkblätter der BaFin zum Einlagengeschäft und zum Kreditgeschäft. Sie sind sehr illustrativ mit vielen Beispielen.

Bankgeschäft wird erst betrieben, wenn es einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert oder gewerbsmäßig erbracht wird. Dazu hat die BaFin Bagatellgrenzen veröffentlicht. Z.B. beim Kreditgeschäft geht die BaFin erst dann vom Bankgeschäft aus, wenn die Kreditsumme über € 500.000 beträgt oder mehr als 20 Darlehen gewährt werden.

Diese Bagatellgrenzen helfen aber nicht, wenn eine Aktiengesellschaft oder eine GmbH tätig wird, weil diese ja per se schon Kaufmann ist und ein Gewerbe betreibt, bei diesen wird die Gewerbsmäßigkeit von Anfang an unterstellt.

Drittstaateneinlagenvermittlung

Oft wird übersehen, dass die Drittstaateneinlagenvermittlung erlaubnispflichtige Finanzdienstleistung ist. Das ist die Vermittlung von Einlagengeschäften an Unternehmen mit Sitz außerhalb der EU oder des EWR. Werden also z.B. Kunden geworben, um das oben

beschriebene Einlagengeschäft in die USA, in die Schweiz oder einen anderen Drittstaat zu vermitteln, so braucht der Vermittler eine Lizenz für die Drittstaateneinlagenvermittlung. Im Falle eines unregulierten Brexits würde das auch für Großbritannien gelten. Nach dem Ausscheiden aus der EU ist Großbritannien ein Drittstaat und wenn keine Regelung mit der EU/dem EWR erreicht wird, ist die Vermittlung von Einlagen nach Großbritannien Drittstaateneinlagenvermittlung.

Haftung

Bitte berücksichtigen Sie die schwerwiegenden Folgen. Unerlaubt betriebenes Bankgeschäft oder unerlaubte Finanzdienstleistung sind eine Straftat. Man würde also nicht nur Ärger mit der BaFin bekommen, die Fälle würden möglicherweise auch an die Staatsanwaltschaft abgegeben und es erfolgt eine unangenehme Ahndung. Viel schlimmer ist aber die zivilrechtliche Haftung. Wer ohne Lizenz Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen erbringt, der tut etwas Verbotenes und haftet vollständig dafür. Es ist wie Fahren ohne Führerschein. Selbst wenn ein Anderer am Unfall schuld ist, würde ein Richter dem Fahrer ohne Führerschein immer vorhalten, er hätte gar nicht fahren dürfen und deswegen hat er die überwiegende Schuld am Unfall. Ganz ähnlich ist es mit unerlaubtem Bankgeschäft oder unerlaubter Finanzdienstleistung. Ohne Lizenz darf diese nicht erbracht werden und deswegen haftet der Täter dem Anleger für alle möglicherweise entstehenden Schäden.

Ein zugelassener Vermögensverwalter wird sich vor Gericht auch so gut wie nie auf einen Irrtum herausreden können. Von einem zugelassenen Vermögensverwalter würde die BaFin und auch ein Gericht erwarten, dass er sich mit den Grenzen seiner Lizenz vertraut gemacht hat und ihm klar ist, wann er unerlaubtes Einlagengeschäft oder unerlaubtes Kreditgeschäft erbringt.

Mit den besten Grüßen

Ihr
Dr. Christian Waigel
Rechtsanwalt