

# BANK- UND KAPITALMARKTRECHT

## Zur Erlaubnispflichtigkeit des „Ankaufes“ privater Lebensversicherungen

Sven Johannsen | Johannsen@kaufmannlutz.com

### 1. Einführung

In Zeiten verunsicherter Finanzmärkte wird das Einlagengeschäft als Mittel der Kapitalbeschaffung nicht nur für Kreditinstitute immer wichtiger. Die Verwaltungspraxis und Rechtsprechung haben sich daher in jüngerer Zeit zunehmend mit Fallkonstellationen beschäftigt, bei denen ein Käufer auf Grund eines Vertrages von Verkäufern z.B. Bauspar- oder Lebensversicherungsverträge übernimmt und diese anschließend kündigt. Das hierdurch frei werdende Kapital fließt an den Käufer und erst anschließend – je nach vertraglicher Ausgestaltung – in laufenden Raten oder zu einem festen, zukünftigen Zeitpunkt an den Verkäufer. Der Käufer verwendet das eingezogene Geld in der Zwischenzeit für eigene Investitionszwecke.

Bei einer solchen Fallgestaltung liegt die Einstufung als Bankgeschäft in Form des Einlagengeschäfts im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KWG und der damit verbundenen Erlaubnispflichtigkeit nach § 32 KWG nahe. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) hat bereits mehrfach zum Ausdruck gebracht, dass sie die beschriebene Fallkonstellation als erlaubnispflichtig ansieht.

### 2. Entscheidung

Das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main hat mit Urteil vom 11.07.2011 (Az.: 9 K 646/11.F) zu einer solchen Konstellation Stellung bezogen. In dem dem Urteil zu Grunde liegenden Sachverhalt schloss die Klägerin mit ihren Kunden Verträge, welche sie selbst als „Kaufverträge“ bezeichnete. Die Einschaltung der Klägerin sollte ausweislich des „Kaufvertrags“ dem Zweck der einfacheren Abwicklung des Rückkaufs von Lebensversicherungen dienen. Die Vertragsgestal-

tung war maßgebend darauf ausgerichtet, dass die Versicherungen durch die Klägerin als Bevollmächtigte des jeweiligen Kunden gekündigt werden, diese sich den Rückkaufwert auszahlen lässt und diesen wiederum nur zu einem Teil sofort an den Verkäufer auszahlt, während der Restbetrag für den im Vertrag festgelegten Zeitraum bei der Klägerin verblieb. Die Klägerin nutzte diese Gelder bis zur Rückzahlung an den Verkäufer für den Ankauf und die Finanzierung von Immobilien.

Die Beklagte BaFin ordnete im August 2010 per Bescheid gegenüber der Klägerin gem. § 37 Abs. 1 KWG die sofortige Einstellung des nach ihrer Auffassung unerlaubt betriebenen Einlagengeschäfts an. Die hiergegen gerichtete Klage hatte keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht sah in dem Sachverhalt eine Annahme unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Alt. 2 KWG. Dass die Klägerin ihr Vertragswerk selbst als Kaufvertrag bezeichnet, steht dem nicht entgegen. Es gehe nicht um eine rechtsdogmatische Einordnung der zu Grunde liegenden Verträge. Die Frage, ob ein Unternehmen fremde Gelder als Einlage annehme, bestimme sich vielmehr auf Grund einer Wertung aller Umstände des Einzelfalles unter Berücksichtigung der bankwirtschaftlichen Verkehrsauffassung, wobei wichtige Indizien für die Annahme eines Einlagengeschäfts sind, dass auf Grund typisierter Verträge von einer Vielzahl von Geldgebern, die keine Kreditinstitute sind, fremde Gelder zur unregelmäßigen Verwahrung als Darlehen oder in ähnlicher Weise ohne Bestellung der Art nach banküblicher Sicherheiten laufend angenommen würden. Diese Voraussetzungen lägen hier vor, da sich schon bei einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung das Geschäftsmodell der Klägerin so darstelle, dass der Klägerin für einen von vornherein festgelegten Zeitraum Geld überlassen werde,

ohne dass der Klägerin in irgendeiner Weise von dem Verkäufer Vorgaben gemacht würden, wie sie mit dem Geld umzugehen habe.

Zudem könne an der unbestimmten Rückzahlbarkeit der Gelder im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Alt. 2 KWG kein Zweifel bestehen, da sich aus den vertraglichen Vereinbarungen ergebe, dass die Klägerin in der im Vertrag festgelegten Weise zur Rückzahlung der Gelder verpflichtet sei. Dies genüge, um das Geschäft als Einlagengeschäft zu qualifizieren, ohne dass es noch auf die genaue rechtsdogmatische Zuordnung zu einem bestimmten Vertragstypus ankäme.

### **3. Bewertung**

Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts, gegen welche das Rechtsmittel der Berufung zum Hessischen Verwaltungsgerichtshof (Az.: 6 A 1820/11) eingelegt wurde, steht im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung zum Vorliegen eines erlaubnispflichtigen Einlagengeschäfts. Der streitgegenständliche „Kaufvertrag“ ist zudem durch Geschäftsbesorgungselemente (Kündigung der Versicherung, Einziehung der Gelder usw.) geprägt. Nach dem für die Verwaltungspraxis wichtigen BaFin-Merkblatt „Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäftes“

schließt die bürgerlich-rechtliche Geschäftsbesorgung das bankaufsichtsrechtliche Einlagengeschäft aus, solange die Geldverwahrung nur ein untergeordneter Teilaspekt des Geschäftsbesorgungsverhältnisses ist. So lag der Fall hier allerdings nicht, denn die vornehmliche Verwendung der Gelder für eigene Investitionszwecke lässt die Annahme eines untergeordneten Nebenzwecks als kaum vertretbar erscheinen.

### **4. Praxisfolgen**

Anbietern von entsprechenden Geschäftsmodellen bleibt es im Hinblick auf die gefestigte Rechtsprechung und Verwaltungspraxis unbenommen, eine Gestaltungsmöglichkeit zu wählen, welche nicht zur Einstufung als Einlagengeschäft führt. Beispielsweise sei erwähnt, dass nach der Verwaltungspraxis der BaFin die Vereinbarung einer qualifizierten Rangrücktrittsklausel, bei der der Anspruch auf Rückzahlung so lange und so weit ausgeschlossen wird, wie die Kapitalrückzahlung einen Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens herbeiführen würde, mangels unbedingter Rückzahlbarkeit ausreichen kann, den Tatbestand des Einlagengeschäfts auszuschließen.