HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

Newsletter
Banking & Finance

November 2012

Das deutsche Umsetzungsgesetz zur AIFM-Richtlinie: Auswirkungen auf die Fondsbranche in Deutschland

Überarbeitung der MaRisk

Sorgfalts- und Organisationspflichten beim E-Geld Geschäft

Das Risiko Euro – Neue Anforderungen an die Vertragsgestaltung

Pizzadienst braucht Banklizenz?!

RECHTSANWÄLTE UND STEUERBERATER
Berlin Brüssel Chemnitz Düsseldorf Frankfurt Hamburg Köln München Zürich

Inhaltsverzeichnis

Das deutsche Umsetzungsgesetz zur AIFM-Richtlinie: Auswirkungen auf die Fondsbranche in Deutschland	Seite	**3**
Überarbeitung der MaRisk	Seite	**6**
Sorgfalts- und Organisationspflichten beim E-Geld Geschäft	Seite	**8**
Das Risiko Euro – Neue Anforderungen an die Vertragsgestaltung	Seite	**10**
Pizzadienst braucht Banklizenz?!	Seite	**12**

Das deutsche Umsetzungsgesetz zur AIFM-Richtlinie: Auswirkungen auf die Fondsbranche in Deutschland

Dr. Vinzenz Bödeker, LL.M.
(Frankfurt)

Inzwischen liegt der zweite Entwurf zur AIFM-Umsetzung vom 30. Oktober 2012 vor. Die hohen Anforderungen des Erstentwurfs an die AIF-Manager bzgl. interner Abläufe, Risikomanagement, externer Verwahrstelle, Bewertung, laufende Einhaltung von Verschuldungsgrenzen ebenso wie die Zulassungsnotwendigkeit, wie bereits im Erstentwurf geregelt, bleiben bestehen.

Die AIFM-Richtlinie zur Regulierung der Verwalter/Manager alternativer Investmentfonds soll in Deutschland nach dem Gesetzentwurf des Bundesministeriums der Finanzen durch die Einführung des Kapitalanlagegesetzbuchs (KAGB) umgesetzt werden. Damit wird ein einheitliches Regelwerk für alle bislang nach dem Investmentgesetz (InvG) regulierten Fonds, einschließlich der OGAW/UCITS-Fonds, geschaffen. Die Umsetzung der AIFM-Richtlinie in deutsches Recht muss bis spätestens zum 22. Juli 2013 abgeschlossen sein.

Die vorgesehene Regulierung bringt erhebliche Konsequenzen für die Fondsbranche mit sich. Ausgangspunkt für die ursprünglichen europäischen Regulierungsbemühungen waren wohl unstreitig die Hedgefonds. Tatsächlich umfasst der in deutsches Recht umzusetzende Anwendungsbereich der AIFM-Richtlinie sowohl offene als auch geschlossene Fondstrukturen (Private-Equity-Fonds, Hedgefonds sowie Infrastruktur- und Immobilienfonds). Hinzu kommen Erneuerbare Energien- und Schiffsfonds. Betroffen sind ebenfalls Spezialfonds. Eine Positivliste über zulässige Assets wurde erweitert, soll allerdings nicht abschließend sein.

Der Entwurf des KAGB strebt grundsätzlich eine eins-zu-eins-Umsetzung der AIFM-Richtlinie an. In verschiedenen Punkten geht der Entwurf des Bundesministeriums für Finanzen jedoch über die zwingenden Mindestvoraussetzungen der AIFM-Richtlinie hinaus und setzt damit der deutschen Fondsbranche einen strengeren Rechtsrahmen als vom europäischen Gesetzgeber vorgesehen. Die wohl wichtigste Abweichung der AIFM-Richtlinie besteht darin, dass der Entwurf des KAGB auch Fonds mit einem geringen Vermögen umfassend reguliert. Das BMF begründet dies mit einem erhöhten Anlegerschutzinteresse.

Der Entwurf zum KAGB umfasst folgende wichtigen Regelungsbereiche:

- Das InvG beinhaltete bisher eine Trennung von Kapitalanlagengesellschaft und Depotbank, die beide jeweils im

Interesse des Anlegers zu handeln haben. Dieses sogenannte Investmentdreieck soll nun auch für unregulierte Fondstrukturen gelten. Der Begriff der Depotbank wird durch den Begriff der Verwahrstelle ersetzt.

- Die AIFM-Richtlinie verlangt die Bestellung von Verwahrstellen für jeden AIF. Die Verwahrstelle ist für die Verwahrung der Vermögenswerte des AIF, insbesondere der Finanzinstrumente, für die ordentliche Überwachung des Cash-Flows der AIF als auch für die Überprüfung des wirksamen Erwerbs des Eigentums an Vermögensgegenständen durch den AIF zuständig. Der Gesetzentwurf zum KAGB sieht vor, dass lediglich Kreditinstitute, Wertpapierfirmen und bestimmte weitere vergleichbare beaufsichtigte Einrichtungen als Verwahrstelle in Betracht kommen. Die von der AIFM-Richtlinie vorgesehene Möglichkeit, Dienstleister wie z. B. Anwälte und Wirtschaftsprüfer als Verwahrstellen zu benennen, sieht der Gesetzentwurf nicht vor.

- Mit der Investmentkommanditgesellschaft („InvKG") wird ein weiteres Investmentvermögen in Satzungsform eingeführt. Damit wird in Deutschland in Zukunft neben der geschlossenen Investmentaktiengesellschaft mit fixem Kapital ein neues geschlossenes Fondsvehikel zur Verfügung stehen.

- Hedgefonds können nach dem Entwurf des KAGB nur noch als offene Spezial-AIF aufgelegt werden, die allein von professionellen Anlegern gehalten werden dürfen. Die bisher noch vom InvG vorgesehene Platzierung von „Sondervermögen mit zusätzlichen Risiken" an Privatanleger wird damit zukünftig ausgeschlossen sein. Sofern bisher Sondervermögen mit zusätzlichen Risiken nur in einem abschließenden Katalog zulässiger Vermögensgegenstände investieren durften, können Hedgefonds grundsätzlich alle für AIF in Frage kommenden Vermögenswerte erwerben.

- Offene Fonds im Sinne des KAGB sind lediglich Fonds, bei denen Anleger mindestens einmal pro Jahr das Recht zur Rückgabe ihrer Anteile ausüben dürfen. Viermal im Jahr soll es erlaubt sein, neue Fondsanteile zu kaufen. Sämtliche anderen AIFs gelten daher als geschlossene Fonds. Da Private-Equity-Fonds üblicherweise in illiquide Vermögensgegenstände investieren und ihren Anlegern typischerweise keine oder nur sehr stark eingeschränkte Rückgaberechte einräumen, dürften Private-Equity-Fonds deshalb regelmäßig als geschlossene Fonds anzusehen sein. Private-Equity-Fonds

dürfen somit zukünftig nur noch als geschlossene Investmentaktiengesellschaften mit fixem Kapital oder als geschlossene Investmentkapitalgesellschaft aufgelegt werden.

- Die Neuauflage von Immobilienfonds wird nun doch nicht nur in Form von geschlossenen Fonds entweder als Publikums-AIF oder als Spezial-AIF möglich sein. Der jüngste Gesetzesentwurf des BMF hat nach massiver Kritik aus der Fondsbranche das vorgesehene Verbot offener Immobilienfonds gekippt. Jedoch werden Immoblienfonds künftig grundsätzlich auch als AIF qualifiziert. Bestimmte fondsbezogene Vorschriften des KAGB werden dann auch auf offene Immobilienfonds anwendbar sein.

- Anleger werden nach dem Entwurf des KAGB als „professionelle Anleger" oder als „Privatanleger" klassifiziert. Professionellen Anlegern wird unterstellt, dass sie über ausreichende Erfahrungen, Kenntnisse und den nötigen Sachverstand verfügen, um die mit ihren Anlageentscheidungen einhergehenden Risiken beurteilen zu können. Privatanlegern müssen rechtzeitig vor dem Erwerb von AIF-Anteilen die wesentlichen Anlegerinformationen, der Verkaufsprospekt sowie der letzte veröffentlichte Jahresabschluss und Halbjahresbericht in der geltenden Fassung kostenlos zur Verfügung gestellt werden. Des Weiteren sind dem potentiellen Anleger vor Vertragsabschluss der jüngste Nettoinventarwert des Investmentvermögens oder der jüngste Marktpreis der Anteile oder Aktien aufzuzeigen. Dem Verkaufsprospekt sind grundsätzlich die Anlagebedingungen beizufügen.

- Die Einordnung, ob es sich um einen professionellen Anleger oder um einen Privatanleger handelt, erfolgt nach objektiven Merkmalen. Als sogenannte geborene professionelle Anleger kommen nur Rechtspersönlichkeiten wie z. B. Kreditinstitute, Fonds, Versicherungen und andere institutionelle Anleger in Betracht. Das Gesetz wird vorsehen, dass sich Anleger auch in die andere Gruppe einstufen lassen können. Dies ermöglicht es z. B. auch Privatpersonen als professionelle Anleger aufzutreten.

- Die Aufnahme des Vertriebs sämtlicher AIF setzt eine Anzeige an die BaFin voraus. Für OGAW-Fonds bleibt es bei dem bestehenden Anzeigeverfahren. Die Regelungen zum Anzeigeverfahren für AIF sind vielschichtig und unterscheiden danach, ob es sich um den Vertrieb von inländischen, europäischen oder Drittstaaten AIF handelt. Auch ist von Bedeutung, ob es

sich um einen Vertrieb an Privatanleger oder an professionelle Anleger handelt. Die Inanspruchnahme eines EU-Passes beim Vertrieb von AIF an professionelle Anleger ist vorgesehen.

Der Entwurf des KAGB sieht allgemeine Übergangsvorschriften für AIF-Verwaltungsgesellschaften und AIF vor. Danach ist innerhalb einer Frist von einem Jahr beginnend ab dem 22. Juli 2013 und spätestens am 22. Juli 2014 ein Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis bei der BaFin einzureichen. Zu beachten ist, dass nach dem Tag des Inkrafttretens des Gesetztes neue AIF erst aufgelegt werden dürfen, wenn die BaFin die entsprechende Erlaubnis erteilt hat.

v.boedeker@heuking.de

Überarbeitung der MaRisk

4. Novellierung der MaRisk geplant

Martin Rose, LL.M.
(Frankfurt)

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht beabsichtigt, im Herbst dieses Jahres eine Überarbeitung der „Mindestanforderungen an das Risikomanagement" (MaRisk) vorzulegen. Grund für die vierte Novellierung der MaRisk ist in erster Linie die Anpassung von § 25a KWG, die das von der Europäischen Kommission ausgearbeitete CRD IV – Reformpaket zur Änderung der Eigenkapitalvorschriften notwendig macht.

Hintergrund

Die BaFin hat mitgeteilt, Ende des Jahres 2012 die vierte MaRisk-Novelle veröffentlichen zu wollen. Notwendig gemacht haben dies die gestiegenen Anforderungen an das Risikomanagement durch CRD – IV sowie verschiedene Standards der Europäischen Bankenaufsicht EBA. Die Änderungen betreffen vor allem Kapitalplanungsprozesse, Risikosteuerungs- und Controllingprozesse sowie das Liquiditätstransferpreissystem. Darüber hinaus werden Institute in der Zukunft eine eigene Compliance-Funktion einrichten müssen. Abzuwarten bleibt allerdings, inwieweit die von verschiedenen Instituten und Verbänden im Rahmen des Konsultationsprozesses eingebrachten Änderungsvorschläge berücksichtigt werden.

Fortgeltung bisheriger Grundsätze

Die BaFin weist ausdrücklich daraufhin, dass am prinzipienorientierten Aufbau der MaRisk und am Proportionalitätsprinzip wei-

terhin festgehalten wird. Soweit mit der gesetzlichen Zielsetzung von Angemessenheit und Wirksamkeit des Risikomanagements vereinbar, können insbesondere kleinere Institute in den Genuss von Öffnungsklauseln kommen, die eine Abschwächung der regulären Anforderungen an das Risikomanagement erlauben. Gleichzeitig müssen jedoch solche Institute, denen ihre Größe und Bedeutung eine gewisse Relevanz verschaffen, gegebenenfalls über die in den MaRisk formulierten Mindestanforderungen hinaus Vorkehrungen im Bereich des Risikomanagements treffen.

Wesentliche Änderungen

Das Risikotragfähigkeitskonzept von Instituten soll zukünftig einen stärker auf die Zukunft ausgerichteten Kapitalplanungsprozess beinhalten. Die üblicherweise auf ein Jahr ausgerichtete Risikotragfähigkeitsrechnung soll daher ergänzt werden um ein Planungsinstrument, das den zukünftigen Kapitalbedarf im Falle der Veränderung des wirtschaftlichen Umfelds oder der eigenen Geschäftstätigkeit berücksichtigt. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass das Institut seinen Kapitalbedarf bereits frühzeitig identifizieren kann und entsprechende Maßnahmen in die Wege leitet.

Eine stärkere Bedeutung im Rahmen der Sicherstellung der Risikotragfähigkeit soll in Zukunft den Risikosteuerungs- und Controllingprozessen zukommen. Für alle darin berücksichtigten Risiken muss ein Limitsystem eingerichtet werden, das es erlaubt, rechtzeitig Steuerungsimpulse auszulösen, die eine übermäßige Risikoannahme verhindern. Bekannt ist dieses Verfahren bereits von den Anforderungen zur Begrenzung von Adressenausfall- und Marktpreisrisiken.

Eine Aufwertung erfährt auch die Position des Leiters des Risikocontrollings, der zukünftig bei allen wichtigen risikopolitischen Entscheidungen zu beteiligen ist. Seine gesteigerte Bedeutung muss auch in seiner Stellung innerhalb des Unternehmens zum Ausdruck kommen. Die Leitung des Risikocontrollings muss zukünftig entweder von einem Geschäftsleiter oder einem Mitarbeiter unterhalb der Geschäftsleiterebene ausgeübt werden. Bei großen Instituten muss die Aufgabe sogar zwingend einem Geschäftsleiter übertragen werden.

Eine der wohl am weitesten reichenden Vorgaben der BaFin betrifft die Einrichtung einer Compliance-Funktion. Wurde bislang eine entsprechende Funktion nach § 33 WpHG i.V.m. dem Rundschreiben „MaComp" nur für die Erbringer von Wertpapierdienstleistungen in Zusammenhang mit der Einhaltung der Vorschriften des WpHG gefordert, sollen nun alle Institute die

Einhaltung von gesetzlichen Bestimmungen und Vorgaben durch eine allgemeine Compliance-Funktion sicherstellen. Im Rahmen des Konsultationsverfahrens war in Stellungnahmen von potentiell Betroffenen heftig kritisiert worden, dass in der Praxis nur schwer vorstellbar sei, wie eine Abgrenzung zu schon bestehenden Einheiten wie Interner Revision und Rechtsabteilung hergestellt werden könne. Diese seien in ihrem Tagesgeschäft oftmals bereits mit compliance-relevanten Themen befasst.

Es wird daher notwendig sein, ein Compliance-Rahmenwerk auszuarbeiten, das den Verantwortungsbereich der Compliance-Funktion genau festlegt und die Verfügbarkeit relevanter Informationen sicherstellt. Es müssen für alle Mitarbeiter institutsinterne Regelungen festgelegt werden, wie die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen gewährleistet wird und wie deren Einhaltung überwacht werden soll. Die Compliance-Funktion hat mindestens jährlich sowie anlassbezogen der Geschäftsleitung über ihre Tätigkeit Bericht zu erstatten.

Ausblick

Unabhängig vom genauen Wortlaut der endgültigen Fassung der neuen MaRisk zeichnet sich schon jetzt ab, dass der regulatorische Druck immer weiter zunimmt und Institute erhebliche Anstrengungen unternehmen müssen, um den gesetzgeberischen Vorgaben gerecht werden zu können. Neben der Überarbeitung der MaRisk werden neue Anforderungen an das Eigenkapital gestellt, das Meldewesen wird umgestaltet und es werden neue Anforderungen an Mitarbeiter im Beratungsgeschäft gestellt.

m.rose@heuking.de

Sorgfalts- und Organisationspflichten beim E-Geld Geschäft

Dr. Markus Rabe, LL.M.
(München)

Ausnahmen von der Identifizierungspflicht vereinfachen die Ausgabe von E-Geld in Deutschland

Die Integration in das ZAG sollte dem E-Geld-Geschäft in Deutschland Auftrieb verschaffen. Ein großes Hindernis war jedoch die selbst bei der Ausgabe von Geschenk- und Kundenkarten zu Kleinstbeträgen notwendige geldwäscherechtliche Identifizierung. Hier setzt der neu geschaffene § 25i KWG an, mit dem erstmals eine Bagatellgrenze für das Eingreifen der geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten bei der Ausgabe von E-Geld eingeführt wurde.

Sorgfalts- und Organisationspflichten beim E-Geld Geschäft

A. E-Geld-Geschäft in Deutschland

E-Geld-Geschäft ist die Ausgabe elektronisch gespeicherter monetärer Werte, die von anderen Personen als dem Emittenten im Rahmen von Bezahlvorgängen akzeptiert werden. Erscheinungsformen des E-Gelds sind das sog. „Netzgeld" und das sog. „Kartengeld". Bislang war das E-Geld-Geschäft Bankgeschäft im Sinne des Kreditwesengesetzes (KWG) mit entsprechend hohen aufsichtsrechtlichen Hürden. Mit dem Ziel, das E-Geld-Geschäft zu fördern, wurde es 2011 in das Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG) überführt und die neue Institutsgruppe der E-Geld-Institute geschaffen. Selbst die damit verbundene Absenkung des notwendigen Anfangskapitals von EUR 1.000.000,00 auf EUR 350.000,00 konnte dem E-Geld – und hier vor allem dem Kartengeld – jedoch noch nicht zum Durchbruch verhelfen. Stattdessen machte sich Unsicherheit im Einzelhandel breit. Schließlich kann z.B. eine von einer Einzelhandelskette herausgegebene elektronische Geschenkkarte zumindest nach derzeitiger Verwaltungspraxis der BaFin selbst dann als E-Geld qualifiziert werden, wenn die Geschenkkarte nur in den Warenhäusern der entsprechenden Einzelhandelskette akzeptiert wird (sog. closed loop-System), die Einzelhandelskette aber in verschiedenen rechtlich selbständigen Regionalgesellschaften organisiert ist. Folge ist die notwendige geldwäscherechtliche Identifizierung der Kunden nebst der entsprechenden Dokumentation. Nun ist es jedoch unrealistisch, dass ein Einzelhändler bei der Ausgabe einer Geschenkkarte im Wert von 20 Euro bei seinem Kunden eine Identifizierung nach dem Geldwäschegesetz durchführt.

B. Die Erleichterungen des § 25i KWG

Hier setzt die Bagatellregelung des § 25i Abs. 2 KWG an, wonach die geldwäscherechtliche Identifizierung unterbleiben kann, wenn

- auf dem ausgegebenen E-Geld-Träger ein Betrag von maximal 100 Euro gespeichert werden kann; bei wiederaufladbaren E-Geld-Trägern dürfen diese auch nur mit maximal 100 Euro im Monat aufladbar sein;

- es technisch nicht möglich ist, das ausgegebene E-Geld mit dem E-Geld eines anderen E-Geld-Inhabers oder E-Geld eines anderen Emittenten zu verbinden, also vor allem das E-Geld nicht von einem E-Geld-Träger auf einen anderen E-Geld-Träger übertragen werden kann, und

- Rücktausch des E-Geldes zu Bargeld lediglich bis zu einem Betrag von 20 Euro erfolgen kann.

Außerdem wurde in § 25i Abs. 5 KWG die Möglichkeit eröffnet, dass die BaFin einem E-Geld-Emittenten gestatten kann,

lediglich vereinfachte Sorgfaltspflichten nach § 5 Geldwäschegesetz zu erfüllen oder von der Erfüllung sonstiger Pflichten abzusehen, soweit bei der Nutzung des E-Geld-Trägers lediglich ein geringes Risiko der Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung oder sonstiger strafbarer Handlungen nach Maßgabe des § 25c Abs. 1 KWG besteht.

Die Bagatellregelung nach § 25i Abs. 2 KWG sowie ein möglicher Dispens nach § 25i Abs. 5 KWG ändern nichts daran, dass die ausgebende Stelle das E-Geld-Geschäft betreibt und sie somit einer Erlaubnis als E-Geld-Institut bedarf. In Bezug auf z.B. elektronische Geschenkkarten und Kundenkarten mit Bezahlfunktion wird die Ausgabe für Einzelhändler durch das Entfallen der geldwäscherechtlichen Identifizierung bei Eingreifen der Bagatellregelung jedoch praktisch erst wieder handhabbar, so dass eine Ausgabe durch den Einzelhändler selbst oder im Auftrag des Einzelhändlers durch einen hierauf spezialisierten Payment-Dienstleister nunmehr wieder sowohl rechtssicher als auch mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand möglich ist.

m.rabe@heuking.de

C. Folge für die E-Geld-Emittenten

Das Risiko Euro – Neue Anforderungen an die Vertragsgestaltung

Alexander J. Thum (Frankfurt)

Die Eurokrise beherrscht die Tagespresse seit geraumer Zeit. Hochrangige Politiker rechneten bereits mit dem Austritt Griechenlands aus dem Euro. Manche Landespolitiker und Ökonomen forderten dies sogar. Mitunter war vom Zerfall des Euro zu lesen. Welche Konsequenzen aber würden diese Szenarien für international tätige Unternehmen haben? Und wie können sich diese gegen das Risiko Euro absichern?

Euro-Austritt

Für den Fall des Austritts eines oder einzelner Staaten aus dem Euro gilt es, Euro-Forderungen aus Verträgen mit Unternehmen in Krisenländern (Griechenland, Spanien und Italien, aber auch Irland und Portugal) später auch in Euro gezahlt zu bekommen, und nicht etwa in einer etwaigen neuen nationalen Währung. Hierzu müssen die Parteien eine ausdrückliche Regelung zur

geschuldeten Währung treffen. Mit einer bloßen Rechtswahl z. B. deutschen Rechts oder der Festschreibung eines Euro-Betrages ist es hier nicht getan. Im Zweifel würde nämlich die vermeintliche Euro-Forderung gegen einen Schuldner in einem Krisenstaat auf Grundlage eines entsprechenden Umstellungsgesetz zu einem darin festgelegten Stichtag in die neue nationale Währung umgerechnet (rekurrenter Anschluss) und wäre anschließend massiven Abwertungen unterworfen. Die Begleichung der Forderung in neuer Währung bedeutete für den Gläubiger mithin einen erheblichen Kaufkraftverlust.

Gestaltungsmöglichkeiten

Um dies zu vermeiden, sollte in Verträgen mit Schuldnern in Krisenstaaten in jedem Falle eine ausdrückliche Regelung zur geschuldeten Währung getroffen werden. Die Möglichkeiten reichen hier von der Vereinbarung einer bloßen Nachverhandlungsklausel für den Fall einer Währungsumstellung, der ausdrücklichen Anordnung einer Euro-Schuld auch im Falle einer Währungsumstellung oder der Vereinbarung einer Fremdwährungsschuld (bspw. CHF, USD, GBP) bis hin zum Vorsehen einer Wertsicherungsklausel im Hinblick auf den entstehenden Kaufkraftverlust oder einer Ausgleichsklausel zur fairen Aufteilung dieses Risikos. Die jeweilige Vereinbarung sollte durch wirksame, d.h. frühzeitig ausübbare Rücktritts- oder Kündigungsrechte (insb. MAC-Klausel) und sonstige Klauseln flankiert werden (z.B. Force Majeure-Klausel).

Anküpfungsmomente vermeiden

Unabhängig davon sollte jede unnötige Verbindung eines Vertrages zu einem Krisenstaat vermieden werden. Keinesfalls sollte die Jurisdiktion des Krisenstaates gewählt werden. Wo dies möglich ist, sollten Verträge mit selbständigen Tochterunternehmen in „sicheren" Euro-Staaten abgeschlossen werden. Auch jedwede Parteihandlungen wie Vertragsverhandlungen, Unterschriften und Vertragsdurchführung sollten nicht in einem Krisenstaat erfolgen.

Euro-Zerfall

Ein kompletter Zerfall des Euro ist aus heutiger Sicht zwar eher unwahrscheinlich. Die Folgen wären allerdings unvorhersehbar. Ob, wann und wie welche nationalen Währungen eingeführt würden, ist aus heutiger Sicht völlig ungewiss. Dieses Risiko kann weitgehend nur durch die Vereinbarung einer Fremdwährungsschuld beseitigt werden. Trotzdem würde auch hier unabhängig vom allgemeinen Wechselkursrisiko ein Durchsetzungsrisiko verbleiben, weil das jeweilige Währungsumstellungsgesetz die Vereinbarung von Fremdwährungsschulden erlauben müsste.

Bestehende Verträge

Soweit bereits Verträge mit Schuldnern in einem Krisenstaat abgeschlossen wurden, die von einer Währungsumstellung betrof-

fen sind, wäre im Einzelfall eine Anpassung des Vertrages oder das Bestehen eines Rücktrittsrechts gemäß den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage zu prüfen. Mitentscheidend wird hier dann aber auch die Frage sein, ob der Vertrag noch vor dem Herbst 2011 abgeschlossen wurde, als die Euro-Krise in ihrem jetzigen Ausmaß noch nicht vorhersehbar war. Bei späteren Vertragsabschlüssen dürften die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Vertragsanpassung i.d.R. nicht mehr vorliegen.

a.thum@heuking.de

Fazit: Es wäre fahrlässig, beim Neuabschluss eines längerfristigen Vertrages mit einem Forderungsschuldner in einem Krisenstaat keine ausdrücklichen Regelungen über die geschuldete Währung und die Folgen einer etwaigen Währungsumstellung zu treffen. Die Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage helfen insoweit nicht mehr weiter.

Pizzadienst braucht Banklizenz?!

Finanzregulatorische Anforderungen an Internetplattformbetreiber mit Bezahlsystemen und Implikationen für die zivilrechtliche Ausgestaltung von E-Commerce-Modellen

Dr. Sandra Müller (Frankfurt)

Spätestens seit eBay die für den Sommer dieses Jahres geplante Einführung seiner neuen Zahlungsabwicklung aufgrund der Forderung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) nach einer Banklizenz verschieben musste, beschäftigt Internetplattformbetreiber die Frage, ob und inwieweit auch ihr Geschäftsmodell in den erlaubnispflichtigen Bereich fällt.

Welche Erlaubnistatbestände in Betracht kommen, hängt davon ab, wie das E-Commerce-Modell im konkreten Fall ausgestaltet ist. Der nachfolgende Beitrag greift zwei Regelungsmaterien heraus, die für die meisten Plattformbetreiber von Bedeutung sein dürften: die Vorschriften über E-Geld und die Erbringung von Zahlungsdiensten nach dem Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG).

E-Geld

Eine Erlaubnispflicht kann sich zunächst aus § 8a Abs. 1 S. 1 ZAG ergeben. Danach bedarf derjenige, der E-Geld-Geschäfte betreiben will, der schriftlichen Erlaubnis durch die BaFin. Nach

Pizzadienst braucht Banklizenz?!

der gesetzlichen Definition ist „E-Geld" jeder elektronisch, darunter auch magnetisch, gespeicherte monetäre Wert in Form einer Forderung gegenüber dem Emittenten, der gegen Zahlung eines Geldbetrages ausgestellt wird, um damit Zahlungsvorgänge im Sinne des § 675 f Abs. 3 S. 1 BGB durchzuführen, und der auch von anderen natürlichen oder juristischen Personen als dem Emittenten angenommen wird.

Das zentrale Kriterium des E-Geld-Begriffes besteht darin, dass E-Geld von Dritten als allgemeines Zahlungsmittel akzeptiert wird, die elektronischen Einheiten also gleichsam als „elektronische Geldbörse" eingesetzt werden können. E-Geld liegt folglich nur dann vor, wenn gesetzliche Zahlungsmittel in eine Art elektronische „Parallelwährung" umgewandelt werden, die von Dritten genauso akzeptiert wird wie ein gesetzliches Zahlungsmittel.

Dieser sehr weite E-Geld-Begriff wird in § 1 Abs. 5 ZAG durch zwei Bereichsausnahmen eingeschränkt. Nicht um E-Geld handelt es sich danach bei monetären Werten, die auf Zahlungsinstrumenten beruhen, die nur in den Geschäftsräumen der ausgebenden Stelle (z.B. in einem Kaufhaus), aufgrund vertraglicher Vereinbarungen mit dem Aussteller nur für eine begrenzte Auswahl von Waren oder Dienstleistungen (etwa Guthaben im Bereich des öffentlichen Nahverkehrs, Tankkarten) oder nur innerhalb eines begrenzten Netzes von Händlern oder Dienstleistern (z.B. Fußballstadion, Universitätscampus) als Zahlungsmittel eingesetzt werden können. Ebenfalls nicht als E-Geld zu qualifizieren sind monetäre Werte, die nur dazu dienen, Leistungen zu bezahlen, die ausschließlich über ein Telekommunikations-, Digital- oder IT-Gerät abgewickelt werden. Vor allem Mobilfunkanbieter, die Prepaid-Telefonkarten ausgeben, mit denen der Kunde nicht nur Gesprächszeit, sondern auch von Dritten angebotene Waren oder Dienstleistungen wie Klingeltöne, Hintergrundbilder oder Musik sowie gesprächstherapeutische Leistungen über Telefon oder SMS anbieten, sollen von der Vorschrift erfasst sein.

Darüber, unter welchen Voraussetzungen diese Bereichsausnahmen auf Betreiber von Internetplattformen Anwendung finden, kann derzeit nur spekuliert werden. Die BaFin betont, dass es sich um eine Frage des Einzelfalls handelt. E-Commerce-Modelle sollten daher möglichst so ausgestaltet sein, dass Einheiten auf virtuellen Konten schon gar nicht unter die E-Geld-Definition fallen. Hierzu bietet es sich an, die Zahlungsbeziehungen auf das Verhältnis zwischen Nutzer und Plattformbetreiber zu beschränken. Die kautelarjuristische Herausforderung besteht in diesem

Pizzadienst braucht Banklizenz?!

Fall darin, vertragliche Beziehungen und Zahlungsvorgänge so zu strukturieren, dass das betreffende E-Commerce-Modell nicht in den erlaubnispflichtigen Bereich fällt und gleichzeitig eine Zwischenhändlerposition des Plattformbetreibers mit den damit verbundenen Haftungsrisiken vermieden wird.

Die Emission von E-Geld begründet jedoch bei weitem nicht das einzige Risiko, eine Erlaubnispflicht auszulösen. Insbesondere laufen Plattformbetreiber Gefahr, einen „Zahlungsdienst" im Sinne von § 1 Abs. 2 ZAG zu erbringen und daher der Erlaubnispflicht nach § 8 Abs. 1 ZAG zu unterfallen.

Erbringung von Zahlungsdiensten

Wie wichtig es sein kann, sich schon im Vorfeld der Aufnahme eines Geschäftsmodells mit der BaFin abzustimmen, verdeutlicht das Urteil des Landgerichts Köln vom 29. September 2011 – „Pizza.de/Lieferheld.de".

Eine Vermittlerin von Online-Essensbestellungen war von einem Mitbewerber mit der Begründung abgemahnt worden, sie bedürfe für ihr Geschäftsmodell einer Erlaubnis der BaFin gemäß § 8 Abs. 1 ZAG. Das Landgericht Köln gab dem Mitbewerber Recht. Indem sie z.B. über PayPal die Beträge für die Bestellungen vereinnahme und diese später an die Lieferanten auskehre, erbringe die Verfügungsbeklagte einen Zahlungsdienst in Form des Finanztransfergeschäfts gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 6 ZAG. Gegen die Qualifikation der Verfügungsbeklagten als erlaubnispflichtiges Zahlungsinstitut spreche auch nicht, dass der Zahlungsdienst nur anlässlich einer anderen Haupttätigkeit (der Vermittlung von Essensbestellungen) erbracht werde. Da aus der Europäischen Zahlungsdiensterichtlinie kein „Nebendienstleistungsprivileg" hergeleitet werden könne, reiche das Einräumen einer bestimmten Zahlungsmöglichkeit für ein Hauptgeschäft aus, um die für die Qualifikation eines Unternehmens als Zahlungsdienstleister nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG erforderliche Gewerbsmäßigkeit des Zahlungsdienstes zu bejahen.

Was die Entscheidung des Landgerichts Köln für Plattformbetreiber besonders brisant macht, ist, dass die Erlaubnispflicht nach Auffassung des Landgerichts eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG darstellt und die Wettbewerbsgerichte mangels Vorgaben der BaFin nicht daran gehindert sind, eine eigene Entscheidung zur Erlaubnispflichtigkeit zu treffen. Die Folge ist, dass einem potentiell erlaubnispflichtigen Geschäftsmodell von einem Mitbewerber im Wege der einstweiligen Verfügung buchstäblich von heute auf morgen die Grundlage entzogen werden kann.

Pizzadienst braucht Banklizenz?!

Ob es für den Ausschluss der Erlaubnispflichtigkeit genügt, ein E-Commerce-Modell vertraglich so auszugestalten, dass der Plattformbetreiber die Zahlung nicht abwickelt, sondern für sich selbst vereinnahmt, ist allerdings zweifelhaft: Bei der von eBay geplanten Zahlungsabwicklung, deren Einführung durch die BaFin gestoppt wurde, überweist der Käufer den Kaufpreis nicht mehr direkt an den Verkäufer, sondern auf ein eBay-Konto. Gibt es seitens des Käufers keine Reklamationen, wird der Verkäufer von eBay ausbezahlt. Um eine Eigenhaftung zu vermeiden, agiert eBay dabei jedoch nicht als Zwischenhändlerin. Sie erhält vielmehr dadurch einen eigenen Zahlungsanspruch, dass sie sich Kaufpreisforderungen im Voraus und unter der auflösenden Bedingung vom Verkäufer abtreten lässt, dass der Käufer den Kaufpreis nicht innerhalb von 30 Tagen an eBay zahlt. Tritt diese Bedingung ein, fällt die Forderung an den Verkäufer zurück, der sie nunmehr selbst gegenüber dem Käufer geltend machen oder vom Kaufvertrag zurücktreten kann. Bei dem Betrag, der an den Verkäufer ausgezahlt wird, handelt es sich also nicht um den vom Käufer zu zahlenden Kaufpreis, den eBay für sich vereinnahmt, sondern um den Bruttowert der Forderung, die eBay dem Verkäufer abgekauft hat. Die BaFin hat sich von dieser vertraglichen Konstruktion offenbar nicht beeindrucken lassen, sondern einer wirtschaftlichen Betrachtung den Vorzug gegeben.

s.mueller@heuking.de

Fazit: Die Hoffnung, die BaFin werde auf das eigene Geschäftsmodell nicht von sich aus aufmerksam werden, erweist sich nicht selten als trügerisch. Mit Blick auf die vom Landgericht Köln in der Entscheidung „Pizza.de/Lieferheld.de" angenommene wettbewerbsrechtliche Relevanz der Erlaubnispflicht drohen zudem finanzaufsichtsrechtliche Gefahren aus einer Ecke, wo man sie zunächst nicht vermuten würde. Internetplattformbetreibern mit Bezahlsystemen ist daher anzuraten, sich möglichst frühzeitig mit der BaFin in Verbindung zu setzen und die Frage der Erlaubnispflichtigkeit verbindlich klären zu lassen.

HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

Dieser Newsletter 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.heuking.de

Verantwortliche Redakteure:

Dr. Vinzenz Bödeker, LL.M.
(Frankfurt)
Martin Rose, LL.M.
(Frankfurt)

Diese und alle weiteren Ausgaben des Newsletter Banking & Finance finden Sie im Internet unter www.heuking.de/ueber-uns/newsletter.html

Berlin
Unter den Linden 10
10117 Berlin
T +49 30 88 00 97-0
F +49 30 88 00 97-99

Brüssel
Avenue Louise 326
1050 Brüssel/Belgien
T +32 2 646 20-00
F +32 2 646 20-40

Chemnitz
Weststraße 16
09112 Chemnitz
T +49 371 38 203-0
F +49 371 38 203-100

Düsseldorf
Georg-Glock-Straße 4
40474 Düsseldorf
T +49 211 600 55-00
F +49 211 600 55-050

Frankfurt
Grüneburgweg 102
60323 Frankfurt am Main
T +49 69 975 61-0
F +49 69 975 61-200

Hamburg
Neuer Wall 63
20354 Hamburg
T +49 40 35 52 80-0
F +49 40 35 52 80-80

Köln
Magnusstraße 13
50672 Köln
T +49 221 20 52-0
F +49 221 20 52-1

München
Prinzregentenstraße 48
80538 München
T +49 89 540 31-0
F +49 89 540 31-540

Zürich
Bahnhofstrasse 3
8001 Zürich/Schweiz
T +41 44 200 71-00
F +41 44 200 71-01

RECHTSANWÄLTE UND STEUERBERATER
Berlin Brüssel Chemnitz Düsseldorf Frankfurt Hamburg Köln München Zürich