

# Merkblatt - Hinweise zum Tatbestand des Finanzierungsleasings (§ 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 10 KWG)

(Stand: Januar 2009)

Bonn/Frankfurt a.M., den 19.01.2009

- I. Einführung
- II. Gesetzlicher Tatbestand des Finanzierungsleasings
- III. Abgrenzungsfragen
- IV. Die Bereichsausnahme für Leasing-Objektgesellschaften
- V. Konkurrenzen
- VI. Erlaubnispflicht des Finanzierungsleasings
- VII. Ausnahmen von der Erlaubnispflicht
  - - Bereichsausnahmen (§ 2 Abs. 6 KWG)
  - - der Europäische Pass (§ 53b KWG)
  - - Einzelfreistellungen nach § 2 Abs. 4 KWG
- VIII. Entscheidung in Zweifelsfällen
- IX. Hinweise und Anschriften

## I. Einführung

Artikel 27 des Jahressteuergesetzes 2009 vom 19.12.2008 (JStG 2009) hat den Katalog der Finanzdienstleistungen in § 1 Abs. 1a Satz 2 des Gesetzes über das Kreditwesen (KWG) um zwei Tatbestände ergänzt:

- den laufenden Ankauf von Forderungen auf der Grundlage von Rahmenverträgen mit oder ohne Rückgriff (Factoring) - § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG;
- den Abschluss von Finanzierungsleasingverträgen als Leasinggeber und die Verwaltung von Objektgesellschaften im Sinne von § 2 Absatz 6 Satz 1 Nr. 17 (Finanzierungsleasing) - § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 10 KWG.

Ein Unternehmen, das eine oder beide Typen von Finanzdienstleistungen anbietet, ist gemäß § 1 Abs. 1a Satz 1 KWG i. V. m. Satz 2 Nr. 9 bzw. 10 KWG materiell Finanzdienstleistungsinstitut, wenn es das Geschäft gewerbsmäßig oder (ggf. auch nur unter Berücksichtigung anderer Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen) in einem Umfang betreibt, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. In dem einen wie in dem anderen Fall steht die Tätigkeit unter Erlaubnisvorbehalt nach § 32 Abs. 1 KWG.

Das JStG 2009 ist am 24.12.2008 im Bundesgesetzblatt verkündet worden (BGBl. I S. 2794). Die das KWG ergänzenden Bestimmungen sind am Tage nach der Verkündung in Kraft getreten.

Den Zweck der Unteraufsichtstellung umreißt die amtliche Begründung wie folgt:

„Aufgrund der zentralen Funktion, die Finanzierungsleasing und Factoring bei der Finanzierung der deutschen Industrie und insbesondere bei der Finanzierung des Mittelstandes spielen, können Funktionsstörungen als Folge einer unsoliden Geschäftsführung schwere Schäden nicht nur im Kundenkreis der betreffenden Unternehmen, sondern auch in weiteren Teilen der Wirtschaft verursachen. Diese Gefahr rechtfertigt es, diese Unternehmen einer eingeschränkten Aufsicht zu unterstellen. Die Aufsicht ist zweckmäßigerweise bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht anzusiedeln, die als Allfinanzaufsichtsbehörde des Bundes bereits für die Lizenzierung und laufende Aufsicht über Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen, Kapitalanlagegesellschaften und Finanzdienstleistungsinstitute zuständig ist.“<sup>[1]</sup>

Der Erlaubnis Antrag (bzw. das in der Übergangszeit an seine Stelle tretende Anzeigeverfahren nach § 64j KWG) ist an die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (**BaFin**) zu richten. Behördenintern liegt die Zuständigkeit bei der Abteilung GW. Die Tätigkeit darf erst aufgenommen werden, nachdem die Erlaubnis schriftlich vorliegt; für die Betreiber, die unter die Übergangsregelung des § 64j KWG fallen, wird die Erlaubnis mit dem Zugang der Anzeige nach § 64j Abs. 2 Satz 1 KWG bei der Behörde fingiert<sup>[2]</sup>.

Im Zweifelsfall, ob ein Geschäft als Finanzdienstleistung im Sinne von § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 oder 10 KWG einzustufen ist und unter den Erlaubnisvorbehalt nach § 32 Abs. 1 KWG fällt, entscheidet innerhalb der Behörde die Abteilung Q 3. Solche Fragen sind zweckmäßigerweise direkt an die Abteilung Q 3 zu richten; alternativ lässt sich die Klärung auch über die regional zuständige Hauptverwaltung der Deutschen Bundesbank herbeiführen. Die BaFin arbeitet bei der Aufsicht über Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute mit der Deutschen Bundesbank zusammen. Die Anschriften der regional zuständigen Hauptverwaltungen finden sich am Ende dieses Merkblatts.

Die Abteilung Q 3 ist auch für die polizeirechtliche Verfolgung unerlaubter Factoring- und Leasinggeschäfte zuständig. Entsprechende Anzeigen werden zweckmäßigerweise direkt an die Abteilung Q 3 oder an die regional (Geschäftsadresse des Betreibers der unerlaubten Geschäfte!) zuständige Hauptverwaltung der Deutschen Bundesbank gerichtet.

Innerhalb der Abteilung Q 3 richtet sich die Zuständigkeit bei Betreibern, die ihren Geschäftssitz im Inland haben oder das Geschäft im Inland über eine rechtlich unselbständige Zweigniederlassung betreiben, nach dem Bundesland, in dem sich der Geschäftssitz oder die Zweigniederlassung befindet:

Q 32: Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Schleswig-Holstein, Bremen, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt, Berlin und Brandenburg

Q 33: Nordrhein-Westfalen, Hessen, Thüringen und Sachsen

Q 34: Rheinland-Pfalz, Saarland, Baden-Württemberg und Bayern

[nach oben](#)

## II. Gesetzlicher Tatbestand des Finanzierungsleasings

§ 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 10 KWG definiert „Finanzierungsleasing“ als

- den Abschluss von Finanzierungsleasingverträgen als Leasinggeber und
- die Verwaltung von Objektgesellschaften im Sinne von § 2 Absatz 6 Satz 1 Nr. 17.

Jede der beiden Tatbestandsalternativen reicht. Ein Unternehmen betreibt danach auch dann das Finanzierungsleasing, wenn es sich auf die Verwaltung von Objektgesellschaften im Sinne von § 2 Absatz 6 Satz 1 Nr. 17 KWG beschränkt, ohne selbst Finanzierungsleasingverträge abzuschließen.

An der typischen Leasing-situation sind drei Personen beteiligt: (1) der Hersteller oder Lieferant, der das Wirtschaftsgut veräußert, (2) der Financier und Leasinggeber, der das Wirtschaftsgut erwirbt, und (3) der Unternehmer, Investor und Leasingnehmer, der das Wirtschaftsgut auf der Grundlage des Gebrauchsüberlassungsvertrages einsetzen will. Zwischen dem Hersteller oder Lieferanten und dem Leasinggeber wird ein Kaufvertrag, zwischen dem Leasinggeber und dem Leasingnehmer der davon rechtlich unabhängige Gebrauchsüberlassungsvertrag (Leasingvertrag) geschlossen. Der Hersteller oder Lieferant und der Leasingnehmer treten vom Prinzip her<sup>[3]</sup> nicht miteinander in vertragliche Beziehungen.

Zwingend für die Qualifikation des Geschäfts als Finanzierungsleasing im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 10 KWG ist diese Dreieckskonstellation jedoch nicht. Sale-and-lease back-Konstruktionen, bei denen der Leasingnehmer das Leasinggut zunächst aus seinem Bestand an den Leasinggeber veräußert und sich dann den weiteren Gebrauch des Leasingguts auf der Basis eines Leasingvertrags einräumen lässt, machen eine wichtige Fallgruppe innerhalb des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 10 KWG aus<sup>[4]</sup>.

Dagegen fällt der Hersteller des Leasingguts, der das Leasing für sich als Vertriebskanal erkannt hat und seine Produkte direkt, d. h. ohne Einschaltung einer rechtlich selbständigen<sup>[5]</sup> Leasinggesellschaft vertreibt (direktes Leasing), nicht unter den Tatbestand des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 10 KWG, unabhängig von der zivilrechtlichen Qualifikation dieser Geschäfte und unabhängig davon, wem, Leasinggeber oder Leasingnehmer, das Leasinggut wirtschaftlich zuzurechnen ist; hier steht – ähnlich einem Ratenkauf – nicht die Finanzierung, sondern der Absatz des eigenen Produkts im Vordergrund.

Eine konzernrechtliche Verbindung zwischen Hersteller und Leasinggeber (sog. herstellergebundene Leasinggesellschaften) ist für die Frage der Einstufung des Leasinggebers als Finanzdienstleistungsinstitut irrelevant.

Als Leasinggegenstand kommen bewegliche und unbewegliche Sachen, materielle und immaterielle Wirtschaftsgüter, Investitionsgüter und Konsumgüter in Betracht.

Unerheblich ist auch, von wem die Initiative für den einzelnen Leasingvertrag ausgeht. Der angehende Leasingnehmer mag sich das Wirtschaftsgut, das er benötigt, selbst aussuchen, eventuell tritt er selbst mit dem Hersteller/Lieferanten in Verhandlungen, überlässt dann jedoch den Abschluss des Kaufvertrags dem Leasinggeber; vielleicht schließt er einen Vorvertrag oder den Kaufvertrag selbst mit dem Leasinggeber, nur dass dieser dann an seiner Statt in den Kaufvertrag eintritt, um das Wirtschaftsgut dann an ihn zu leasen. Oder der Leasingnehmer sucht sich zwar das Wirtschaftsgut nicht selbst aus, der Leasinggeber beschafft es aber nach den besonderen Wünschen und Vorstellungen des Leasingnehmers.

Genauso gut mag sich die Leasinggesellschaft jedoch, ohne noch einen oder mehrere bestimmte Leasingnehmer im Auge zu haben, die Leasinggegenstände beschaffen und dann auf dem Leasingmarkt anbieten; entscheidend ist, dass sie den Leasingnehmer vertraglich so einbindet, dass grundsätzlich er derjenige ist, der letztendlich das Wirtschaftsgut finanziert und amortisiert; der Leasinggeber finanziert es nur vor.<sup>[6]</sup>

Wirtschaftlich ist das Finanzierungsleasing ein Kredit des Leasinggebers an den Leasingnehmer, der nur deshalb nicht unter den bankaufsichtsrechtlichen Tatbestand des Kreditgeschäfts (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG) fällt, weil sich die Finanzierung auch nicht im weitesten Sinne als Darlehen werten lässt, da sich der Leasinggeber die rechtliche Verfügungsgewalt über das Leasingobjekt selbst verschafft und die Finanzierung formaljuristisch in eine entgeltliche Gebrauchsüberlassung gefasst wird, die der Grundstruktur nach ein Mietvertrag ist, in den mehr oder weniger kaufrechtliche Elemente eingemischt werden.

Während der Laufzeit des Vertrages sind periodisch fällig werdende Raten üblich, jedoch nicht unbedingt Voraussetzung.

Das Finanzierungsleasing hat zwei wesentliche Funktionen:

- Gebrauchsüberlassung des Leasingobjekts
- Finanzierungsfunktion

Im Anschluss an die bestehende bankaufsichtsrechtliche Praxis führt die amtliche Begründung dazu aus:

„Das Finanzierungsleasing ist von solchen Verträgen abzugrenzen, bei denen schwerpunktmäßig, wenngleich nicht ausschließlich, die entgeltliche befristete Gebrauchsüberlassung charakteristisch ist. Demnach soll nur der Abschluss solcher Leasingverträge erfasst werden, bei denen die Finanzierungsfunktion im Vordergrund steht. Nur dann ähnelt sie in wirtschaftlicher Hinsicht dem Kreditgeschäft und nur dann entsteht ein Bedürfnis für eine Beaufsichtigung unter dem Aspekt des Finanzdienstleistungscharakters.“<sup>[7]</sup>

Charakteristisch (ohne es abschließend zu beschreiben) für das Finanzierungsleasing ist, dass die Leasinggesellschaft das Wirtschaftsgut im eigenen Namen und auf eigene Rechnung beschafft und es dann als Leasinggeber dem Leasingnehmer zur Nutzung überlässt, wobei dieser vertraglich so eingebunden wird, dass grundsätzlich er (sofern keine Umstände eintreten, die ihn zu einer außerordentlichen Kündigung des Leasingvertrags berechtigen) über die Laufzeit des Leasingvertrags das Wirtschaftsgut finanziert und amortisiert, und sei es auch nur über eine Abschlagszahlung bei Rückgabe des Leasingguts: der Leasingnehmer, nicht der Leasinggeber, soll das Investitionsrisiko tragen. Der Leasinggeber überlässt dem Leasingnehmer den Leasinggegenstand zum Gebrauch, regelmäßig jedoch ohne den Gebrauch zu gewährleisten: die mietvertraglichen Gewährleistungspflichten werden zum Nachteil des Leasingnehmers abbedungen und dieser auf die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche des Leasinggebers an den Hersteller/Lieferanten verwiesen, ohne dass er mit dem Hersteller/Lieferanten selbst in eine vertragliche Beziehung eintritt.<sup>[8]</sup>

Wirtschaftlich gewährt der Leasinggeber dem Leasingnehmer einen Kredit in Höhe der Anschaffungskosten des Leasingguts.

Die in der Praxis häufigsten Vertragstypen sind in den Leasingerlassen des Bundesministeriums der Finanzen zusammengefasst.

Die Voll- und Teilamortisationsverträge im Sinne der Erlasse vom 19.04.1971<sup>[9]</sup> bzw. 22.12.1975<sup>[10]</sup> sind Finanzierungsleasingverträge im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 10 KWG. Auch die sog. Teilamortisationsverträge verpflichten den Leasingnehmer zur Amortisation des vom Leasinggeber eingesetzten Kapitals einschließlich des kalkulierten Gewinns. Es macht keinen Unterschied, auf welche Art und Weise dies herbeigeführt wird, ob nur durch

Zahlung von Leasingraten oder teils durch Leasingraten, teils über den Ausgleich des kalkulierten Restwerts des Leasingobjekts.<sup>[11]</sup>

Darüber hinaus kann die Amortisation auch auf einer „Mischkalkulation“, unter Berücksichtigung der möglichen Verwertung nach Ablauf der festen Grundmietzeit, beruhen<sup>[12]</sup>.

Im Bereich des Kfz-Leasing sind die sog. Kilometer-Leasingverträge so kalkuliert, dass der Leasinggeber die volle Amortisation seiner Kosten einschließlich Zinsen und Marge durch die während der Grundmietzeit zu entrichtenden Leasingraten unter Berücksichtigung des kalkulierten Erlöses aus der anschließenden Veräußerung des Fahrzeugs erzielt. Auch ohne eine formale Restwertgarantie des Leasingnehmers reicht für den Tatbestand des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 10 KWG aus, dass ein so wesentlicher Teil der Kosten des Leasinggebers durch die Zahlung der Leasingraten ausgeglichen wird, dass im Normalfall die Vollamortisation nach Rückgabe des Fahrzeugs ohne erneutes Verleasen an weitere Leasingnehmer durch anschließende Verwertung erreicht wird; gegen eine übermäßige Abnutzung des Fahrzeugs ist der Leasinggeber typischerweise durch eine diesbezügliche Ausgleichspflicht des Leasingnehmers abgesichert<sup>[13]</sup>. Eine Amortisationslücke ist für den Leasinggeber also nicht zu erwarten. Auch ohne eine formale Restwertgarantie liegt bei solchen Verträgen das Investitionsrisiko effektiv beim Leasingnehmer; sie sind als Finanzierungsleasing im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 10 KWG einzustufen.

nach oben

### III. Abgrenzungsfragen

Dagegen ist bei dem sog. **Operateleasing** (Operating Leasing) regelmäßig keine Finanzierungsfunktion gegeben. Beim Operateleasing erstrebt der Leasinggeber die volle Amortisation seines Anschaffungsaufwandes nicht bereits durch ein einmaliges, sondern erst durch mehrfaches Überlassen des Leasinggegenstandes an verschiedene Leasingnehmer<sup>[14]</sup>. Anders als beim Finanzierungsleasing sind bei diesen Verträgen die Gefahrtragsregeln nicht zu Lasten des Leasingnehmers verschoben, die Grundmietzeit gemessen an der Abschreibungsdauer des Leasingobjekts kurz oder die Kündigung erleichtert oder jederzeit möglich: das Investitionsrisiko trägt der Leasinggeber; Geschäfte dieser Art, zivilrechtlich schlicht Mietverträge, fallen nicht unter § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 10 KWG.

Die Qualifikation eines sog. **Mietkaufvertrages** als Finanzierungsleasing im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 10 KWG hängt unbeschadet der von den Parteien gewählten Bezeichnung des Vertrages davon ab, ob der „Mietkäufer“ vertraglich so eingebunden wird, dass grundsätzlich er es ist, der das Wirtschaftsgut finanziert und amortisiert, also er anstatt des „Mietverkäufers“ das Investitionsrisiko trägt. Dazu überlässt ihm der „Mietverkäufer“ das Wirtschaftsgut zwar zum Gebrauch, ohne jedoch den Gebrauch zu gewährleisten: die mietvertraglichen Gewährleistungspflichten werden zum Nachteil des „Mietkäufers“ abbedungen und dieser auf die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche des „Mietverkäufers“ an den Hersteller/Lieferanten verwiesen. Der Sache nach sind solche atypischen Mietkaufverträge Finanzierungsleasing und fallen so unter § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 10 KWG.<sup>[15]</sup>

Wird dagegen während der Mietzeit das Investitionsrisiko nicht auf den Mietkäufer verlagert, insbesondere auch nicht die mietvertraglichen Gewährleistungspflichten zu dessen Nachteil abbedungen, so liegt schlicht ein Mietvertrag vor, der zum Ablauf der Mietzeit mit einem Kaufvertrag oder einer Kaufoption verbunden wird; eine Subsumtion unter § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 10 KWG scheidet dann aus.

nach oben

### IV. Die Bereichsausnahme für Leasing-Objektgesellschaften

Das JStG 2009 hat quasi als Contrapunkt zu der Schaffung des neuen Finanzdienstleistungstatbestandes des Finanzierungsleasings eine weite Bereichsausnahme unter § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 17 KWG für sog. Leasing-Objektgesellschaften gesetzt. Der großen Mehrzahl der Unternehmen, die unter den Begriff des Finanzdienstleistungsinstituts nach § 1 Abs. 1a Satz 1 i. V. m. Satz 2 Nr. 10 KWG fallen, wird so im Wege der Fiktion dieser Status wieder genommen, so dass die Erlaubnispflicht nach dem KWG für diese Unternehmen nicht besteht.

Das KWG definiert unter § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 17 Leasing-Objektgesellschaften als „Unternehmen, die

- als einzige Finanzdienstleistung im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 das Finanzierungsleasing betreiben,

- dabei nur 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.“

Die amtliche Begründung führt dazu aus:

„...Leasing-Objektgesellschaften... sind dadurch gekennzeichnet, dass sie nur der Finanzierung eines nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise einzelnen großvolumigen Leasingobjekts (z. B. Büroimmobilien, Verkehrsflugzeuge usw.) dienen und dass sie anstatt eigenständig zu agieren von Leasingunternehmen verwaltet werden. Letzteres zeigt sich u. a. darin, dass zu Geschäftsleitern der Objektgesellschaften in der Regel pro forma Angestellte der diese verwaltenden Leasinggesellschaften bestellt werden. Aufgrund dessen ist es weder praktikabel noch erforderlich, diese Gesellschaften gesondert zu beaufsichtigen. So würde z. B. eine Eignungsprüfung der Geschäftsleiter ins Leere laufen, da diese keine eigenen Entscheidungsbefugnisse haben. Somit kann es nur darum gehen sicherzustellen, dass die Unternehmen, die verwaltend tätig werden und wirtschaftlich hinter dem Geschäft der Objektgesellschaft stehen, aufsichtsrechtlich erfasst werden. Die Verwaltung von Objektgesellschaften hat die Beaufsichtigung der verwaltenden Leasinggesellschaft zur Folge, selbst wenn durch diese selbst unmittelbar keine Leasingverträge abgeschlossen werden. Zwischen der verwaltenden Leasinggesellschaft und den von ihr beaufsichtigten Objektgesellschaften muss kein Konzernverbund bestehen.“<sup>[16]</sup>

Die Bereichsausnahme greift nur, wenn die Gesellschaft, die die betreffende Leasing-Objektgesellschaft verwaltet,

- ihren Sitz im Inland oder in einem anderen Staat des Europäischen Wirtschaftsraums hat und
- - bei Sitz im Inland - nach § 32 Abs. 1 KWVG oder über die Fiktion des § 64j KWVG oder - bei Sitz in einem anderen Staat des Europäischen Wirtschaftsraums - durch die zuständige Behörde des anderen Staats für den Betrieb des Leasinggeschäfts zugelassen worden ist.

Der andere Staat muss die Tätigkeit unter Erlaubnisvorbehalt gestellt haben; die Erlaubnisfreiheit des Geschäfts in dem anderen Staat ersetzt die förmliche Zulassung (im Einzelfall) nicht. Unternehmen aus solchen Staaten bleibt dann jedoch die Möglichkeit, eine entsprechende Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 KWVG für die Errichtung einer Zweigstelle im Sinne des § 53 KWVG zu erwirken. Diese Erlaubnis setzt allerdings voraus, dass die Verwaltungstätigkeit auch effektiv über die deutsche Zweigstelle ausgeübt würde.

Bei EG-konformen Kreditinstituten mit Sitz in einem anderen Staat des Europäischen Wirtschaftsraums deckt der Europäische Pass in der Regel auch den Betrieb des Finanzierungsleasings mit ab; das hängt im Einzelfall jedoch von der Notifikation der BaFin durch die zuständige Behörde des Herkunftsmitgliedstaats nach § 53b KWVG ab.

Die Verwaltungsgesellschaften können die Erlaubnis allein auf der Basis der Verwaltung von Leasing-Objektgesellschaften erwirken. Sie brauchen also nicht selbst als Leasinggeber aufzutreten.

nach oben

## V. Konkurrenzen

Berührungspunkte mit anderen Bankgeschäfts- oder Finanzdienstleistungstatbeständen bestehen nicht. Mit dem Kreditgeschäft (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWVG) hat das Finanzierungsleasing der Sache nach die Finanzierungsfunktion gemein. Dadurch dass die Finanzierung in der Überlassung eines Gebrauchsgegenstandes (gegen Entgelt) besteht, ist das Finanzierungsleasing jedoch eindeutig gegen das Kreditgeschäft abgegrenzt.

nach oben

## VI. Erlaubnispflicht des Finanzierungsleasings

Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWVG bedarf der schriftlichen Erlaubnis der BaFin, wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen will<sup>[17]</sup>. Die Erfüllung einer Alternative genügt, um die Erlaubnispflicht des Geschäfts zu begründen. 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.

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 Finanzdienstleistungsbetrieb 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-/Finanzdienstleistungsgeschäfte auch bei einem vergleichsweise geringen Umfang ergeben.

Es spielt danach keine Rolle, wie das Verhältnis des Finanzdienstleistungsbereichs eines Unternehmens zu seinem Nichtfinanzdienstleistungsbereich ist. Losgelöst von seiner relativen Größe genügt, dass der Finanzdienstleistungsbereich (einschließlich eventueller Bankgeschäfte) für sich genommen so groß ist, dass er objektiv einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderlich macht, oder dass auch nur einige wenige Geschäfte, die unter einen Finanzdienstleistungs- oder Bankgeschäftstatbestand fallen, als gewerbsmäßig einzustufen sind. Es ist danach aus dem bankaufsichtsrechtlichen Blickwinkel nicht erforderlich, dass ein Unternehmen, das eine große Bandbreite von Leasingverträgen anbietet, alle einzeln darauf hin qualifiziert, ob sie unter den Tatbestand des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 10 KWG zu subsumieren sind oder nicht; die Feststellung, dass einzelne Angebote unter diesen Tatbestand fallen, genügt für eine Einordnung des Unternehmens als Finanzdienstleistungsinstitut nach § 1 Abs. 1a KWG.

Unter den Erlaubnisvorbehalt nach § 32 Abs. 1 KWG fällt das Geschäft nur, wenn es (auch) im Inland betrieben wird. Dazu muss der Betreiber nicht hierzulande seinen Geschäftssitz haben oder eine rechtlich unselbständige Zweigniederlassung errichten, von der aus er die Geschäfte betreibt. Der erforderliche Inlandsbezug besteht bereits, wenn sich das Angebot aus dem Ausland auch und gerade an Personen richtet, die ihren Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben. Nähere Hinweise gibt das Merkblatt „Hinweise zur Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 und Abs. 1a KWG von grenzüberschreitend betriebenen Bankgeschäften und/oder grenzüberschreitend erbrachten Finanzdienstleistungen“.

Der erforderliche Inlandsbezug besteht auch, wenn aus dem Inland heraus die Geschäfte gezielt nur mit Nicht-Gebietsansässigen betrieben werden.

nach oben

## **VII. Ausnahmen von der Erlaubnispflicht**

nach oben

### **- Bereichsausnahmen (§ 2 Abs. 6 KWG)**

Wenn eine der in § 2 Abs. 6 KWG abschließend aufgeführten Bereichsausnahmen einschlägig ist, gilt das betroffene Unternehmen nicht als Finanzdienstleistungsinstitut im Sinne des KWG und unterliegt dann auch nicht dem Erlaubnisvorbehalt des § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG, der, wenn auch regelungstechnisch nicht sauber verfügt, doch nach Sinn und Zweck an die Institutseigenschaft des ggf. erlaubnispflichtigen Unternehmen anknüpft. Die Bereichsausnahmen des § 2 Abs. 6 KWG greifen kraft Gesetzes, einer Bestätigung durch die BaFin im konkreten Einzelfall bedürfen sie nicht, so dass die Auskunft der Behörde nur in Zweifelsfällen eingeholt werden muss.

Die wichtigste praktische Bedeutung hat die Bereichsausnahme unter § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 17 KWG für Leasing-Objektgesellschaften.

Von besonderer Bedeutung ist auch das sog. Konzernprivileg (§ 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 5 KWG): Stehen Leasinggeber und Leasingnehmer innerhalb desselben Konzerns und betreibt der Leasinggeber auch keine anderen Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen außerhalb des Konzerns, so gilt er nicht als Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut im Sinne dieses Gesetzes und unterfällt nicht dem Erlaubnisvorbehalt und der laufenden Aufsicht nach dem KWG.

nach oben

## - der Europäische Pass (§ 53b KWG)

Dem Erlaubnisvorbehalt unterfallen auch nicht Institute mit Sitz in einem anderen Staat des Europäischen Wirtschaftsraums, die unter die Regelung des sog. Europäischen Passes fallen. Die einschlägigen Bestimmungen finden sich im KWG unter § 53b, hier insbesondere unter den Absätzen 1 und 7. Unter die Regelung des sog. Europäischen Passes, der vornehmlich die Prinzipien der EWR-weiten Gültigkeit der Zulassung durch die Herkunftsstaatsbehörde und die gegenseitige Anerkennung der Herkunftsstaatsaufsicht für grenzüberschreitende Bank- oder Wertpapierdienstleistungen im Wege der Errichtung einer rechtlich unselbständigen Zweigniederlassung in dem anderen Mitgliedstaat oder Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs statuiert, fallen vornehmlich Einlagenkreditinstitute und Wertpapierhandelsunternehmen. Durch eine entsprechende Ausdehnung des § 53b Abs. 7 Satz 1 KWG kommen jetzt in den Genuss dieser Bestimmung grundsätzlich auch Factoring- und Finanzierungsleasingunternehmen aus anderen Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums, wenn sie die weiteren Voraussetzungen des § 53b Abs. 7 KWG erfüllen.

[nach oben](#)

## - Einzelfreistellungen nach § 2 Abs. 4 KWG

Nach § 2 Abs. 4 KWG kann die BaFin ein Unternehmen, unabhängig davon, ob es seinen Sitz im Inland oder Ausland hat, von den Vorschriften der §§ 2c, 10 bis 18, 24, 24a, 25 bis 38, 45, 46 bis 46c und 51 Abs. 1 KWG **insgesamt** freistellen, solange das Unternehmen wegen der **Art** der von ihm betriebenen Geschäfte **insoweit** der Aufsicht nicht bedarf. Nach der Grundentscheidung des Gesetzgebers sind Factoring- und Finanzierungsleasinggeschäfte grundsätzlich aufsichtsbedürftig. Eine Freistellung wird also nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen in Betracht kommen.

In jedem Fall sollte ein Unternehmen, das das Factoring- oder Finanzierungsleasing im Inland, sei es auch nur aus dem Ausland heraus, bereits betreibt, von der Übergangsregelung des § 64j Abs. 2 KWG Gebrauch machen und die erforderliche Anzeige in der vorgegebenen Frist erstatten, um eine eventuell mögliche Freistellungslösung nicht zu kompromittieren und sich nicht der Gefahr einer Strafbarkeit nach § 54 KWG auszusetzen, wenn es diese Geschäfte nicht bis zur Entscheidung über den Freistellungsantrag einstellen will.

Die Freistellung wird nur widerruflich erteilt.

Die Bearbeitung des Freistellungsantrags ist gebührenpflichtig.

Eine Freistellung nach § 2 Abs. 4 KWG umfasst nicht gleichzeitig die Freistellung von den Vorschriften des Geldwäschegesetzes. Hierfür ist ein gesonderter Antrag zu stellen, dessen Entscheidung sich an den Kriterien des Art. 4 der EG-Richtlinie 2006/70/EG vom 01. August 2006 zu orientieren hat.

[nach oben](#)

## VIII. Entscheidung in Zweifelsfällen

Die BaFin entscheidet nach § 4 KWG in Zweifelsfällen darüber, ob die jeweilige Tätigkeit den Vorschriften des KWG unterliegt; die Entscheidung bindet die anderen Behörden. **Verbindliche Aussagen erfolgen ausschließlich schriftlich**, sei es im Wege einer einfachen Auskunft oder sei es, auf entsprechenden Antrag des Unternehmens, förmlich durch Verwaltungsakt.

Gegen die förmliche Entscheidung durch Verwaltungsakt sind die üblichen Rechtsbehelfe gegeben.

[nach oben](#)

## IX. Hinweise und Anschriften

Dieses Merkblatt enthält grundlegende Informationen zum Tatbestand des Finanzierungsleasings. Es erhebt keinen Anspruch auf eine erschöpfende Darstellung aller den Tatbestand betreffenden Fragen und ersetzt insbesondere nicht die einzelfallbezogene Erlaubnis-anfrage an die BaFin oder zuständige Hauptverwaltung der Deutschen Bundesbank.

Für eine abschließende Beurteilung möglicher Erlaubnispflichten im Einzelfall wird eine vollständige Dokumentation der vertraglichen Vereinbarungen, die dem Betreiben des Finanzierungsleasings zugrunde liegen, benötigt.

Hinsichtlich aller Angaben sind die Bediensteten der BaFin und der Deutschen Bundesbank zur Verschwiegenheit verpflichtet (§ 9 KWG).

Ob ein Unternehmen der Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG unterliegt, entscheidet in Zweifelsfällen die

**Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht  
Abteilung Q 3**

**Graurheindorfer Straße 108  
53117 Bonn**  
Telefon: +49 (0) 228 / 4108 - 0  
Fax: + 49 (0)228 4108-1550  
E-Mail: [poststelle@bafin.de](mailto:poststelle@bafin.de)

Falls Sie zu diesem Merkblatt weitere Fragen haben, können Sie vorab auch Kontakt mit der regional zuständigen Hauptverwaltung der Deutschen Bundesbank aufnehmen; diese wird Ihre Fragen mit einer Stellungnahme gegebenenfalls an die Bundesanstalt weiterleiten:

Für Berlin und Brandenburg:

**DEUTSCHE BUNDESBANK  
Hauptverwaltung Berlin**

**Steinplatz 2  
10623 Berlin**  
Telefon: (030) 34 75 - 0  
Fax: (030) 34 75 - 12 90

Für Nordrhein-Westfalen:

**DEUTSCHE BUNDESBANK  
Hauptverwaltung Düsseldorf**

**Berliner Allee 14  
40212 Düsseldorf**  
Telefon: (0211) 8 74 - 0  
Fax: (0211) 8 74 - 36 35

Für Hessen:

**DEUTSCHE BUNDESBANK  
Hauptverwaltung Frankfurt**

**Taunusanlage 5  
60047 Frankfurt am Main**  
Telefon: (069) 23 88 - 0  
Fax: (069) 23 88 - 11 11

Für die Freie und Hansestadt Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein:

**DEUTSCHE BUNDESBANK  
Hauptverwaltung Hamburg**

**Willy-Brandt-Straße 73  
20459 Hamburg**  
Telefon: (040) 37 07 - 0  
Fax: (040) 37 07 - 41 72

Für die Freie Hansestadt Bremen, Niedersachsen und Sachsen-Anhalt:

**DEUTSCHE BUNDESBANK**

**Hauptverwaltung Hannover**

**Georgsplatz 5**  
**30159 Hannover**  
Telefon: (0511) 30 33 - 0  
Fax: (0511) 30 33 27 96

Für die Freistaaten Sachsen und Thüringen:

**DEUTSCHE BUNDESBANK**  
**Hauptverwaltung Leipzig**

**Straße des 18. Oktober 48**  
**04103 Leipzig**  
Telefon: (0341) 8 60 - 0  
Fax: (0341) 8 60 - 25 99

Für Rheinland-Pfalz und das Saarland:

**DEUTSCHE BUNDESBANK**  
**Hauptverwaltung Mainz**

**Hegelstr. 65**  
**55122 Mainz**  
Telefon: (06131) 3 77 - 0  
Fax: (06131) 3 77 - 33 33

Für Baden-Württemberg:

**DEUTSCHE BUNDESBANK**  
**Hauptverwaltung Stuttgart**

**Marstallstr. 3**  
**70173 Stuttgart**  
Telefon: (0711) 9 44 - 0  
Fax: (0711) 9 44 - 19 21

Für den Freistaat Bayern:

**DEUTSCHE BUNDESBANK**  
**Hauptverwaltung München**

**Ludwigstr. 13**  
**80539 München**  
Telefon: (089) 28 89 - 5  
Fax: (089) 28 89 - 36 30

Die Hauptverwaltung der Deutschen Bundesbank bietet Ihnen den Vorteil, dass Sie einen Ansprechpartner in Ihrer Region haben.

---

[1] Bericht des Finanzausschusses vom 26.11.2008 (BT-Drucks. 16/11108 vom 27.11.2008), S. 66/67

[2] Siehe dazu das Merkblatt „Voraussetzungen für die Erlaubnisfiktion im Anzeigeverfahren gemäß § 64j Abs. 2 KWG für das Factoring (§ 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG) und das Finanzierungsleasing (§ 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 10 KWG) (Stand: 18. Dezember 2008)

[3] Sollten Hersteller/Lieferant und Leasingnehmer doch - neben dem Leasingvertrag zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer und dem Kaufvertrag zwischen dem Hersteller/Lieferanten und Leasinggeber - selbst in einen Vertrag

getreten sein, z. B. um dann den Leasinggeber den Part des Leasingnehmers in diesem Vertrag übernehmen zu lassen, so steht das der Annahme eines Finanzierungsleasingvertrags nicht entgegen.

[4] (fallen oft aber wieder über die Bereichsausnahme für Leasing-Objektgesellschaften unter § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 17 KWVG aus dem Finanzdienstleistungsinstitutsbegriff)

[5] (evt. auch konzerneigenen)

[6] Vgl. BFH IV R 144/66 Urteil vom 26.01.1970

[7] Bericht des Finanzausschusses vom 26.11.2008 (BT-Drucks. 16/11108 vom 27.11.2008), S. 67

[8] Vgl. BFH IV R 144/66 Urteil vom 26.01.1970; BFH III R 130/95 Urteil vom 15.02.2001

[9] IV B/2 – S 2170 – 31/71, BStBl I S. 264

[10] IV B/2 – S 2170 – 161/75, abgedruckt in: Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt, Leasinghandbuch 2. Aufl. (2008), S. 1212

[11] BGH Urteil vom 24.04.1996 (VIII ZR 150/95), abgedruckt in: NJW 1996, 2033

[12] Siehe auch Schreiben des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen vom 10.03.1999 (I 3 – 1113 – 3/98), abgedruckt in Consbruch/Möller/Bähre/Schneider, Kreditwesengesetz Loseblattsammlung (im folgenden: „C.M.B.S.“), 4.315; vgl. auch BGH Urteil vom 24.04.1996 (VIII ZR 150/95)

[13] Siehe auch BGH Urteil vom 11.03.1998 (VIII ZR 205/97), abgedruckt in: NJW 1998, 1637

[14] BGH Urteil vom 11.03.1998 (VIII ZR 205/97), abgedruckt in: NJW 1998, 1637

[15] Siehe auch Schreiben des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen vom 10.03.1999 (I 3 – 1113 – 3/98), abgedruckt in C.M.B.S., 4.315

[16] Bericht des Finanzausschusses vom 26.11.2008 (BT-Drucks. 16/11108 vom 27.11.2008), S. 67/68

[17] Siehe auch das Merkblatt der Deutschen Bundesbank und der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht über die Erteilung einer Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften gemäß § 32 Abs. 1 KWVG und das Merkblatt der Deutschen Bundesbank über die Erteilung einer Erlaubnis zum Erbringen von Finanzdienstleistungen gemäß § 32 Abs. 1 KWVG