

## Gemeinnützige Organisationen im Fadenkreuz der BaFin

Ein Beitrag von Stefan Winheller und Lutz Auffenberg

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) schaut genau hin: Es gibt diverse Konstellationen, in denen gemeinnützige Organisationen einer finanzaufsichtsrechtlichen Lizenz bedürfen. Der folgende Beitrag stellt die in der Praxis am häufigsten vorkommenden Fälle vor.

Gemeinnützige Körperschaften (Vereine, Verbände, Stiftungen, gGmbHs, gAGs etc.) fördern die Allgemeinheit, wirken mildtätig oder verfolgen religiöse und kirchliche Zwecke. Sie handeln selbstlos und insbesondere nicht für eigene Erwerbszwecke. Die Vorstellung, dass gemeinnützige Körperschaften für bestimmte Tätigkeiten einer staatlichen Erlaubnis der BaFin bedürfen, fällt daher schwer. Gleichwohl sind in den letzten Jahren einige Fallkonstellationen in den Fokus der BaFin und damit auch der juristischen Fachliteratur gerückt, in denen die Betätigungen von gemeinnützigen Organisationen unter finanzaufsichtsrechtliche Erlaubnisvorbehalte fallen können.

Die Banken- und Finanzdienstleistungsaufsicht greift nämlich immer dann, wenn Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen im Sinne der Erlaubnistatbestände des Kreditwesengesetzes (KWG) oder des Zahlungsdienstleistungsaufsichtsgesetzes (ZAG) erbracht werden. Anknüpfungspunkt der Erlaubnispflicht ist dabei die konkrete Tätigkeit und nicht das gemeinnützige Selbstverständnis der Organisation oder ihre Wahrnehmung durch die Öffentlichkeit.



Rechtsanwalt Stefan Winheller, LL.M. Tax (USA), ist Gründer und Managing Partner der auf das Gemeinnützigkeitsrecht sowie Bank- und Kapitalmarktrecht spezialisierten Kanzlei WINHELLER Rechtsanwalts-gesellschaft mbH. Als Fachanwalt für Steuerrecht berät er vor allem gemeinnützige Organisationen und Unternehmen am Hauptsitz in Frankfurt am Main.

Die Kenntnis der Erlaubnistatbestände ist für die Verantwortlichen in gemeinnützigen Körperschaften von großer Bedeutung, da der Betrieb von erlaubnispflichtigen Geschäften ohne die erforderliche Erlaubnis strafbewehrt ist und die Verantwortlichen mit Freiheitsstrafen von bis zu fünf Jahren bestraft werden können. Hinzukommt, dass die staatlichen Aufsichtsbehörden gesetzlich ermächtigt sind, unerlaubte Geschäfte unverzüglich zu unterbinden und daher die sofortige Rückabwicklung von unerlaubt betriebenen Geschäften anordnen können.

### Gewerbliche Tätigkeit nicht erforderlich

Gem. § 32 Abs. 1 KWG bedarf derjenige der vorherigen schriftlichen Erlaubnis der BaFin, der im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Art und Weise eingerichteten



Lutz Auffenberg ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht bei der WINHELLER Rechtsanwalts-gesellschaft mbH. Als Leiter des bank- und kapitalmarktrechtlichen Dezernats betreut er am Standort Frankfurt am Main neben Nonprofit-Organisationen vor allem Finanzdienstleister, FinTechs, Finanzanlagevermittler und Vermögensverwalter.

Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen will. Eine entsprechende Vorschrift findet sich in § 8 Abs. 1 ZAG für die Erbringung von Zahlungsdiensten. Ein gewerbliches Handeln wird bei gemeinnützigen Körperschaften zwar in der Regel nicht vorliegen.

Ein kaufmännischer Geschäftsbetrieb wird von der Behörde nach der aktuellen Verwaltungspraxis allerdings schon dann bejaht, wenn die Geschäfte einen Umfang annehmen, der zumindest eine kaufmännische Buchhaltung erforderlich macht. Wann dies der Fall ist, entscheidet die BaFin anhand diverser und je nach Art der Tätigkeit unterschiedlicher Bagatellgrenzen. Um insbesondere nach den Erfahrungen der Finanzkrisen der letzten Jahre eine effiziente Finanzaufsicht zu gewährleisten, setzt sie diese Grenzen aber generell sehr niedrig an.

## Auch die kirchliche Selbstbestimmung gewährt i.d.R. keine Ausnahme

Auch soweit kirchliche Einrichtungen betroffen sind, stellt das die Erlaubnispflichtigkeit bestimmter Geschäfte meist nicht in Frage. Das Bankaufsichtsrecht muss nämlich nicht zwingend hinter die kirchliche Selbstordnungs- und -verwaltungsbefugnis zurücktreten. Vielmehr bedarf es einer Güterabwägung zwischen der Kirchenfreiheit einerseits und dem Schutz sonstiger für das Gemeinwesen bedeutsamer Rechtsgüter andererseits (Verbraucherschutz, Kriminalprävention, Stabilität des Finanzmarktes und damit der Volkswirtschaft etc.).

Abweichendes mag lediglich für rein kircheninterne Angelegenheiten gelten, wenn die Bankgeschäfte bzw. Finanzdienstleistungen also ausnahmsweise einmal ausschließlich dem kirchlichen Innenbereich und nicht (teilweise) dem allgemeinen Rechtsverkehr zuzuordnen sind. Zur Abklärung der Erlaubnispflichtigkeit bietet sich in diesem Fall eine Zweifelsanfrage bei der BaFin an, in deren Rahmen die kirchenrechtliche Argumentation näher dargelegt werden kann.

### Einlagengeschäfte bei der Annahme von (Spender-/Stifter-)Darlehen

Tätigkeiten können immer nur dann einer Erlaubnispflicht unterliegen, wenn sie im konkreten Fall als Bankgeschäft, Finanzdienstleistung oder Zahlungsdienst einzuordnen sind. Das wohl ursprünglichste Bankgeschäft ist das Einlagengeschäft. Gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KWG liegt es vor bei der Annahme fremder Gelder als Einlagen oder anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums, sofern der Rückzahlungsanspruch nicht in Inhaber- oder Orderschuldver-



Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Abkürzung: BaFin) hat ihren Sitz in Bonn und Frankfurt am Main. Sie untersteht der Rechts- und Fachaufsicht des Bundesministeriums der Finanzen. Die BaFin beaufsichtigt und kontrolliert als Finanzmarktaufsichtsbehörde im Rahmen der Finanzaufsicht alle Bereiche des Finanzwesens in Deutschland.

schreibungen verbrieft wird. Ob Zinsen vergütet werden, ist hingegen unbeachtlich. Zentrale Voraussetzung des Einlagengeschäfts ist damit das Vorliegen eines unbedingten Rückzahlungsanspruchs.

Derlei Einlagengeschäfte können z.B. von gemeinnützigen Körperschaften betrieben werden, wenn sie von ihren Mitgliedern, Spendern oder sonstigen Gönnern Darlehen annehmen. Genossenschaften finanzieren sich z.B. häufig über Darlehen ihrer Mitglieder. Auch sog. „Spenderdarlehen“ oder „Stifterdarlehen“ sind im gemeinnützigen Sektor weit verbreitet: Der Spender/Stifter als Darlehensgeber verzichtet dabei i.d.R. auf eine Verzinsung seines hingegebenen Darlehens und ermöglicht es der gemeinnützigen Körperschaft so, selbst Erträge mit dem überlassenen Vermögen zu erwirtschaften und diese für ihre gemeinnützigen Aktivitäten zu verwenden. Häufig verzichtet der Darlehensgeber später auch auf eine Rückzahlung des Darlehens, das sich dann in eine echte Spende oder Zustiftung umwandelt.

Die Bagatellgrenzen sind diesbezüglich sehr tief angesetzt: Einen

kaufmännischen Umfang nimmt die BaFin in ständiger Verwaltungspraxis schon bei einem Einlagenvolumen von 12.500 Euro an, sofern das Volumen sich aus mehr als fünf Einzeleinlagen zusammensetzt. Unabhängig vom Einlagevolumen sieht die Behörde bei mehr als 25 Einzelanlagen das Erfordernis des kaufmännischen Geschäftsbetriebs stets als gegeben an.

Sofern eine gemeinnützige Körperschaft derlei Darlehen in kaufmännischem Umfang annimmt, kann sie allerdings eine Erlaubnispflicht etwa dadurch vermeiden, dass sie die Darlehensbedingungen auf besondere Art und Weise ausgestaltet, nämlich z.B. einen sog. „qualifizierten Rangrücktritt“ vereinbart, durch den der Rückzahlungsanspruch des Spenders/Stifters nachrangig gestellt und die Geltendmachung des Anspruchs auch für die Fälle ausgeschlossen wird, in denen die Rückzahlung bei der Körperschaft zu einer Überschuldung führen würde.

Mit anderen Worten: Der Spender/Stifter muss das Risiko tragen, dass sein hingegebenes Darlehen im Fall der Insolvenz der gemeinnützigen Körperschaft nicht zurückgezahlt

wird. Eine Alternative zum Nachrangdarlehen stellt das besicherte Darlehen dar: Das Einlagengeschäft lässt sich nämlich auch dadurch vermeiden, dass die gemeinnützige Körperschaft dem Spender/Stifter von Beginn des Darlehens an eine bankübliche Sicherheit einräumt, z.B. eine Bankbürgschaft, wobei die Anforderungen der BaFin an das Sicherungsmittel sehr streng sind. Eine solche Bürgschaft lässt sich die bürgende Bank außerdem von der gemeinnützigen Körperschaft vergüten.

#### **Kreditgeschäfte bei der Vergabe von Darlehen**

Häufig gewähren gemeinnützige Dachverbände, insbesondere auch Einrichtungen aus dem kirchlichen Umfeld, ihren Mitgliedern verzinsliche oder unverzinsliche Darlehen, sei es zur Verwirklichung im gemeinsamen Interesse stehender konkreter Projekte oder zur (Zwischen-) Finanzierung des Mitglieds.

Dabei wird nicht selten übersehen, dass die Gewährung von Gelddarlehen und Akzeptkrediten als Kreditgeschäft ein Bankgeschäft im Sinne des KWG darstellt. Der kaufmännische Umfang wird von der BaFin schon angenommen, wenn entweder mehr als 100 Einzeldarlehensverträge geschlossen werden oder wenn mehr als 20 Darlehensverträge über eine Gesamtsumme von über 500.000 Euro ausgegeben werden.

Organisationen, die entsprechend vorgehen, sind demnach gut beraten, diese Bagatellgrenzen nicht zu überschreiten und überdies – sofern gemeinnützigkeitsrechtlich zulässig – durch die Vereinbarung keiner oder einer möglichst geringen Verzinsung dafür zu sorgen, dass die Darlehensgewährungen nicht von vornherein als gewerbsmäßig zu qualifizieren sind.

#### **Garantiegeschäfte für Dritte**

Ein weiteres Bankgeschäft ist das sog. Garantiegeschäft. Es liegt dann vor, wenn Bürgschaften, sonstige Garantien oder Einstandsversprechen für Verbindlichkeiten Dritter gegeben werden. Auch die Bereitstellung von Avalkrediten (sog. Kreditleihe) oder etwa ein Schuldbeitritt zu einer fremden Verbindlichkeit zu Sicherungszwecken fallen unter das Garantiegeschäft.

Gemeinnützige Körperschaften müssen also immer dann Vorsicht walten lassen, wenn sie für Dritte, also z.B. gemeinnützige Tochtergesellschaften, Mitgliedsvereine oder sonstige gemeinnützige Kooperationspartner, mit Garantieversprechen einspringen. Denn auch wenn mit der Bereitstellung von Bürgschaften oder Garantien keine erwerbsmäßigen Zwecke verfolgt werden, ist die Grenze des Zulässigen in den Augen der BaFin schon dann überschritten, wenn mehr als 100 Bürgschafts-, Garantie- oder ähnliche Verträge abgeschlossen werden oder wenn beim Abschluss von mehr als 20 Einzelverträgen ein Gesamtvolumen von 500.000 Euro überschritten wird.

#### **Finanzportfolioverwaltung durch die Verwaltung von Treuhandstiftungen**

Nachdem es die Deutsche Bundesbank bereits in einem unveröffentlichten Schreiben aus dem Jahr 2007 für möglich gehalten hatte, dass Träger unselbständiger Stiftungen die erlaubnispflichtige Finanzportfolioverwaltung erbringen können, ist auch insoweit Vorsicht geboten. Häufig sind nämlich gerade gemeinnützige Körperschaften jedweder Rechtsform Träger von Treuhandstiftungen.

Als Finanzportfolioverwaltung versteht das Gesetz die Verwaltung einzelner, in Finanzinstrumenten

angelegter Vermögen für andere mit Entscheidungsspielraum. Bei einer Treuhandstiftung, die mangels eigener Rechtspersönlichkeit von einer Trägerkörperschaft verwaltet werden muss, erfolgt die Verwaltung des Stiftungsvermögens hinsichtlich der Anlageentscheidungen durch den Stiftungsträger in der Tat zumeist im eigenen Ermessen.

Und „für einen anderen“ erfolgt die Verwaltung jedenfalls dann, wenn die Treuhandstiftung im Wege einer Treuhandvereinbarung errichtet wird. In diesem Fall muss das Treuhandvermögen nämlich zivilrechtlich nicht zwingend auf den Stiftungsträger übergehen. Und selbst, wenn das doch der Fall ist, hält der Träger das Vermögen lediglich treuhänderisch für die Stiftung und verwaltet damit letztlich „fremdes Vermögen“.

Damit in diesem Fall keine BaFin-Erlaubnispflicht ausgelöst wird, sollte darauf geachtet werden, dass Rückzahlungsansprüche des Stifters möglichst ausgeschlossen sind. Kündigungs- und Widerrufsrechte sollten ebenfalls ausdrücklich abbedungen werden, um eine Finanzportfolioverwaltung „für einen anderen“ zu vermeiden. Ob das rechtlich möglich ist, ist letztlich eine Einzelfallfrage. Insbesondere das AGB- und das Verbraucherschutzrecht können diesbezüglich hohe bis unüberwindbare Hürden aufstellen.

Die Erlaubnispflicht vermeiden können gemeinnützige Körperschaften am sichersten dadurch, dass sie selbst kein eigenes Ermessen bei der Anlageentscheidung für sich beanspruchen. Das mag im Einzelfall dadurch gelingen, dass der Stifter oder ein in der Stiftungssatzung vorgesehenes Gremium die konkreten Anlageentscheidungen für das Stiftungsvermögen trifft. Ob das immer den Interessen des Stiftungsträgers





und den von ihm zu beachtenden gemeinnützigkeitsrechtlichen Vorgaben gerecht wird, steht freilich auf einem anderen Blatt. Auch wenn die unselbständige Stiftung statt durch eine Treuhandvereinbarung im Wege einer Schenkung unter Auflage errichtet wird, liegt die Annahme einer Erlaubnispflicht nach dem KWG fern. Denn in diesem Fall geht das Stiftungsvermögen in das Vermögen des Trägers endgültig über, so dass er eigenes und nicht fremdes Vermögen verwaltet. Dieses Vorgehen birgt allerdings für den Stifter unangenehme Risiken: Denn wird der Stiftungsträger insolvent, fällt das Stiftungsvermögen in dessen Insolvenzmasse, so dass es zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger des Stiftungsträgers dient. Der Fortbestand der unselbständigen Stiftung ist dann gefährdet bzw. nicht mehr möglich.

Alles in allem ist die Verwaltung von Treuhandstiftungen daher ein rechtliches Minenfeld und weitaus problematischer als vielfach angenommen.

### Finanztransfersgeschäfte im Fall der Mittelweiterleitung

Ein sehr aktuelles Thema ist die Frage, ob Mittelbeschaffungskörperschaften, die Spenden für dritte Empfängerkörperschaften einsammeln, erlaubnispflichtige Finanztransfersgeschäfte betreiben und für diese Tätigkeit eine Erlaubnis der BaFin benötigen. Das Problem kam erstmals auf, als eine große Internetauktionsplattform über eine gemeinnützige Tochtergesellschaft von den Kunden der Plattform Spenden einsammeln wollte, um sie dann an vom jeweiligen Spender zuvor festgelegte Empfängerorganisationen weiterzuleiten.

Die BaFin bejahte in dieser Konstellation das Vorliegen des Finanztransfersgeschäfts. Finanztransfersgeschäfte gelten aufsichtsrechtlich

gem. § 1 Abs. 2 Nr. 6 ZAG als erlaubnispflichtige Zahlungsdienste. Sie liegen vor, wenn Geldbeträge eines Zahlers ohne die Einrichtung eines Zahlungskontos auftragsgemäß ausschließlich zur Übermittlung an einen Zahlungsempfänger entgegengenommen bzw. dem Zahlungsempfänger verfügbar gemacht werden.

Die zahlreichen in Deutschland aktiven Fördervereine und Förderstiftungen erbringen für die jeweiligen angeschlossenen Spendenempfänger im Grunde solche Tätigkeiten. In allen Fällen, in denen eine Körperschaft praktisch als eine Art „Durchlaufstelle“ für eine Spendenzahlung eines Spenders an einen konkreten Spendenempfänger fungiert, droht der Förderkörperschaft Ungemach seitens der BaFin.

Doch auch hier steckt der Teufel im Detail: In Fällen eigener Verwendungsentscheidungen, also dann, wenn die Förderkörperschaft aufgrund einer eigenen Entscheidung die Zahlung des Geldbetrags an einen von der Förderkörperschaft selbst ausgewählten Empfänger veranlasst, ist für ein erlaubnispflichtiges Finanztransfersgeschäft z.B. kein Raum, da es an einem Auftrag und damit am Dienstleistungscharakter der Tätigkeit fehlt. Wenn der Spender seine Spende mit einer konkreten Weiterlegungsaufgabe verknüpft, lässt sich diese Empfehlung allerdings nicht immer ohne weiteres in die Praxis umsetzen.

Auch durch eine geschickte Vertragsgestaltung im Verhältnis zum Spender bzw. zur finalen Empfängerorganisation können Mittelbeschaffungskörperschaften im Einzelfall vom Gesetz vorgesehene Ausnahmetatbestände in Anspruch nehmen und so eine Erlaubnispflicht umgehen.

Die BaFin hat inzwischen mehrere Fälle von Tätigkeiten diverser

Auch gemeinnützige Körperschaften können ins Fadenkreuz der Finanzaufsicht geraten.

Mittelbeschaffungskörperschaften beurteilt und in den rechtlich sorgfältig gestalteten Konstellationen eine Erlaubnispflicht verneint. Sie hat jedoch bislang noch keine verallgemeinerungsfähige Rechtsauffassung verlauten lassen, sondern befindet sich hinsichtlich der verschiedenen Einzelfälle offenbar noch in einem Meinungsfindungsprozess. Für Mittelbeschaffungskörperschaften bedeutet das zunächst Rechtsunsicherheit, der zur Vermeidung erheblicher Rechtsrisiken nur durch eine fachkompetente Beratung und eine enge Abstimmung mit der BaFin im Vorfeld der Aufnahme der Tätigkeit begegnet werden kann.

### Fazit

Auch gemeinnützige Körperschaften können in vielerlei Hinsicht ins Fadenkreuz der Finanzaufsicht geraten. Die Entscheidungsträger, die ihre Organisation verständlicherweise nicht als Finanzdienstleister oder Zahlungsinstitute verstehen, sollten sich zur Vermeidung böser Überraschungen daher unbedingt mit der konkreten Art der Tätigkeit auch im Hinblick auf finanzaufsichtsrechtliche Themen auseinandersetzen. Neben den dargestellten Konstellationen sind im Einzelfall auch weitere kritische Tätigkeiten denkbar. Die Vergangenheit zeigt, dass die BaFin als zuständige Behörde für die Verfolgung von nach KWG und ZAG unerlaubten Geschäften mittlerweile auch den dritten Sektor genau beobachtet.