

Anschriften laut Verteiler

Ihr Zeichen:
Ihre Nachricht
Mein Zeichen: IV 305 -163.101-§101 GO
Meine Nachricht vom:

Thorsten Bertow
thorsten.bertow@im.landsh.de
Telefon: 0431 988-3109
Telefax: 0431 988-614-3109

5. Januar 2010

Einlagengeschäfte, Schuldverschreibungen, Depotgeschäfte - unzulässige Bankgeschäfte von Kommunen

I Allgemeines

- Nach § 101 Abs. 6 Satz 1 Gemeindeordnung (GO) darf die Gemeinde Bankunternehmen nicht errichten. Diese Regelung schließt das generelle Verbot zum Betreiben von Bankgeschäften im Sinne von § 1 Abs. 1 Kreditwesengesetz (KWG) durch die Gemeinde ein.
- Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 KWG sind Kreditinstitute Unternehmen, die Bankgeschäfte gewerbsmäßig oder in einem Umfang betreiben, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.
- Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 KWG ist die Annahme fremder Gelder als Einlagen oder anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums, sofern der Rückzahlungsanspruch nicht in Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen verbrieft wird, ohne Rücksicht darauf, ob Zinsen vergütet werden, ein Bankgeschäft (Einlagengeschäft).
- In Zweifelsfällen, ob ein bestimmtes Geschäft zu den erlaubnispflichtigen Bankgeschäften nach § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG gehört, entscheidet ausschließlich die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin, Abteilung Q 3, Graurheindorfer Str. 108, 53117 Bonn).
- Eine abschließende Beurteilung des Einzelfalls kann grundsätzlich von der BaFin nur erfolgen, wenn das Geschäftsvorhaben konkret und in allen Einzelheiten bekannt ist.
- Nach § 54 Abs. 1 KWG ist das Betreiben von Bankgeschäften ohne Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG strafbar.

II Für eine erste allgemeine Beurteilung werden folgende grundlegende Hinweise gegeben:

1. Einlagengeschäft

Das Einlagengeschäft betreibt, wer fremde Gelder als Einlagen oder andere unbedingt rückzahlbare Gelder des Publikums annimmt, sofern der Rückzahlungsanspruch nicht in Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen verbrieft ist. Auf

eine Verzinsung der Gelder kommt es nicht an. „Rückzahlbar“ sind Gelder, wenn ein zivilrechtlicher Anspruch auf ihre Rückzahlung besteht (z. B. aus einem Darlehen nach § 488 Abs. 1 BGB). Der Rückzahlungsanspruch muss darüber hinaus „unbedingt“ sein; er darf also nicht unter einer Bedingung stehen (§ 158 Abs. 1 BGB).

Die Anbahnung und Durchführung der Darlehen ist Einlagengeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG und damit Bankgeschäft. Bereits mit der Anbahnung des Geschäftes wird der Betreffende zum Kreditinstitut nach § 1 Abs. 1 Satz 1 KWG.

Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG bedarf der schriftlichen Erlaubnis der BaFin, wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen betreiben will. 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. Eine Gewinnerzielungsabsicht ist z. B. auch dann gegeben, wenn durch ein Geschäft höhere Zinsen bei Kreditinstituten erspart werden sollen.

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- oder Finanzdienstleistungsgeschäfte auch bei einem vergleichsweise geringen Umfang ergeben.

Von einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, ist auszugehen, wenn

- der Einlagenbestand bei mehr als fünf Einzeleinlagen die Summe von 12.500 € 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 € nur dann erlaubnisfrei überschritten werden darf, wenn es sich aus weniger als sechs Einzeleinlagen zusammensetzt.

Hierzu wird auf das Merkblatt „Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts“, veröffentlicht auf der Homepage der BaFin (www.bafin.de), hingewiesen.

2. Inhaber- und Orderschuldverschreibungen

Kein Einlagengeschäft im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 KWG und damit kein Bankgeschäft ist die Ausgabe von Inhaber- und Orderschuldverschreibungen, in deren Zuge zwar unbedingt rückzahlbare Gelder angenommen werden, der unbedingte Rückzahlungsanspruch jedoch in der Inhaber- oder Orderschuldver-

schreibung verbrieft ist. Voraussetzung ist, dass die gesetzlichen und wertpapierrechtlichen Voraussetzungen gewahrt und wirksame Wertpapiere begeben werden.

2.1 Inhaberschuldverschreibungen

Eine Inhaberschuldverschreibung stellt eine Verbriefung eines Forderungsrechtes (Zahlung eines bestimmten Geldbetrages und Zinsen) in einem Inhaberpapier dar; der Aussteller verspricht dem jeweiligen Inhaber der Urkunde die in ihr versprochene Leistung, § 793 Abs. 1 Satz BGB. Inhaberschuldverschreibungen sind grundsätzlich in den §§ 793 ff. BGB geregelt. Zudem sind sachenrechtliche Regelungen des BGB, etwa im Zusammenhang mit dem Eigentumserwerb, und wertpapierrechtliche Grundsätze, etwa im Zusammenhang mit der Entstehung des Wertpapiers anwendbar.

Eine Inhaberschuldverschreibung entsteht grundsätzlich mit rechtsgültiger Ausstellung der Schuldverschreibungsurkunde (Skripturakt) und wirksamer vertraglicher Begebung des Papiers (Begebungsvertrag). Der Skripturakt definiert die Rechtsstellung des Erwerbers und bewirkt eine Verselbstständigung der Forderung. Der Wortlaut der Schuldverschreibungsurkunde ist maßgeblicher Prüfungspunkt zur rechtlichen Einordnung der Schuldverschreibung. Aus diesem Grunde ist der Skripturakt von vorrangiger Bedeutung für die Qualifizierung der gewählten Vertragsgestaltung unter die Bereichsausnahme in § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG. In der Urkunde dürfen damit keine Regelungen aufgenommen werden, die dem Typus der Inhaberschuldverschreibung entgegenstehen.

Ebenso muss ein Dritterwerber Bedingungen, Befristungen oder sonstige einschränkende Regelungen des Leistungsversprechens nur dann gegen sich gelten lassen, wenn der Aussteller diese in der Urkunde aufgenommen hat. Die Schranken rechtlich erheblicher Einwendungen für den jeweiligen Wertpapierinhaber definieren § 996 BGB und Artikel 17 Wechselgesetz und Artikel 22 Scheckgesetz analog.

2.2 Orderschuldverschreibungen

Orderschuldverschreibungen sind Wertpapiere die auf den Namen eines bestimmten Berechtigten oder dessen Order ausgestellt werden und eine bestimmte Leistung verbiefen. Der Aussteller verpflichtet sich dann gegenüber dem in der Urkunde genannten und demjenigen, den der namentlich Bezeichnete seinerseits durch „Ordergeben“ (Indossament) als neuen Berechtigten bestimmt.

Im Zusammenhang mit der Anwendung der Bereichsausnahme in § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG gelten für diese Art von Schuldverschreibungen keine Besonderheiten. Demnach ist auch bei der Orderschuldverschreibung zu prüfen, ob die Ausgestaltung der Urkunde die Definitionsmerkmale der Orderschuldverschreibung erfüllen und insbesondere unbeschränkt umlauffähig sind.

3. Depotgeschäft

Aussteller von Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen haben, um nicht der Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 2 Satz 1 KWG zu unterfallen, darauf zu achten, dass sie nicht den Tatbestand des Depotgeschäftes nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 KWG erfüllen. Hierzu wird auf das Merkblatt „Hinweise zum Tatbestand des

Depotgeschäftes“, veröffentlicht auf der Homepage der BaFin (www.bafin.de), hingewiesen. Darüber hinaus kann der Vertrieb der Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen durch Dritte, eine für diese erlaubnispflichtige Finanzdienstleistung beinhalten.

III Empfehlungen

Es werden folgende Empfehlungen gegeben:

- Im Zweifelsfall sollte vor der Aufnahme von Geschäften, die Bankgeschäfte im Sinne von § 1 Abs. 1 KWG sein könnten, eine Abstimmung mit der BaFin vorgenommen werden.
- Es sollte auf das Einlagengeschäft generell verzichtet werden, da es nicht wirtschaftlich zu betreiben sein dürfte; sofern nicht bereits Gewerbsmäßigkeit vorliegt, darf ein Einlagenvolumen von 12.500 € nur dann überschritten werden, wenn es sich aus weniger als sechs Einzeleinlagen zusammensetzt (siehe Ziffer 1).
- Auch bei einer beabsichtigten Begebung von Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen sollte eine vorherige Abstimmung mit der BaFin erfolgen.
- Ferner sollte bei einer Begebung von Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen frühzeitig die Unterstützung eines Kreditinstituts eingeholt werden, wobei die Auswahl des Kreditinstituts im Wettbewerb zu erfolgen hätte.
- Vor einer Begebung von Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen sollte die Gemeinde sorgfältig prüfen, ob dies im Vergleich zu einer Kreditaufnahme bei einem Kreditinstitut vor dem Hintergrund, dass
 - Kredite von Kreditinstituten in mehrerer Tranchen entsprechend dem Finanzbedarf der Gemeinde aufgenommen werden können,
 - durch die notwendige Einschaltung eines Kreditinstituts (Depotgeschäft) zusätzliche Kosten entstehen,
 - die Höhe der zu begebenden Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen durch den in der Haushaltssatzung festgelegten - und ggf. genehmigten - Gesamtbetrag der Kredite zuzüglich der benötigten Umschuldungskredite beschränkt ist,tatsächlich wirtschaftlicher ist.

Die Begebung von Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen dürfte nur für eine begrenzte Zahl von Kommunen in Schleswig-Holstein in Frage kommen.

Die Landrätin und die Landräte bitte ich, die ihrer Aufsicht unterstehenden kommunalen Körperschaften entsprechend zu unterrichten.



Manuela Söller-Winkler

Verteiler:

An die

Kreise,
kreisfreien Städte,
Städte über 20.000 Einwohnerinnen und Einwohner und
Landräte als Kommunalaufsichtsbehörden

Schulverband
Schule für Geistigbehinderte
Flensburg und Umgebung
Postfach 2742
24917 Flensburg

Zweckverband Klinikum und
Seniorenzentrum Itzehoe des Kreises
Steinburg und der Stadt Itzehoe
Robert-Koch-Str. 2
25524 Itzehoe

Schulverband
An der Stecknitz-Berkenthin-
Krummsee
Am Schart 8
23919 Berkenthin

Zweckverband Entwicklungsgemeinschaft
Altenholz-Dänischenhagen-Kiel
Allensteiner Weg 2 - 4
24161 Altenholz

Zweckverband „Wasserwerk Wacken“
Postfach 16 32
25506 Itzehoe

Zweckverband
ÖPNV Steinburg
Postfach 16 32
25506 Itzehoe

Zweckverband
„Beltringharder Koog“
Schulweg 4
25845 Nordstrand

Abwasserverband Raa
Lornsenstraße 52
25335 Elmshorn

Schwarzdeckenunterhaltungsverband
Postfach 7
24301 Plön

Zweckverband
„Schaalsee-Landschaft“
Am Markt 10
23909 Ratzeburg

Zweckverband
„Anlegestelle Strucklandungshörn“
beim Amt Nordstrand
Schulweg 4
25845 Nordstrand

Zweckverband "Kindertagesstätte
Heide-Umland"
Postfach 17 80
25737 Heide

Abwasser-Zweckverband
Pinneberg
25491 Hetlingen

Schulverband Bad Schwartau
Markt 15
23611 Bad Schwartau

Zweckverband „Wirtschaftsentwicklungs-
gemeinschaft Flensburg / Handewitt“
Hauptstraße 9
24983 Handewitt

Zweckverband
„Museumsverband Nordfriesland“
Postfach 1530
25805 Husum

Zweckverband "Kommunal-Diakonischer
Wohnungsverband Heide"
Postelweg 1
25746 Heide

Zweckverband Ostholstein
Strandallee 112 - 114
23669 Timmendorfer Strand

Zweckverband Hamburger Hallig
Postfach
25817 Bredstedt

Abwasserzweckverband Preetz-Stadt
und Land
Bahnhofstraße 27
24211 Preetz

Zweckverband Integrierte Station
Untereibe in Haseldorf
Wassermühlenstraße 7
25436 Uetersen

Zweckverband
Fundtiere Segeberg West
Postfach 1254
24548 Henstedt-Ulzburg

Leitstelle Zweckverband Nord
c/o Stadt Flensburg
- 7.1 Finanzen -
Rathausplatz 1
24931 Flensburg

Abwasserzweckverband OBERE BILLE
Der Verbandsvorsteher
Postfach 1124
22942 Trittau

Kommunit
Moltkestraße 10
25421 Pinneberg

Abwasserverband Elbmarsch
c/o Abwasserzweckverband
Pinneberg
25491 Hetlingen

Zweckverband Stadtentwässerung
Glückstadt
c/o Abwasserzweckverband
Pinneberg
25491 Hetlingen

nachrichtlich:

Statistisches Amt
für Hamburg und Schleswig-Holstein
z. Hd. Frau Dr. Haberhauer
Postfach 7130
24171 Kiel

Dataport
Anstalt des öffentlichen Rechts
Altenholzer Straße 10-14
24161 Altenholz

Arbeitsgemeinschaft der
kommunalen Landesverbände
Schleswig-Holstein
24105 Kiel

Landesrechnungshof
Schleswig-Holstein
- LRH 4 -
24103 Kiel

Versorgungsausgleichskasse der
Kommunalverbände in Schleswig-Holstein
Reventloulallee 6
24105 Kiel

mit der Bitte um Kenntnisnahme und ggf. weitere Veranlassung