

# Geldwäschegesetz (GwG)

Herzog

4. Auflage 2020  
ISBN 978-3-406-74552-2  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

delnden im eigenen Namen und auf eigene Rechnung vorgenommen werden (§ 1 Abs. 1a S. 3 KWG). Soweit die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten für eigene Rechnung als Dienstleistung für andere betrieben werden, liegt Eigenhandel gemäß § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 4 KWG vor (vgl. *Schäfer* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG § 1 Rn. 58). Treuhandunternehmen betreiben unter gewissen Umständen im Rahmen sog. Contractual Trust Arrangements das Finanzkommissionsgeschäft (vgl. BaFin, Hinweise zur Erlaubnispflicht und zur möglichen Freistellung nach § 2 Abs. 4 KWG so genannter Contractual Trust Arrangements zur Ausgliederung von Pensionsverpflichtungen und Verpflichtungen auf Grund von Altersteilzeitmodellen).

**f) Depotgeschäft (§ 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 KWG).** Das Depotgeschäft iSv § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 KWG ist die (auch mittelbare) Verwahrung und die Verwaltung von Wertpapieren für andere. Ein Institut betreibt bereits das Depotgeschäft, wenn es eine der beiden Tätigkeiten ausübt. Für andere erfolgt auch die Verwahrung im eigenen Namen für fremde Rechnung (Schreiben des BAKred v. 6.5.1977, I 5-173-212/76). § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 KWG erfasst das offene Depot. In diesen Fällen werden dem Verwahrer die Wertpapiere unverschlossen zur Gutschrift auf einem Depotkonto anvertraut; das Eigentum des Hinterlegers muss erkennbar sein. Mit der Verwahrung ist idR gleichzeitig eine Verwaltung von Wertpapieren verbunden, zB die Einlösung von Zins- und Ertragsscheinen oder die Ausübung von Bezugs- und Stimmrechten. Im Gegensatz zum offenen Depot dient das geschlossene Depot der sicheren Aufbewahrung von Verwahrstücken im Tresor eines Kreditinstituts; hiermit ist idR weder eine Verwaltung der Werte verbunden, noch nimmt die Bank vom Inhalt der Verwahrstücke Kenntnis. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 KWG ist in diesem Fall nicht betroffen. Auch die Verwahrung von Wertpapieren durch Amtsgerichte als Hinterlegungsstellen unterfällt nicht dem Begriff des Depotgeschäftes (*Schwennicke* in Schwennicke/Auerbach KWG § 1 Rn. 48 mwN). Keine Wertpapiere iSv Nr. 5 sind Banknoten und Papiergeld, die in § 1 Abs. 1 DepotG ausdrücklich ausgenommen sind (*Schwennicke* in Schwennicke/Auerbach KWG § 1 Rn. 49).

**g) Tätigkeit als Zentralverwahrer (§ 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 KWG).** Der Zentralverwahrer iSv § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 KWG betreibt als juristische Person Wertpapierliefer- und -abrechnungssysteme und erbringt wenigstens eine weitere Kerndienstleistung nach Abschnitt A des Anhangs der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.7.2014. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 KWG iVm § 1 Abs. 6 KWG verweist zur Definition des Begriffs des Zentralverwahrers daher auch auf Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.7.2014. Neben der „Abwicklungsdienstleistung“ können also auch die erstmalige Verbuchung von Wertpapieren im Effektengiro („notarielle Dienstleistung“) und/oder die Bereitstellung und Führung von Depotkonten auf oberster Ebene („zentrale Kontoführung“) erbracht werden (*Häberle* in Erbs/Kohlhaas KWG § 1 Rn. 31). §§ 530 ff KWG enthalten Sondervorschriften für Zentralverwahrer.

**h) Revolvinggeschäft (§ 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 KWG).** Die Eingehung der Verpflichtung, zuvor veräußerte Darlehensforderungen vor Fälligkeit zurück zu erwerben, ist Bankgeschäft iSv § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 KWG. Hierbei werden idR langfristige Darlehensforderungen unter der Verpflichtung, diese vor Fälligkeit des Darlehens zurückzukaufen, an Dritte veräußert. Abzustellen ist in diesem Zusam-

menhang auf die Verpflichtung zum Erwerb, nicht auf den Erwerb selbst (*Schäfer* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG § 1 Rn. 89). Erfasst werden Darlehensforderungen iSd § 488 Abs. 1 BGB sowie entsprechende Forderungen unter einem ausländischen Schuldrechtsstatut; nicht dagegen Wertpapier- und andere Sachdarlehen, sowie Forderungen aus unregelmäßiger Verwahrung (§ 700 BGB) (BaFin, Merkblatt – Hinweise zum Tatbestand des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 KWG („Darlehensrückkaufgeschäft“) v. 7.1.2009, Ziff. 1.a.). Der Tatbestand des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 KWG bezieht sich nur auf bestimmte Formen des Revolvinggeschäftes, bei denen es sich um zuvor veräußerte Darlehensforderungen handeln muss; der Gegenstand des Revolvinggeschäftes ist von anderen Veräußerungsvorgängen, bei denen die für das Revolvinggeschäft typischen Liquiditäts- und Zinsänderungsrisiken nicht bestehen, abzugrenzen. Nicht erfasst ist etwa die Eingehung von Verpflichtungen durch Zweckgesellschaften (§ 1 Abs. 26 KWG) und Refinanzierungsmittler (§ 1 Abs. 25 KWG), wenn diese, noch nicht fällige Darlehensforderungen von einem Refinanzierungsunternehmen erwerben (Begr. Finanzausschuss zum RegE eines Gesetzes zur Neuorganisation der Bundesfinanzverwaltung, BT-Drs. 15/5852, 16).

**22 i) Garantiegeschäft (§ 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 KWG).** Garantiegeschäft iSv § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 KWG ist die Übernahme von Bürgschaften, Garantien und sonstigen Gewährleistungen für andere. Hierunter fallen ua der Kreditauftrag (§ 778 BGB), Avalkredit, Akkreditiveröffnung und Akkreditivbestätigung, Schuldmitübernahme, die Scheckeinlösungszusage und allgemein jedes Einstehen für einen bestimmten Erfolg (vgl. BaFin, Merkblatt – Hinweise zum Tatbestand des Garantiegeschäfts vom 8.1.2009, Ziff. 1.a.). Zur Frage, ob eine Patronatserklärung eine sonstige Gewährleistung darstellt, vgl. BGH ZIP 1992, 338 = WM 1992, 501. Abgestellt wird auf das Vorhandensein einer fremden Schuld, dh die Gewährleistung muss für andere übernommen werden.

**23 j) Scheck- und Wechseleinzugsgeschäft, Reisescheckgeschäft (§ 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 KWG).** Durch Art. 1 des ZAG vom 31.10.2009 wurde das bislang in § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 KWG aF enthaltene Girogeschäft, bestehend aus dem bargeldlosen Zahlungsverkehr (1. Alt.) und dem Abrechnungsverkehr (2. Alt.) um die Zahlungsverkehrstätigkeiten reduziert, die nunmehr in den Anwendungsbereich des Zahlungsdienstenaufsichtsgesetzes fallen. Die Neufassung des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 KWG umfasst damit lediglich noch das Scheck- und Wechseleinzugsgeschäft als Teile des bargeldlosen Zahlungsverkehrs (§ 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 KWG aF) sowie aufgrund seiner mit dem Scheck- und Wechselinkasso vergleichbaren Risikostruktur das bislang nach § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 8 KWG aF als Finanzdienstleistung eingestufte Reisescheckgeschäft (BaFin, Merkblatt – Hinweise zum Tatbestand des Scheck- und Wechseleinzugsgeschäfts und des Reisescheckgeschäftes v. 6.1.2010, Ziff. 1.b.). Dem Begriff des Reisescheckgeschäftes iSv § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 KWG unterfällt dabei abschließlich die Ausgabe von Reiseschecks. Das ebenfalls dem bargeldlosen Zahlungsverkehr zugehörige Überweisungs- sowie das Lastschriftgeschäft sind nunmehr als Zahlungsdienste iSd ZAG erfasst. Das Scheckeinzugsgeschäft ist die Durchführung des bargeldlosen Scheckeinzugs, das Wechseleinzugsgeschäft ist die Durchführung des Wechselinkassos. Sowohl dem Wechsel- als auch dem Scheckinkasso wird aufgrund der hohen Transaktionsvolumina eine große volkswirtschaftliche Bedeutung zugeschrieben, so dass der Betreiber im Interesse eines reibungslosen Ablaufs des Zahlungsverkehrs in diesem Sektor nach wie vor einer Bankerlaubnis bedarf (BaFin, Merkblatt – Hinweise zum Tatbestand des Scheck- und Wechseleinzugsgeschäfts und des Reisescheckgeschäftes v. 6.1.2010, Ziff. 1.b.).

**k) Emissionsgeschäft (§ 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 10 KWG).** Das Emissionsgeschäft (Underwriting) ist die Übernahme von Finanzinstrumenten für eigene Rechnung zur Platzierung (1. Alt.) oder die Übernahme gleichwertiger Garantien (2. Alt.). Ein Emissionsgeschäft im Sinne der ersten Alternative liegt vor, wenn ein Unternehmen im Rahmen eines Platzierungsvorganges von Finanzinstrumenten eine feste Übernahmeverpflichtung eingeht, und damit das Absatzrisiko übernimmt (sog. Übernahmekonsortium, vgl. BaFin, Merkblatt – Hinweise zum Tatbestand des Emissionsgeschäfts v. 7. 1. 2009, zuletzt geändert am 24. 3. 2013, Ziff. 1. b.). Gleiches gilt, wenn ein Unternehmen wegen unsicherer Platzierungserwartungen nur für einen Teil der Emission eine feste Übernahmeverpflichtung eingeht und sich für den Rest der zu platzierenden Instrumente eine Übernahmeoption einräumen lässt (sog. Optionskonsortium). Gelingt die Platzierung nicht vollständig und hat sich ein Unternehmen im Rahmen eines Geschäftsbesorgungskonsortiums, das grundsätzlich das Platzierungsgeschäft erbringt, gleichzeitig verpflichtet, den nicht verkauften Teil der Emission fest zu übernehmen, liegt ebenfalls ein Emissionsgeschäft iSd § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 10 Alt. 1 KWG vor (Bsp. bei BaFin, Merkblatt zum Tatbestand des Platzierungsgeschäfts vom 10. 12. 2009, zuletzt geändert am 25. 7. 2013, Ziff. 1. d.; vgl. auch *Schäfer* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG § 1 Rn. 114). Eine Übernahme gleichwertiger Garantien (2. Alt.) liegt vor, wenn ein Unternehmen Garantien übernimmt, die einer festen Übernahmeverpflichtung wirtschaftlich gleichwertig sind. Liegt dagegen keine feste Übernahmeverpflichtung vor, handelt es sich um ein Platzierungsgeschäft iSv § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1c KWG. Verbleibt das Absatz-/Platzierungsrisiko bei dem Emittenten und führt das Unternehmen den Vertrieb lediglich kommissionsweise durch (sog. Platzierungs- oder Begebungskonsortium), ist ein Finanzkommissionsgeschäft iSd § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 KWG gegeben (*Schäfer* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG § 1 Rn. 115).

**l) Tätigkeit als zentrale Gegenpartei im Sinne von § 1 Abs. 31 KWG (§ 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 12 KWG).** Die Tätigkeit als zentrale Gegenpartei iSd § 1 Abs. 31 KWG ist ebenfalls Bankgeschäft. Eine zentrale Gegenpartei (Central Counterparty – CCP) ist ein Unternehmen iSd Art. 2 Nr. 1 der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. 7. 2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister (ABl. 2012 L 201, 1) in der jeweils geltenden Fassung, § 1 Abs. 31 KWG. Der ursprüngliche Begriff des zentralen „Kontrahenten“ wurde mit dem Gesetz zur Umsetzung der neu gefassten Bankenrichtlinie und der neu gefassten Kapitaladäquanzrichtlinie vom 17. 11. 2006 (BGBl. 2006 I S. 2606) als weiteres erlaubnispflichtiges Bankgeschäft neu in § 1 Abs. 1 KWG aufgenommen. Der Begriff des zentralen Kontrahenten umfasst insbesondere den formellen Vertragspartner bei Börsengeschäften (vgl. *Horn* WM 2002, Sonderbeil. 2, 4). Beim Zustandekommen eines Geschäfts zwischen Käufer und Verkäufer ermöglicht es die zentrale Gegenpartei den Vertragsparteien Anonymität über die Wertpapierprozesskette und führt zu einer zusätzlichen Risikominimierung. Im Rahmen der die Bankenrichtlinie ablösenden Verordnung (EU) Nr. 575/2013 (auch als Capital Requirements Directive, kurz CRR bezeichnet) und der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. 7. 2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister (ABl. 2012 L 201, 1, auch European Market Infrastructure Regulation, EMIR, bezeichnet), finden sich auch ausführliche Regelungen zu CCP. Finanzmärkte iSd § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 12 KWG sind Börse, multilaterales Handelssystem iSv § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1b KWG, sowie außerbörslicher Finanzmarkt (BaFin, Merk-

blatt – Hinweise zum Tatbestand der Tätigkeit als zentrale Gegenpartei v. 12.8.2013, zuletzt geändert am 19.9.2013, Ziff. 1.a.). Die besondere Konstruktion (Margin-System) und die daraus resultierende Risikominderung ermöglicht eine bevorzugte aufsichtsrechtliche Behandlung der Geschäfte mit dem zentralen Kontrahenten. Die Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Anforderungen wird durch die Aufnahme in den Katalog der erlaubnispflichtigen Bankgeschäfte sichergestellt.

### III. Finanzdienstleistungsinstitute (Abs. 1 Nr. 2)

#### 1. Begriff der Finanzdienstleistungsinstitute im Sinne des GwG

- 26 Verpflichtete iSv § 2 Abs. 1 Nr. 2 GwG sind Finanzdienstleistungsinstitute iSv § 1 Abs. 1a KWG, mit Ausnahme der in § 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 3–10 und 12 und Abs. 10 KWG genannten Unternehmen, und im Inland gelegene Zweigstellen und Zweigniederlassungen von Finanzdienstleistungsinstituten mit Sitz im Ausland. Der Begriff des Finanzdienstleistungsinstitutes in § 2 Abs. 1 Nr. 2 GwG ist nicht gänzlich deckungsgleich zum Finanzdienstleistungsinstitutsbegriff im Sinne des KWG. Anders als nach den KWG Vorschriften gelten nach dem GwG auch die nachfolgend aufgeführten, nach § 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 1, 2, 11, 15–22 KWG vom Begriff des Finanzdienstleistungsinstitutes ausgenommenen Unternehmen als Finanzdienstleistungsinstitute, sofern sie Finanzdienstleistungen nach § 1 Abs. 1a KWG erbringen:
- die Deutsche Bundesbank (§ 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 1 KWG),
  - die von zwei oder mehr Mitgliedstaaten der Europäischen Union gegründeten internationalen Finanzinstitute, die dem Zweck dienen, Finanzmittel zu mobilisieren und seinen Mitgliedern Finanzhilfen zu gewähren, sofern diese von schwerwiegenden Finanzierungsproblemen betroffen oder bedroht sind (§ 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 1a KWG)
  - die Kreditanstalt für Wiederaufbau (§ 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 2 KWG),
  - Unternehmen, die außer Finanzdienstleistungen iSd § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1–3 und 4 lit. a und b, jeweils ausschließlich mit Warenermögenschaften, Emissionszertifikaten und mit Derivaten auf Emissionszertifikate, keine Finanzdienstleistungen erbringen, unter den weiteren in § 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 11 lit. a–g KWG genannten Voraussetzungen, (§ 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 11 KWG),
  - Unternehmen, die als Finanzdienstleistung iSd § 1 Abs. 1a S. 2 KWG ausschließlich die Anlageberatung im Rahmen einer anderen beruflichen Tätigkeit erbringen, ohne sich die Anlageberatung besonders vergüten zu lassen (§ 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 15 KWG),
  - Betreiber organisierter Märkte, die neben dem Betrieb eines multilateralen Handelssystems keine anderen Finanzdienstleistungen iSd § 1 Abs. 1a S. 2 KWG erbringen (§ 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 16 KWG),
  - Unternehmen, die als einzige Finanzdienstleistung iSd § 1 Abs. 1a S. 2 KWG das Finanzierungsleasing betreiben, falls sie nur als Leasing-Objektgesellschaft für ein einzelnes Leasingobjekt tätig werden, keine eigenen geschäftspolitischen Entscheidungen treffen und von einem Institut mit Sitz im Europäischen Wirtschaftsraum verwaltet werden, das nach dem Recht des Herkunftsstaates zum Betrieb des Finanzierungsleasing zugelassen ist (§ 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 17 KWG),
  - Unternehmen, die als Finanzdienstleistung nur die Anlageverwaltung betreiben und deren Mutterunternehmen die Kreditanstalt für Wiederaufbau oder ein Institut im Sinne des Satzes 2 ist. Institut im Sinne des Satzes 1 ist ein Finanzdienst-

leistungsinstitut, das die Erlaubnis für die Anlageverwaltung hat, oder ein CRR-Institut mit Sitz in einem anderen Staat des Europäischen Wirtschaftsraums im Sinne des § 53b Abs. 1 Satz 1, das in seinem Herkunftsmitgliedstaat über eine Erlaubnis für mit § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 11 vergleichbare Geschäfte verfügt, oder ein Institut mit Sitz in einem Drittstaat, das für die in § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 11 genannten Geschäfte nach Absatz 4 von der Erlaubnispflicht nach § 32 freigestellt ist (§ 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 18 KWG),

- Unternehmen, die das Platzierungsgeschäft ausschließlich für Anbieter oder für Emittenten von Vermögensanlagen iSd § 1 Abs. 2 VermAnlG oder von geschlossenen AIF iSd § 1 Abs. 5 KAGB erbringen (§ 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 19 KWG),
- Unternehmen, die außer der Finanzportfolioverwaltung und der Anlageverwaltung keine Finanzdienstleistungen erbringen, sofern die Finanzportfolioverwaltung und Anlageverwaltung nur auf Vermögensanlagen iSd § 1 Abs. 2 VermAnlG oder von geschlossenen AIF iSd § 1 Abs. 5 KAGB beschränkt erbracht werden (§ 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 20 KWG)
- soweit sie Finanzdienstleistungen iSd § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1–4 in Bezug auf Warenderivate erbringen, die mit ihren Haupttätigkeiten in Zusammenhang stehen:
  - a) Übertragungsnetzbetreiber iSd Art. 2 Nr. 4 der Richtlinie 2009/72/EG oder des Art. 2 Nr. 4 der Richtlinie 2009/73/EG, wenn sie ihre Aufgaben gemäß diesen Richtlinien, der Verordnung (EG) Nr. 714/2009, der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 oder den nach diesen Verordnungen erlassenen Netzcodes oder Leitlinien wahrnehmen,
  - b) Personen, die in ihrem Namen als Dienstleister handeln, um die Aufgaben eines Übertragungsnetzbetreibers gemäß der Verordnung (EG) Nr. 714/2009, der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 oder den nach diesen Verordnungen erlassenen Netzcodes oder Leitlinien wahrnehmen, sowie
  - c) Betreiber oder Verwalter eines Energieausgleichssystems, eines Rohrleitungsnetzes oder eines Systems zum Ausgleich von Energieangebot und -verbrauch bei der Wahrnehmung solcher Aufgaben (§ 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 21 KWG),
- Zentralverwahrer, die gemäß Art. 16 der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 zugelassen sind, soweit sie Finanzdienstleistungen iSd § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1–4 erbringen (§ 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 22 KWG).

Dagegen gelten die in § 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 3–10 und 12 und Abs. 10 KWG aufgezählten Institute weder nach dem KWG noch nach dem GwG als Finanzdienstleistungsinstitute. § 2 Abs. 1 Nr. 2 GwG erweitert den Anwendungsbereich des GwG auf im Inland gelegene Zweigstellen und Zweigniederlassungen von Finanzdienstleistungsinstituten mit Sitz im Ausland (vgl. auch Art. 3 Nr. 2 der 3. EU-Anti-Geldwäscherichtlinie). Entsprechend den Vorgaben der 3. EU-Anti-Geldwäscherichtlinie wird keine Unterscheidung zwischen Instituten mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat und Instituten mit Sitz in einem Drittland getroffen. 27

## 2. Finanzdienstleistungsinstitute im Sinne von § 1 Abs. 1a KWG

Gemäß § 1 Abs. 1a S. 1 KWG sind Finanzdienstleistungsinstitute Unternehmen, 28  
die Finanzdienstleistungen für andere gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbringen, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, und die keine Kreditinstitute sind. Ein gewerbsmäßiges Betreiben von Geschäften liegt vor, wenn der Betrieb auf eine gewisse Dauer angelegt ist und die Geschäfte mit der Absicht der Gewinnerzielung verfolgt werden (BaFin, Merkblatt über die

Erteilung einer Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften gemäß § 32 Abs. 1 KWG, Ziff. 1, S. 2). Alternativ ist das Kriterium des Erfordernisses eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes heranzuziehen, wobei alleine entscheidend ist, ob die Geschäfte einen derartigen Umfang haben, dass objektiv eine kaufmännische Organisation erforderlich ist. Es kommt hingegen nicht darauf an, ob tatsächlich ein kaufmännisch eingerichteter Geschäftsbetrieb besteht (*Schäfer* in *Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG* § 1 Rn. 20).

- 29 Der Begriff der Finanzdienstleistungen wird in § 1 Abs. 1a S. 2 KWG konkretisiert. Hierzu zählen neben der Anlagevermittlung, der Anlageberatung, dem Betrieb eines multilateralen Handelssystems, dem Platzierungsgeschäft, Betrieb eines organisierten Handelssystems, der Abschlussvermittlung, der Finanzportfolioverwaltung, dem Eigenhandel, der Drittstaateneinlagenvermittlung und dem Sortengeschäft auch das Factoring, das Finanzierungsleasing, die Anlageverwaltung sowie das eingeschränkte Verwahrgeschäft. Neuerdings zählt auch das sog. Kryptoverwahrgeschäft zu den Finanzdienstleistungen (§ 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 6 KWG); das Kryptoverwahrgeschäft beinhaltet die Verwahrung, die Verwaltung und die Sicherung von Kryptowerten oder privaten kryptografischen Schlüsseln, die dazu dienen, Kryptowerte zu halten, zu speichern oder zu übertragen, für andere. Zu den Besonderheiten sog. „Kryptowährungen“ siehe *Herzog/Achtelik* → Einführung Rn. 55ff. sowie *Figura* → § 2 Rn. 44ff.
- 30 Mit Wirkung zum 1.11.2007 wurden die im Kreditwesengesetz definierten Finanzdienstleistungen um die Tatbestände der Anlageberatung (§ 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1a) KWG), des Platzierungsgeschäftes (§ 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1c) KWG), des Betriebes eines multilateralen Handelssystems, MTF (§ 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1b) KWG) und das Eigengeschäft (§ 1 Abs. 1a S. 3 KWG aF; nunmehr enthalten in § 32 Abs. 1a KWG) erweitert. Die Änderungen gehen zurück auf die Umsetzung der MiFID (Markets in Financial Instruments Directive) in nationales Recht durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente und der Durchführungsrichtlinie der Kommission (Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz) vom 16.7.2007 (BGBl. I S. 1330). Vom KWG erfasst werden nunmehr alle Formen des Handels in Wertpapieren und anderen Finanzinstrumenten. Soweit eine Finanzdienstleistung zugleich Wertpapierdienstleistung iSd WpHG ist, sind ebenfalls die Organisations-, Wohlverhaltens- und Insiderregeln des WpHG zu beachten.
- 31 Die Einbeziehung der Tatbestände des laufenden Ankaufs von Forderungen auf der Grundlage von Rahmenverträgen mit oder ohne Rückgriff (Factoring, § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 9 KWG); sowie des Abschlusses von Finanzierungsleasingverträgen als Leasinggeber und der Verwaltung von Objektgesellschaften iSv § 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 17 KWG (Finanzierungsleasing, § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 10 KWG) in den Katalog der Finanzdienstleistungen gem. § 1 Abs. 1a S. 2 KWG geht zurück auf Art. 27 des Jahressteuergesetzes 2009 (JStG 2009, Gesetz v. 19.12.2008 BGBl. I S. 2794). Unternehmen, die ausschließlich das Finanzierungsleasing und/oder Factoring betreiben, werden in steuerlicher Hinsicht Kreditinstituten insofern gleichgestellt, als sie nun ebenfalls das gewerbesteuerliche Bankenprivileg des Paragraphen 19 GewStDV in Anspruch nehmen können. Nach der amtlichen Begründung (vgl. Bericht des Finanzausschusses v. 26.11.2008; BT-Drs. 16/11108, 66f.) kommt sowohl dem Finanzierungsleasing als auch dem Factoring bei der Finanzierung der deutschen Industrie und insbesondere bei der Finanzierung des Mittelstandes eine besondere Rolle zu; Funktionsstörungen als Folge einer unsoliden Geschäftsführung könnten Schäden nicht nur im Kundenkreis der betreffenden Unternehmen, sondern auch in weiteren Teilen der Wirtschaft verursachen. Zwar sind auf Unternehmen, die

ausschließlich das Finanzierungsleasing oder Factoring erbringen, die Regeln des KWG zur Solvenz- und Liquiditätsaufsicht nicht anzuwenden. Neben der Verpflichtung zur Beachtung der Vorschriften der Geldwäschebekämpfung sind jedoch aufsichtsrechtliche Anzeigepflichten zu erfüllen sowie in Teilen die Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk) einzuhalten.

Eine erneute Erweiterung erfährt der Katalog der erlaubnispflichtigen Finanzdienstleistungen zum 26.3.2009 durch die Aufnahme des Tatbestandes der Anlageverwaltung (§ 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 11 KWG) aufgrund Art. 2 des Gesetzes zur Fortentwicklung des Pfandbriefrechts vom 20.3.2009 (BGBl. I S. 607). Finanzdienstleistungen im Sinne von § 1 Abs. 1a S. 2 KWG sind nunmehr:

**a) Anlagevermittlung (§ 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1 KWG).** Anlagevermittlung iSv § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1 KWG ist die Entgegennahme und Übermittlung von Aufträgen von Anlegern über die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten iSd § 1 Abs. 11 KWG. Finanzinstrumente sind u.a. handelbare Wertpapiere wie Aktien, Schuldverschreibungen und Investmentzertifikate, Geldmarktinstrumente, Devisen- oder Rechnungseinheiten sowie Derivate (§ 1 Abs. 11 S. 1 KWG). Gemäß § 1 Abs. 11 S. 1 Nr. 9 und 10 KWG zählen zu den Finanzinstrumenten ferner Emissionszertifikate sowie Kryptowerte; zur rechtlichen Einordnung sog. Bitcoins siehe Urteil des KG Berlin v. 25.09.2018, Az. 161 Ss 28/18. Nicht unter den Begriff der Finanzinstrumente fallen u.a. Bausparverträge, Immobilien, Kredite, Versicherungen, Termin- und Spargelder (ggf. kann hier aber Drittstaaten-einlagenvermittlung vorliegen), gesellschaftsrechtliche Beteiligungen (mit Ausnahme von Aktien), die nicht fungibel und nicht an einem Markt handelbar sind (zB GmbH-, KG- oder GbR-Anteile).

**b) Anlageberatung (§ 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1a KWG).** Die Anlageberatung iSv § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1a KWG ist die Abgabe von persönlichen Empfehlungen an Kunden oder deren Vertreter, die sich auf Geschäfte mit bestimmten Finanzinstrumenten beziehen, sofern die Empfehlung auf eine Prüfung der persönlichen Umstände des Anlegers gestützt oder als für ihn geeignet dargestellt wird und nicht ausschließlich über Informationsverbreitungskanäle oder für die Öffentlichkeit bekannt gegeben wird. Der seit dem 1. 11. 2007 in § 1 Abs. 1a KWG aufgenommene Tatbestand der Anlageberatung wurde eingefügt durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente und der Durchführungsrichtlinie der Kommission (Finanzmarkt-Richtlinie-Umsetzungsgesetz – FRUG) in Umsetzung von Art. 4 Abs. 1 Nr. 4 und Anhang I Abschnitt A Nr. 5 der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 (Finanzmarktrichtlinie) sowie Art. 52 der Richtlinie 2006/73/EG der Kommission vom 10. 8. 2006 (Durchführungsrichtlinie).

Eine Empfehlung liegt dann vor, wenn dem Anleger zu einer bestimmten Handlung in seinem Interesse liegend geraten wird. Die Empfehlung des Anlageberaters bezieht sich auf ein „bestimmtes“ Finanzinstrument, wenn der Berater dem Kunden eine Reihe konkreter Anlagevorschläge macht, die Auswahl jedoch dem Kunden überlässt (vgl. hierzu iE Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG § 1 Rn. 142ff.). Die erforderliche Prüfung der persönlichen Umstände wurde bereits durchgeführt, wenn der Kunde den Dienstleister lediglich in allgemeiner Form über seine finanzielle Situation unterrichtet und der Dienstleister daraufhin seine Empfehlungen abgibt. Hierbei ist es ausreichend, wenn der Dienstleister die Empfehlung als für den Kunden geeignet darstellt – dies ist dann der Fall, wenn der Kunde davon ausgehen muss, dass die abgegebene Empfehlung auf einer Berücksichtigung seiner persönlichen Umstände beruht (Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-



Mattler KWG § 1 Rn. 142f.; Gemeinsames Informationsblatt der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und der Deutschen Bundesbank zum Tatbestand der Anlageberatung, Stand: Februar 2019, S. 3).

- 36 Die Empfehlung bezieht sich auf „bestimmte“ Finanzinstrumente, wenn der Dienstleister ein Finanzinstrument iSv § 1 Abs. 11 KWG konkret benennt. Nicht ausreichend ist es, wenn sich die Empfehlung nur auf eine bestimmte Art von Finanzinstrumenten bezieht, dem Kunden lediglich allgemein der Erwerb von Zertifikaten oder von festverzinslichen Wertpapieren empfohlen wird (vgl. im Einzelnen Gemeinsames Informationsblatt der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und der Deutschen Bundesbank zum Tatbestand der Anlageberatung, Stand: Februar 2019, S. 3). Kunden, gegenüber denen die Empfehlung abzugeben ist, sind alle natürlichen und juristischen Personen sowie Personengesellschaften, sowie sog. „professionelle Kunden“ oder „institutionelle Kunden“. § 64i Abs. 1 KWG enthält Übergangsregelungen zum Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz im Hinblick auf die Anlageberatung. Die Anlageberatung iSd § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1a KWG ist Wertpapierdienstleistung iSd § 2 Abs. 8 Nr. 10 WpHG mit der Folge des Bestehens besonderer Pflichten nach § 64 WpHG.

- 37 **c) Betrieb eines multilateralen Handelssystems (§ 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1b KWG) und Betrieb eines organisierten Handelssystems (§ 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1d KWG).** Finanzdienstleistung iSv § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1b KWG ist auch der Betrieb eines multilateralen Systems, das die Interessen einer Vielzahl von Personen am Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten innerhalb des Systems und nach festgelegten Bestimmungen in einer Weise zusammenbringt, die zu einem Vertrag über den Kauf dieser Finanzinstrumente führt. Der Wortlaut entspricht § 2 Abs. 3 Nr. 8 WpHG. Ein System im Sinne der Vorschrift erfordert zumindest das Vorliegen eines Regelwerks über die Mitgliedschaft, die Handelaufnahme von Finanzinstrumenten iSv § 1 Abs. 11 KWG, den Handel zwischen den Mitgliedern, Meldungen über abgeschlossene Geschäfte und Transparenzpflichten; eine Handelsplattform im technischen Sinne ist dagegen nicht erforderlich (*Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG § 1 Rn. 150*; vgl. auch BaFin, Merkblatt – Hinweise für Registergerichte zu Bank-, Versicherungs- und Finanzdienstleistungsgeschäften v. 31.10.2012, II.2.c.). Ausgeschlossen sind bilaterale Systeme, bei denen ein Finanzdienstleister Geschäfte für eigene Rechnung tätigt und dabei nicht als zentraler Kontrahent gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 12 KWG auftritt (*Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG § 1 Rn. 151*). Das geforderte „Interesse am Kauf und Verkauf“ ist weit auszulegen; erfasst werden Aufträge, Kursofferten und Interessenbekundungen (*Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG § 1 Rn. 151*). Erforderlich ist zudem eine Interessenzusammenführung, ohne dass den Parteien dabei ein Entscheidungsspielraum verbleibt, ob sie im Einzelfall das Geschäft mit einem bestimmten Vertragspartner eingehen wollen; nicht erfasst sind daher Systeme, die lediglich der Abwicklung eines von den Parteien außerhalb des Systems geschlossenen Vertrages dienen (*Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG § 1 Rn. 151*). Die besonderen Anforderungen an multilaterale Handelssysteme gemäß § 74 WpHG gilt es darüber hinaus zu beachten.
- 38 Finanzdienstleistung iSv § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1d KWG ist ferner der Betrieb eines organisierten Systems. Die Norm wurde durch das Zweite Finanzmarktnovellierungsgesetz neu in das Kreditwesengesetz aufgenommen und dient der Begriffsbestimmung (BT-Drs. 18/10936, 257). Hierunter ist der Betrieb eines multilateralen Systems zu verstehen, bei dem es sich nicht um einen organisierten Markt oder ein multilaterales Handelssystem handelt und das die Interessen einer Vielzahl Drit-