

# Willkommen auf der Seite der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

Sie sind hier: [Startseite](#) [Daten & Dokumente](#) [Merkblätter](#) **[Merkblatt Einlagengeschäft](#)**

---

## Merkblatt - Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts

(Stand: August 2011)

4. August 2011

---

---

### Auf dieser Seite:

- 1. Der Tatbestand des Einlagengeschäfts
  - a) Annahme von Geldern
    - aa) Gelder
    - bb) Annahme
  - b) Fremde/unbedingt rückzahlbare Gelder des Publikums
    - aa) Rückzahlbare Gelder
    - bb) Unbedingte Rückzahlbarkeit
      - Mezzanine-Finanzierungen
      - Nachrangdarlehen
      - Partiarische Darlehen
      - Stille Gesellschaften; Genussrechte
      - Gesellschafterdarlehen; Guthaben auf Privat- oder Verrechnungskonten bei Personenhandelsgesellschaften
      - Waren-genossenschaften
      - Geschäftsbesorgungsverträge (u. a. Weiterleitungsfälle)
    - cc) Gelder des Publikums
  - c) Der Spezialfall der 1. Alternative: „als Einlage“
  - d) Bereichsausnahme „Inhaber- und Orderschuldverschreibungen“
  - e) Ungeschriebenes, den Tatbestand einschränkendes Merkmal der „Bestellung einer der Art nach banküblichen Sicherheit“
  - f) Ohne Rücksicht darauf, ob Zinsen vergütet werden
  - g) Betreiber des Einlagengeschäfts
- 2. Erlaubnispflicht für das Betreiben des Einlagengeschäfts
- 3. Ausnahmen von der Erlaubnispflicht
- 4. Hinweise und Anschriften

### 1. Der Tatbestand des Einlagengeschäfts

Einlagengeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 des Gesetzes über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz – KWG) ist die Annahme

- fremder Gelder als Einlagen oder
- anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums,

ausgenommen die Ausgabe von Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen. Auf eine Verzinsung der Gelder kommt es nicht an.

## a) Annahme von Geldern

Der Einlagengeschäftstatbestand besteht aus zwei Tatbestandsalternativen: Zum einen wird durch die 1. Alternative die Annahme „fremder Gelder als Einlagen“, zum anderen durch die 2. Alternative die Annahme „anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder“ erfasst. Beiden Alternativen ist zunächst die „Annahme von Geldern“ gemeinsam.

### aa) Gelder

„Geld“ im Sinne der Norm ist jedes gesetzliche Zahlungsmittel. Sichtguthaben bei lizenzierten Kreditinstituten im In- oder Ausland (Buchgeld) stehen Bargeld gleich. Private Währungen (so genannte Komplementärwährungen) zählen dagegen nicht als Geld, es sei denn die Vertragsbedingungen der ausgebenden Stelle sehen einen Umtausch in gesetzliche Zahlungsmittel oder entsprechendes Buchgeld vor.

Da Wertpapiere keine „Gelder“ in diesem Sinne sind, betreibt der Darlehensnehmer von Wertpapierdarlehen (sog. „Wertpapierleihe“) kein Einlagengeschäft.

### bb) Annahme

Unter „Annahme“ ist bei Bargeld die tatsächliche Entgegennahme zu verstehen. Bei Buchgeld besteht die „Annahme“ in der Kontogutschrift im Rahmen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs.

Nach Sinn und Zweck der Vorschrift sind auch Gelder, die durch eigene Kreditschöpfung (Gutschrift eines Kreditbetrages auf dem Konto des Kunden) oder durch Umbuchung „entstehen“, im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG „angenommene“ Gelder. Aus dem weiteren Tatbestandsmerkmal „ohne Rücksicht darauf, ob Zinsen vergütet werden“ lässt sich ableiten, dass der Gesetzgeber unter dem Einlagentatbestand jede bankwirtschaftliche Einlage erfassen wollte. Aus bankwirtschaftlicher Sicht werden Beträge, die durch eigene Kreditschöpfung entstehen, dem Girokonto des Kunden in gleicher Weise gutgeschrieben wie Gelder, die der Kunde selbst einzahlt oder ihm von dritter Seite gutgeschrieben werden. Derartige Gelder unterliegen den gleichen Regeln (Verfügbarkeit, Verzinsung etc.) wie die übrigen Gelder.

Habensalden auf Kontokorrentkonten, über die beiderseitige Warenlieferungen abgewickelt werden, sind hingegen nach ständiger Verwaltungspraxis nicht vom Einlagengeschäftstatbestand erfasst, wenn ein taggleicher Ausgleich von Haben- und Sollsalden stattfindet.

## b) Fremde/unbedingt rückzahlbare Gelder des Publikums

In der 1. Alternative werden die angenommenen Gelder als „fremde“ Gelder näher bestimmt. Mit dem Merkmal „fremd“ soll zum Ausdruck gebracht werden, dass die angenommenen Gelder nicht endgültig bei dem annehmenden Unternehmen verbleiben, dieses vielmehr verpflichtet ist, dem Berechtigten Geld in gleicher Menge nach Maßgabe der hierüber getroffenen Vereinbarungen zurückzuzahlen. „Fremde Gelder“ sind damit „rückzahlbare Gelder“.

Aus der Formulierung der 2. Alternative als Auffangtatbestand („oder **anderer** unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums“) ergibt sich ferner, dass auch durch die 1. Alternative nur solche Gelder erfasst werden, die „unbedingt rückzahlbare Gelder des Publikums“ darstellen. Die Annahme „unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums“ ist daher Merkmal **beider** Alternativen des Einlagengeschäftstatbestands.

Die Merkmale „fremd“ im Sinne der 1. Alternative und „unbedingt rückzahlbar“ im Sinne der 2. Alternative werden daher im Folgenden gemeinsam unter dem Begriff „unbedingt rückzahlbare Gelder des Publikums“ erörtert.

### aa) Rückzahlbare Gelder

„Rückzahlbar“ sind Gelder, wenn ein zivilrechtlicher Anspruch auf ihre Rückzahlung besteht (z. B. aus einem Darlehen nach § 488 Abs. 1 BGB). Auch betagte Ansprüche oder Gelder, die erst durch eine Kündigung des Anspruchsberechtigten fällig gestellt werden, sind rückzahlbar.

Dieser Rückzahlungsanspruch muss, wie typischerweise bei einem Darlehen, bereits bei Annahme der Gelder vereinbart werden („die Annahme *rückzahlbarer* Gelder“). An diesem Merkmal fehlt es, wenn der Rückzahlungsanspruch erst später, z.B. durch Rückabwicklung des Vertrages, entsteht. So betreibt der Verkäufer, der im Rahmen eines Kaufvertrages Anzahlungsraten vom Käufer entgegennimmt, kein Einlagengeschäft, selbst wenn die Raten auf Jahre im Voraus erbracht oder gar verzinst werden, da ein Rückzahlungsanspruch hier erst bei einem Scheitern des Vertrages

entsteht. Wird jedoch eine Kaufpreisschuld durch eine entsprechende nachträgliche vertragliche Vereinbarung in ein Darlehen umgewandelt (Vereinbarungsdarlehen), so betreibt der Darlehensnehmer von diesem Zeitpunkt an das Einlagengeschäft.

Ist bei Abschluss eines „Kaufvertrags“ der Kaufgegenstand weder bestimmt noch bestimmbar, liegt bereits zivilrechtlich kein Kaufvertrag vor. Hier kann ein Einlagengeschäft gegeben sein, wenn der „Käufer“ Geld im Hinblick auf eventuelle spätere Käufe vorschießt.

## **bb) Unbedingte Rückzahlbarkeit**

Eine „unbedingte Rückzahlbarkeit“ im Sinne des Einlagentatbestands liegt vor, wenn die Rückzahlung der angenommenen Gelder **nicht** vom Eintritt eines zukünftigen, ungewissen Ereignisses abhängig gemacht wird.

Für die Einordnung als „unbedingt rückzahlbare“ Gelder sind unter Berücksichtigung der bankwirtschaftlichen Verkehrsauffassung insbesondere die dem Kunden angebotenen Bedingungen der Geldüberlassung, der sich hieraus ergebende tatsächliche Gehalt der Geldüberlassung sowie das werbende Auftreten des Geldannehmenden und die hierdurch beim Geldgeber bezweckte Vorstellung von der getätigten Geldanlage zu berücksichtigen (vgl. Regierungsbegründung zum Finanzkonglomeraterichtlinie-Umsetzungsgesetz, BT-Drs. 15/3641, S. 36).

Nach dem Stand der 6. KWG-Novelle, die am 01.01.1998 in Kraft trat, reichte noch ein einfacher Nachrang, wie z.B. im Sinne von § 10 Abs. 5a KWG, aus, um die Einstufung der Annahme der Gelder als Einlagengeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG auszuschließen (vgl. hierzu die Regierungsbegründung, BT-Drs. 13/7142, S. 63). Danach genügte noch, dass die Rückzahlung der zur Verfügung gestellten Gelder erst nach der Befriedigung sämtlicher anderer Gläubiger des Unternehmens erfolgen soll, die Forderung also hinter die in § 39 Abs. 1 Nrn. 1 bis 5 der Insolvenzordnung (InsO) genannten Forderungen zurücktritt.

Seit der Überarbeitung des Einlagengeschäftstatbestandes durch das Finanzkonglomeraterichtlinie-Umsetzungsgesetz ist darüber hinaus erforderlich, dass der Anspruch auf Rückzahlung solange und soweit ausgeschlossen wird, wie die Rückzahlung einen Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens herbeiführen würde. Erst der um eine solche insolvenzverhindernde Funktion aufgestockte Rangrücktritt (sog. qualifizierter Rangrücktritt) reicht danach aus, den Tatbestand des Einlagengeschäfts auszuschließen (vgl. Regierungsbegründung zum Finanzkonglomeraterichtlinie-Umsetzungsgesetz, a.a.O.).

### Mezzanine-Finanzierungen

Auch so genannte „Mezzanine-Finanzierungen“ in Form des partiarischen Darlehens, des Nachrangdarlehens und der stillen Gesellschaft können im Einzelfall als „rückzahlbare Gelder“ im Sinne des Einlagentatbestands anzusehen sein.

### Nachrangdarlehen

Beim Nachrangdarlehen wird die Rückzahlung des Darlehens durch eine so genannte „Rangrücktrittserklärung“ gegenüber anderen Gläubigern des Darlehensnehmers „nachrangig“ gestellt. Damit kann der Darlehensgeber seine Forderungen während der Insolvenz des Darlehensnehmers erst nach den anderen Gläubigern geltend machen. Einfache Nachrangklauseln, die lediglich die Rangfolge der Rückzahlungsansprüche im Falle der Insolvenz oder Liquidation des kapitalannehmenden Unternehmens festlegen, reichen nicht aus, die Geldüberlassung als „bedingt“ anzusehen (vgl. Regierungsbegründung zum Finanzkonglomeraterichtlinie-Umsetzungsgesetz, a.a.O.).

Derartige Geschäfte werden daher regelmäßig als „unbedingt rückzahlbare Gelder“ insoweit den Tatbestand des Einlagengeschäfts erfüllen. Für eine den Tatbestand des Einlagengeschäfts ausschließende Bedingung ist vielmehr die Vereinbarung eines „qualifizierten Rangrücktritts“ im oben dargelegten Sinne notwendig.

### Partiarische Darlehen

Bei partiarischen Darlehen wird vereinbart, dass der Darlehensgeber für die Überlassung des Geldes vom Darlehensnehmer eine prozentuale Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg des Darlehensnehmers erhält. Gelder, die als partiarisches Darlehen entgegen genommenen werden, stellen zumindest dann „rückzahlbare Gelder“ dar, wenn *lediglich* der Zins, nicht aber auch die Rückzahlung des Darlehens vom *Erfolg* des Unternehmens abhängig sein soll. Die Annahme von Geldern im Rahmen derart ausgestalteter partiarischer Darlehen erfüllt damit ebenfalls den Einlagengeschäftstatbestand (vgl. Regierungsbegründung zur 6. KWG-Novelle, a.a.O.). Das Einlagengeschäft kann auch hier nur über einen „qualifizierten Rangrücktritt“ ausgeschlossen werden (siehe oben).

### Stille Gesellschaften; Genussrechte

Bei einer stillen Gesellschaft beteiligt sich der Kapitalgeber gegen Gewinnbeteiligung mit einer Vermögenseinlage am Handelsgewerbe eines anderen. Sofern bei derartigen Vermögenseinlagen die Verlustteilnahme vertraglich ausgeschlossen wurde, sind die angenommenen Gelder als „unbedingt rückzahlbar“ anzusehen und erfüllen damit den Einlagengeschäftstatbestand. Hingegen sind Vermögenseinlagen stiller Gesellschafter, die – wie üblich – am laufenden Verlust des kapitalnehmenden Unternehmens teilnehmen, als nur bedingt rückzahlbar zu bewerten und erfüllen daher nicht den Tatbestand des Einlagengeschäfts (vgl. Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften, BT-Drs. 13/7142, S. 63).

Gleiches gilt für Genussrechte.

Gesellschafterdarlehen; Guthaben auf Privat- oder Verrechnungskonten bei Personenhandelsgesellschaften

Guthaben der Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften, die auf Privat- oder Verrechnungskonten bei der Gesellschaft unterhalten werden und über die die Gesellschafter frei verfügen können, stellen ebenfalls „unbedingt rückzahlbare Gelder“ dar. Denn diese Gelder verbleiben als Forderungen an die Gesellschaft im Vermögen des betreffenden Gesellschafters. Auch Gesellschafterdarlehen zählen grundsätzlich zu den rückzahlbaren Geldern im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG. Die insolvenzrechtliche Rangfolge im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, die grundsätzlich jede Gesellschaftsform ohne natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter trifft (§ 39 Abs. 4 InsO), reicht nicht aus, um den Tatbestand des Einlagengeschäfts auszuschließen. Vielmehr ist darüber hinaus erforderlich, dass der Anspruch auf Rückzahlung solange und soweit ausgeschlossen wird, wie die Rückzahlung einen Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens herbeiführen würde. Insbesondere wenn die betreffenden Verbindlichkeiten als Passiva in der Überschuldungsbilanz zu erfassen sind, sind sie wie andere rückzahlbare Gelder des Publikums auch zu behandeln. Guthaben auf Privat- oder Verrechnungskonten bei Personenhandelsgesellschaften stehen insoweit Gesellschafterdarlehen gleich.

Warengenossenschaften

In der Vergangenheit kam nicht nur vereinzelt vor, dass Warengenossenschaften, die im Landhandel tätig sind (z. B. Raiffeisengenossenschaften, Saatzuchten), Kundenkonten für Anzahlungen und Guthaben in erheblichem Umfang führten, die als Geldanlagekonten anzusehen sind. Auch Arbeitnehmern der Genossenschaften oder Nichtkunden war in den festgestellten Fällen die Geldanlage möglich. Die Zinssätze für diese Anlagen wurden von der Genossenschaft im Voraus festgesetzt und stets der Marktlage angepasst. Die Genossenschaften nahmen durch diese Einlagen u. a. ihre Refinanzierung vor, um nicht auf Bankkredite angewiesen zu sein. Derartige Anlageangebote sind als Einlagengeschäft im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG einzustufen. Einlagengeschäfte in diesem Sinne liegen vor, wenn die Genossenschaft die Geldanlagen zurückzahlen muss. Sofern die betreffenden Genossenschaften ausschließlich Gelder ihrer Kunden verwahren, die für Wareneinkäufe verwandt werden, ist kein Einlagengeschäft und folglich auch kein Kreditinstitut im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 KWG anzunehmen. Von einem bloßen Verwahren von Geldern der Kunden, die für Wareneinkäufe verwendet werden, ist indes nur dann auszugehen, wenn die Kundenguthaben auf die Gesamthöhe des Gegenwerts des Warenbezugs des betreffenden Kunden im vorangegangenen Jahr begrenzt werden; unerheblich ist dabei, ob Kundenkonten verzinst werden oder nicht. Wird diese Nichtbeanstandungsgrenze dagegen überschritten, verstößt die Genossenschaft gegen den Erlaubnisvorbehalt nach § 32 KWG (siehe auch die Stellungnahme des BMF vom 16.12.2002 IV C 1 S 2400 35/02; BStBl. 2002 I, S. 1396, zu der analogen Situation im Steuerrecht).

Geschäftsbesorgungsverträge (u. a. Weiterleitungsfälle)

Im Rahmen von (entgeltlichen) Geschäftsbesorgungsverträgen oder (unentgeltlichen) Aufträgen nimmt der Geschäftsbesorger von seinem Auftraggeber Geld, um eine Ware, ein Werk oder eine Dienstleistung einzukaufen oder einfach um das Geld an einen Dritten weiterzuleiten. Der Auftraggeber kann das Geschäftsbesorgungsverhältnis jederzeit beenden und das Geld zurückfordern, solange der Geschäftsbesorger das Geld noch nicht bestimmungsgemäß eingesetzt oder weitergeleitet hat. Die bürgerlich-rechtliche Geschäftsbesorgung und das bankaufsichtsrechtliche Einlagengeschäft schließen sich aus, solange die Geldverwahrung nur ein Teilaspekt des übrigen Geschäftsbesorgungsverhältnisses und diesem klar untergeordnet ist.

Ohne weiteres außerhalb des Tatbestands des Einlagengeschäfts liegen die Fälle, in denen ein konkreter Auftrag, z. B. die Anschaffung eines Fahrzeugs, besteht, und der Geschäftsbesorger das für die Anschaffung evt. erforderliche Geld vorab erhält. Anders als grundsätzlich bei den Anspar-Kaufverträgen mag sich der Geschäftsherr hier zwar jederzeit umbesinnen und das Geld zurückfordern. Die Subsumtion unter das Einlagengeschäft (in der 2. Tatbestandsalternative) lässt sich jedoch sowohl unter dem Tatbestandsmerkmal „rückzahlbar“ als auch unter dem Tatbestandsmerkmal „Publikum“ verneinen: das Geld ist zur Anschaffung des Fahrzeugs bestimmt und damit grundsätzlich erst dann wieder rückzahlbar, wenn der Geschäftsherr sich – rechtzeitig – umbesinnt.

Problematisch sind Dauerverträge mit einer Vielzahl von anstehenden Geschäftsbesorgungen, in denen der

Geschäftsherr Geld anzahlt oder Geld, das er aus der Geschäftsbesorgung gewinnt, stehen lässt. Hier lässt sich die Trennlinie zwischen erlaubnispflichtigem Einlagengeschäft und erlaubnisfreier Geschäftsbesorgung nur im Wege der Wertung auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls ziehen. Hierbei ist insbesondere die Frage zu stellen, ob die Verwahrung der Gelder, insbesondere die Höhe, zu denen sich Habensalden aufbauen können, und die Länge der Intervalle, an deren Ende die Salden ganz oder teilweise glattzustellen sind, in einem plausiblen Verhältnis zu der eigentlichen Geschäftsbesorgung stehen. Eine Verzinsung der Habensalden legt regelmäßig die Einstufung als Einlagengeschäft nahe; eine abschließende Wertung ist insoweit jedoch auch nur unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände im Einzelfall möglich.

Werden Zahlungsverkehrsdienstleistungen, die außerhalb der eigentlichen Geschäftsbesorgung stehen, vorgenommen, wird in aller Regel ein Einlagengeschäft vorliegen.

Bei so genannten Weiterleitungsfällen schalten die Vertragsparteien im Rahmen eines – z. B. „online“ geschlossenen - Kaufvertrages einen Dienstleister zur Weiterleitung des Kaufpreises ein. Der Dienstleister nimmt den Kaufpreis vom Käufer auf einem „Treuhandkonto“ entgegen und leitet diesen erst an den Verkäufer weiter, wenn die Mangelfreiheit der Ware vom Käufer bestätigt wird. Solange die „treuhänderische“ Verwaltung des Kaufpreises lediglich Nebenzweck der Dienstleistung und dieser klar untergeordnet ist, ist die Dienstleistung insgesamt als Geschäftsbesorgung und nicht als Einlagengeschäft zu werten. Unabhängig davon können derartige Dienstleistungen jedoch als Finanztransfergeschäft (§ 1 Abs. 2 Nr. 6 des Gesetzes über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten - Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz - ZAG) einzustufen sein, das nach § 8 Abs. 1 ZAG unter Erlaubnisvorbehalt steht.

Der Notar, der sich bei einem Grundstückskauf den Kaufpreis überweisen lässt und auf einen Notaranderkonto „parkt“, bis die Auflassung vollzogen ist und der Kaufpreis dem Verkäufer bestimmungsgemäß freigegeben werden kann, betreibt nicht das Einlagengeschäft. Selbst wenn er das Geld entgegen den Regeln des Geschäfts nicht durch die Buchung auf ein Notaranderkonto von seinen eigenen Vermögenswerten trennt und damit – was seine eigene eventuelle Insolvenz angeht – insolvenzfest macht, betreibt er dadurch noch nicht das Einlagengeschäft. Die Grenze zum Einlagengeschäft überschreitet er erst, wenn er die Gelder vertragsgemäß in einem eigenen Geschäftsbetrieb einsetzt, der auch außerhalb des Anwalts- oder Notariatsberufes liegen könnte, z. B. aus ihnen Kredite gewährt, Geldhandelsgeschäfte betreibt und dergleichen.

Im Rahmen so genannter Bauherrenmodelle ist es nicht unüblich, dass die Betreiber Gelder, die sie im Voraus von den Bauherren treuhänderisch entgegengenommen haben, als Termineinlagen bei lizenzierten Kreditinstituten „zwischenparken“. Soweit der Bauherr einen direkten Anspruch gegen das lizenzierte Kreditinstitut hat, bei dem die Gelder für ihn angelegt werden, betreibt nur letzteres das Einlagengeschäft. In der Zeit zwischen der Annahme der Gelder durch den Treuhänder und der Einzahlung bei dem lizenzierten Kreditinstitut besteht ein Geschäftsbesorgungsverhältnis, das nach oben genannten Kriterien zu beurteilen ist.

### **cc) Gelder des Publikums**

Der Begriff des „Publikums“ dient der Klarstellung, dass die Hereinnahme von Geldern verbundener Unternehmen nicht als Einlagengeschäft anzusehen ist (vgl. Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften, BT-Drs. 13/7142, S. 63). Regelmäßig wird in diesen Fällen auch das Konzernprivileg des § 2 Abs. 1 Nr. 7 KWG eingreifen. Jedoch ist das Konzernprivileg enger gefasst, da es nur auf solche Unternehmen Anwendung findet, die Bankgeschäfte „ausschließlich“ mit ihrem Mutterunternehmen oder ihren Tochter- oder Schwesterunternehmen betreiben.

Nach ständiger Verwaltungspraxis fallen Gelder von „institutionellen Anlegern“, namentlich von Kreditinstituten, die über eine für das Inland gültige Erlaubnis zum Betreiben des Kreditgeschäfts gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG verfügen, Kapitalanlagegesellschaften sowie im Inland lizenzierte Versicherungsunternehmen nicht unter den Begriff des „Publikums“. Das Gleiche gilt für Unternehmensbeteiligungsgesellschaften im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 6 KWG. Wer unbedingt rückzahlbare Gelder von solchen Unternehmungen entgegen nimmt, betreibt nicht das Einlagengeschäft.

Mitglieder von eingetragenen Vereinen oder Gesellschafter von Kapital- oder Personenhandelsgesellschaften fallen hingegen unter den Begriff des Publikums, so dass, wenn die Mitglieder oder Gesellschafter dem Verein oder der Gesellschaft unbedingt rückzahlbare Gelder überlassen, der Tatbestand des Einlagengeschäfts bei Vorliegen der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein kann.

### **c) Der Spezialfall der 1. Alternative: „als Einlage“**

Der Begriff der „Einlage“ im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Alt. 1 KWG ist im KWG nicht definiert. Die Frage, ob eine Annahme fremder Gelder als „Einlage“ zu qualifizieren ist, muss daher aufgrund einer Wertung aller Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der bankwirtschaftlichen Verkehrsauffassung entschieden werden.

Ein Unternehmen nimmt nach ständiger Verwaltungspraxis der Bundesanstalt jedenfalls dann fremde Gelder als „Einlagen“ entgegen, wenn von einer Vielzahl von Geldgebern auf der Grundlage typisierter Verträge darlehens- oder in ähnlicher Weise laufend Gelder entgegengenommen werden, die ihrer Art nach nicht banküblich besichert sind (vgl. Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften, BT-Drs. 13/7142, S. 62). Für die Einordnung sind insbesondere die Bedingungen der Geldanlagemöglichkeiten, der sich hieraus ergebende tatsächliche wirtschaftliche Gehalt der Anlage sowie das werbende Auftreten des Geldannehmenden und die hierdurch beim Anleger bezweckte Vorstellung von der getätigten Geldanlage zu berücksichtigen.

Einlagen im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG sind jedenfalls solche fremden Gelder, die an Unternehmen von mehreren Geldgebern, die keine Kreditinstitute im Sinne des § 1 Abs. 1 KWG sind, zur unregelmäßigen Verwahrung, als Darlehen oder in ähnlicher Weise ohne Bestellung banküblicher Sicherheiten und ohne schriftliche Vereinbarung im Einzelfall laufend zur Finanzierung des auf Gewinnerzielung gerichteten Aktivgeschäfts entgegengenommen werden.

Mit Einführung der 2. Alternative als Auffangtatbestand, nach dem jede subjektive Zwecksetzung im Hinblick auf die angenommenen Gelder für die Erfüllung des Tatbestands ohne Bedeutung ist, bildet die 1. Alternative nur noch einen speziellen Unterfall des Einlagengeschäfts. Der Begriff der „Einlage“ im Sinne der 1. Alternative hat angesichts des weiten Auffangtatbestands kaum noch praktische Bedeutung.

### **d) Bereichsausnahme „Inhaber- und Orderschuldverschreibungen“**

Der Tatbestand des Einlagengeschäfts scheidet in beiden Varianten aus, wenn der Rückzahlungsanspruch in Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen verbrieft wird. Soweit sich das Angebot an den deutschen Markt wendet, kommen für die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme die Instrumente in Betracht, die unter deutschem Recht als Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen emittiert werden. Der Rückzahlungsanspruch muss nach den Grundsätzen des allgemeinen Wertpapierrechts so verbrieft sein, dass zur Geltendmachung des Anspruchs die Innehabung des Papiers erforderlich ist; das Recht aus dem Papier muss dem Recht am Papier folgen, das nach sachenrechtlichen Grundsätzen bzw. Indossament übertragen wird.

Werden die Papiere unter einem ausländischen Wertpapierrechtsstatut emittiert, so müssen sie in ihrer Struktur deutschen Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen so ähnlich sein, dass sie unter deutschem Wertpapierrechtsstatut als Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen zu qualifizieren wären. Eine bloß markt-funktionale Vergleichbarkeit genügt nicht. Für eine erweiternde Auslegung ist im Interesse des Anlegerschutzes kein Raum. Insbesondere scheiden Namenspapiere aus, wenn sie nicht wie deutsche Orderschuldverschreibungen durch Indossament übertragen werden oder die Übertragung durch Indossament deutschen Orderschuldverschreibungen rechts-funktional (namentlich im Hinblick auf Einwendungsausschluss und sonstigen Erwerberschutz) nicht vergleichbar ist. Keinesfalls darf neben dem Wertpapier ein selbständiger Anspruch gegen die emittierende Stelle oder gegen einen Dritten, etwa im Wege einer Garantie, bestehen.

Der seinerzeitige Gesetzgeber wollte mit der Schaffung der Bereichsausnahme die direkte Finanzierung der deutschen Industrieunternehmen am Kapitalmarkt, ohne die Notwendigkeit der Intermediation durch staatlich lizenzierte Banken, privilegieren. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme für Inhaber- und Orderschuldverschreibungen ist, dass die Instrumente Teil einer Emission von Schuldverschreibungen am Kapitalmarkt sind (Inhaber- oder Orderteilschuldverschreibungen). Im Gesetzestext klingt diese Anforderung durch die Verwendung der Mehrzahl der Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen in Kombination mit der Einzahl für den Rückzahlungsanspruch an. Individuell ausgestellte Inhaberschuldverschreibungen, die ihrer Art nach nicht gegen andere Instrumente derselben Gattung austauschbar sind, fallen nicht unter die Bereichsausnahme.

Die Ausgabe von Namensschuldverschreibungen fällt grundsätzlich unter das Einlagengeschäft.

### **e) Ungeschriebenes, den Tatbestand einschränkendes Merkmal der „Bestellung einer der Art nach banküblichen Sicherheit“**

Die Bundesanstalt sieht in ständiger Verwaltungspraxis *sowohl* das Einlagengeschäft in Form der 1. Alternative *als auch* das Einlagengeschäft in Form der 2. Alternative nicht als gegeben an, wenn bestimmte bankaufsichtsrechtlich anerkannte, der Art nach „bankübliche Sicherheiten“ für die angenommenen Gelder bestellt werden, die unter Berücksichtigung des normativen Zwecks den Erlaubnisvorbehalt entbehrlich erscheinen lassen, und die dem Anleger im Einzelfall so bestellt werden, dass er sich im Sicherungsfall aus diesen Sicherheiten unmittelbar, d. h. ohne die rechtsgeschäftliche Mitwirkung Dritter, befriedigen kann. Der Gesetzgeber hat diese Praxis bestätigt (vgl. Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2002/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2002, BT-Drs. 15/3641, S. 36).

Der Schuldbeitritt, die Bürgschaft, die Garantie oder ein gleichwertiges Einstandsversprechen eines lizenzierten (§ 32 Abs. 1 KWG, auch in Verbindung mit § 53 KWG) inländischen Kreditinstituts sind ohne weiteres geeignet, den Tatbestand des Einlagengeschäfts auszuschließen. Derartige Sicherheiten von Kreditinstituten mit Sitz in anderen Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums wird man als gleichwertig erachten müssen, wenn das betreffende Institut nach den Regeln des Europäischen Passes (§ 53b KWG) befugt ist, derartige Bankdienstleistungen im Inland zu erbringen. Einer Bankbürgschaft gleichwertig sind Guthaben des Darlehensnehmers bei im Inland zum Geschäftsbetrieb berechtigten Kreditinstituten, die sich der Gläubiger der Einlage verpfänden oder anderweitig als Sicherheit geben lässt, so dass er sich im Sicherungsfall ohne rechtsgeschäftliche Mitwirkung Dritter aus dieser Sicherheit befriedigen kann, ohne Gefahr zu laufen, die Sicherheit im Falle der Insolvenz des Sicherungsgebers oder des Instituts, bei dem die Einlage unterhalten wird, zu verlieren; die Kriterien sind die gleichen wie die, die für Berücksichtigung von Barsicherheiten gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b und c KWG bei der Nullanrechnung von Krediten im Großkreditregime bestehen.

Die Behörde erkennt unter der Voraussetzung, dass die Sicherheiten so bestellt werden, dass sich der Anleger im Sicherungsfall aus diesen Sicherheiten unmittelbar, d. h. ohne die rechtsgeschäftliche Mitwirkung Dritter, befriedigen kann, darüber hinaus Grundpfandsicherheiten an, die an im Inland belegenen Immobilien bestellt werden.

### **f) Ohne Rücksicht darauf, ob Zinsen vergütet werden**

Das weitere Tatbestandsmerkmal „ohne Rücksicht darauf, ob Zinsen vergütet werden“ ist lediglich ein klarstellender Hinweis des Gesetzgebers. Für den Tatbestand des Einlagengeschäfts in der 2. Alternative ist jede Form von subjektiver Zwecksetzung, auch wenn sie auf dem übereinstimmenden Parteiwillen beruht, unerheblich. Ebenso unerheblich ist, ob die Gelder des Publikums in der Absicht hereingenommen werden, durch Ausnutzung der Zinsspanne Gewinne zu erzielen (vgl. Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften, BT-Drs. 13/7142, S. 62). Hierdurch wird vom Gesetzgeber verdeutlicht, dass auch Sichteinlagen, auf die keine Zinsen gezahlt werden, oder Einlagen, auf die statt Zinsen „Prämien“ oder ähnliches gezahlt werden, vom Tatbestand des Einlagengeschäfts erfasst sind.

### **g) Betreiber des Einlagengeschäfts**

Fallen die Stelle, die das Geld annimmt, und die Stelle, die die Rückzahlung schuldet, auseinander, so ist derjenige der Betreiber des Einlagengeschäfts, der vertraglich die Rückzahlung der angenommenen Gelder schuldet. Wird das betreffende Einlagengeschäft ohne die hierfür erforderliche Erlaubnis betrieben, ist die das Geld annehmende Stelle in das unerlaubte Betreiben im Sinne des § 37 Abs. 1 Satz 4 KWG „einbezogen“.

## **2. Erlaubnispflicht für das Betreiben des Einlagengeschäfts**

Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG bedarf der schriftlichen Erlaubnis der Bundesanstalt, wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen will<sup>[1]</sup>. Die Erfüllung einer Alternative genügt, um die Erlaubnispflicht des Geschäfts zu begründen. Auf die Rechtsform des Unternehmens (natürliche Person, Personengesellschaft, juristische Person) kommt es dabei nicht an.

Bank- und Finanzdienstleistungsgeschäfte werden, auch wenn der Umfang dieser Geschäfte objektiv keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, gewerbsmäßig betrieben, wenn der Betrieb auf eine gewisse Dauer angelegt ist und der Betreiber ihn mit der Absicht der Gewinnerzielung verfolgt.

Alternativ gilt das Kriterium des Erfordernisses eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs. Hierbei ist es unerheblich, ob tatsächlich ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb geführt wird. Maßgebend ist allein, ob für den Betrieb der Geschäfte nach der bankwirtschaftlichen Verkehrsauffassung die Einrichtung eines solchen Betriebs objektiv erforderlich ist. Dies ist im Einzelfall zu bestimmen und kann sich beim gleichzeitigen Betreiben mehrerer Bank-/Finanzdienstleistungsgeschäfte auch bei einem vergleichsweise geringen Umfang ergeben.

Von einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, geht die Bundesanstalt beim Einlagengeschäft in ständiger Verwaltungspraxis (vgl. Schreiben des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen vom 07.09.1982 – I 2 – 151 – 14/82, abgedruckt in: Reischauer/Kleinhans, KWG, Loseblattsammlung, Band 2, Kza. 281, Nr. 1) aus, wenn

- der Einlagenbestand bei mehr als fünf Einzelanlagen die Summe von 12.500,00 € (25.000,00 DM) überschreitet oder

- unabhängig von der Summe des Einlagenbestands mehr als 25 Einzeleinlagen bestehen.

Hieraus folgt, dass – sofern nicht bereits Gewerbsmäßigkeit vorliegt – ein Einlagenvolumen von 12.500,00 € nur dann erlaubnisfrei überschritten werden darf, wenn es sich aus weniger als 6 Einzeleinlagen zusammensetzt.

Unter den Erlaubnisvorbehalt nach § 32 Abs. 1 KWG fällt das Geschäft nur, wenn es (auch) im Inland betrieben wird. Dazu muss der Betreiber nicht hierzulande seinen Geschäftssitz haben oder eine rechtlich unselbständige Zweigniederlassung errichten, von der aus er die Geschäfte betreibt. Der erforderliche Inlandsbezug besteht bereits, wenn sich das Angebot aus dem Ausland auch und gerade an Personen richtet, die ihren Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben. Nähere Hinweise gibt das Merkblatt „Hinweise zur Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 und Abs. 1a KWG von grenzüberschreitend betriebenen Bankgeschäften und/oder grenzüberschreitend erbrachten Finanzdienstleistungen“

Der erforderliche Inlandsbezug besteht auch, wenn aus dem Inland heraus die Geschäfte gezielt nur mit Nicht-Gebietsansässigen betrieben werden.

### **3. Ausnahmen von der Erlaubnispflicht**

In den in § 2 Abs. 1 KWG genannten Fällen ist das Betreiben des Einlagengeschäfts nicht erlaubnispflichtig.

### **4. Hinweise und Anschriften**

Dieses Merkblatt enthält grundlegende Informationen zum Tatbestand des Einlagengeschäfts. Es erhebt keinen Anspruch auf eine erschöpfende Darstellung aller den Tatbestand betreffenden Fragen und ersetzt insbesondere nicht die einzelfallbezogene Erlaubnisanfrage an die BaFin.

Für eine abschließende Beurteilung möglicher Erlaubnispflichten im Einzelfall wird eine vollständige Dokumentation der vertraglichen Vereinbarungen, die dem Betreiben des Einlagengeschäfts zugrunde liegen, benötigt.

Hinsichtlich aller Angaben sind die Bediensteten der Bundesanstalt und der Deutschen Bundesbank zur Verschwiegenheit verpflichtet (§ 9 KWG).

Ob ein Unternehmen der Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG unterliegt, entscheidet in Zweifelsfällen die

#### **Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht**

##### **Abteilung Q 3**

Graurheindorfer Straße 108

53117 Bonn

Telefon: +49 (0) 228 / 4108 - 0

Fax: + 49 (0) 228 / 4108 - 1550

E-Mail: [poststelle@bafin.de](mailto:poststelle@bafin.de)

Falls Sie zu diesem Merkblatt weitere Fragen haben, können Sie vorab auch Kontakt mit der regional zuständigen Hauptverwaltung der Deutschen Bundesbank aufnehmen; diese wird Ihre Fragen mit einer Stellungnahme gegebenenfalls an die Bundesanstalt weiterleiten:

*Für Berlin und Brandenburg:*

#### **DEUTSCHE BUNDESBANK**

##### **Hauptverwaltung in Berlin und Brandenburg**

**Leibnizstr. 10**

**10625 Berlin**

Telefon: (030) 34 75 - 0

Fax: (030) 34 75 - 12 90

*Für Nordrhein-Westfalen:*

#### **DEUTSCHE BUNDESBANK**

##### **Hauptverwaltung in Nordrhein-Westfalen**

**Berliner Allee 14**

**40212 Düsseldorf**

Telefon: (0211) 8 74 - 0

Fax: (0211) 8 74 - 36 35

*Für Hessen:*

**DEUTSCHE BUNDESBANK**  
**Hauptverwaltung in Hessen**

**Taunusanlage 5**  
**60047 Frankfurt am Main**  
Telefon: (069) 23 88 - 0  
Fax: (069) 23 88 - 11 11

*Für die Freie und Hansestadt Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein:*

**DEUTSCHE BUNDESBANK**  
**Hauptverwaltung in Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein**

**Willy-Brandt-Straße 73**  
**20459 Hamburg**  
Telefon: (040) 37 07 - 0  
Fax: (040) 37 07 - 41 72

*Für die Freie Hansestadt Bremen, Niedersachsen und Sachsen-Anhalt:*

**DEUTSCHE BUNDESBANK**  
**Hauptverwaltung in Bremen, Niedersachsen und Sachsen-Anhalt**

**Georgsplatz 5**  
**30159 Hannover**  
Telefon: (0511) 30 33 - 0  
Fax: (0511) 30 33 27 96

*Für die Freistaaten Sachsen und Thüringen:*

**DEUTSCHE BUNDESBANK**  
**Hauptverwaltung in Sachsen und Thüringen**

**Straße des 18. Oktober 48**  
**04103 Leipzig**  
Telefon: (0341) 8 60 - 0  
Fax: (0341) 8 60 - 25 99

*Für Rheinland-Pfalz und das Saarland:*

**DEUTSCHE BUNDESBANK**  
**Hauptverwaltung in Rheinland-Pfalz und dem Saarland**

**Hegelstr. 65**  
**55122 Mainz**  
Telefon: (06131) 3 77 - 0  
Fax: (06131) 3 77 - 33 33

*Für Baden-Württemberg:*

**DEUTSCHE BUNDESBANK**  
**Hauptverwaltung in Baden-Württemberg**

**Marshallstr. 3**  
**70173 Stuttgart**  
Telefon: (0711) 9 44 - 0  
Fax: (0711) 9 44 - 19 21

*Für den Freistaat Bayern:*

**DEUTSCHE BUNDESBANK**  
**Hauptverwaltung in Bayern**

**Ludwigstr. 13**  
**80539 München**

Telefon: (089) 28 89 - 5

Fax: (089) 28 89 - 38 54

Die Hauptverwaltung der Deutschen Bundesbank bietet Ihnen den Vorteil, dass Sie einen Ansprechpartner in Ihrer Region haben

---

[1] Vgl. auch das Merkblatt der Deutschen Bundesbank und der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht über die Erteilung einer Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften gemäß § 32 Abs. 1 KWG und das Merkblatt der Deutschen Bundesbank über die Erteilung einer Erlaubnis zum Erbringen von Finanzdienstleistungen gemäß § 32 Abs. 1 KWG.

---

- 
- 
- Datenschutz
  - Impressum
  - Nutzungsbedingungen
  - Inhaltsverzeichnis
  - Wegbeschreibung