

Verwaltung einer Treuhandstiftung ohne bankenrechtliche Erlaubnis

Zulässigkeit in typischen und atypischen Fällen

Anke Katrin Louis und Thomas Müller*

Die Idee, eine Stiftung zu errichten, die dann den eigenen Namen tragen soll, stellt für immer mehr Deutsche ein erstrebenswertes Ziel dar. Die Errichtung einer rechtsfähigen Stiftung des bürgerlichen Rechts ist aber aufgrund der zur Sicherung des Stiftungszwecks empfohlenen Mindestkapitalausstattung i. H. von 50.000 € bis 250.000 € und dem aufwendigen Errichtungs- und Anerkennungsprozedere selten kurzfristig realisierbar. Als interessante Alternative für potentielle Stifter und deren Berater bietet sich die unselbständige Stiftung (auch „Treuhandstiftung“ genannt) an.

Nach aktuellen Schätzungen des Bundesverbandes Deutscher Stiftungen existieren in Deutschland heute weit über 20.000 unselbständige Stiftungen (Pressemitteilung vom 23. 4. 2012, abrufbar unter www.stiftungen.org), manche Stimmen sprechen sogar von bis zu 45.000. Die positive Resonanz, die die unselbständige Stiftung in der Praxis erfährt, ist dabei insbesondere auf die höhere Flexibilität bei der Ausgestaltung und die unkompliziertere Errichtung zurückzuführen. Wesentliches Merkmal der Treuhandstiftung ist, dass sie kein selbständiges Rechtssubjekt darstellt, sondern nur durch die Mitwirkung des späteren Rechtsträgers – des sog. Stiftungstreuhanders – errichtet werden kann (vgl. Hüttemann/Rawert, Staudinger-BGB, 2011 Vorbem. Zu §§ 80 ff. Rn. 239).

Mit der wachsenden Anzahl unselbständiger Stiftungen steigt auch die der Stiftungstreuhanders. Der Beitrag gibt Ihnen einen Überblick darüber, in welchen Konstellationen Tätigkeiten des Stiftungstreuhanders unter die bankenrechtlichen Erlaubnispflicht der BaFin (§ 32 KWG) fallen könnten.

I. Problemstellung: Verwaltung einer unselbständigen Stiftung (Treuhandstiftung)

Treuhandern von unselbständigen Stiftungen obliegt die eigenverantwortliche Verwaltung des Stiftungsvermögens im Einklang mit dem Stiftungszweck. Mit der Übernahme der Verwaltung kann auch die Anlage des übertragenen Stiftungsvermögens bspw. durch Investition in Finanzinstrumente und Wertpapiere am Kapitalmarkt verbunden sein.

In den vergangenen Jahren wurde in der Praxis immer wieder für verschiedene rechtliche Gestaltungsformen, die sich im weitesten Sinne mit der Verwaltung von Vermögen beschäftigen, das Erfordernis einer bankenrechtlichen Erlaubnis der BaFin (§ 32 Abs. 1 KWG) diskutiert (vgl. bspw. Stellungnahmen der BaFin zu Family Offices vom 10. 2. 2009 und sog. Investmentclubs vom 29. 3. 2012, abrufbar unter www.ba-fin.de).

Von dieser Diskussion nicht verschont geblieben ist auch die Verwaltung einer Treuhandstiftung durch eine rechtsfähige gemeinnützige Stiftung (vgl. Fritsche, ZStV 2005, S. 272; Fischer/Figatowski, Stiftungsbrief 2009, S. 236; FUCHS-Briefe vom 2. 5. 2011).

Auch wenn die BaFin mit Schreiben vom 9. 6. 2011 (GZ: Q 33-QF 5100-2011/0073 (39379)-Ha) diese Diskussion zumindest für eine klar umrissene Fallgruppe der Verwaltung unselbständiger Stiftungen beendet und klargestellt hat, dass hier keine Erlaubnispflicht (§ 32 KWG) für Treuhänder besteht, bleiben doch atypisch gelagerte Fälle, für die eine Erlaubnispflicht nach wie vor in Betracht kommen könnte. Für die Praxis hat dies zur Folge, dass im Einzelfall eine Abgrenzung zwischen einer erlaubnispflichtigen und einer erlaubnisfreien Verwaltung einer Treuhandstiftung anhand der von der BaFin aufgestellten Kriterien vorzunehmen ist.

II. Charakteristik der unselbständigen Stiftung und Abgrenzung zur selbständigen Stiftungen

Bevor die typischen und atypischen Fallgruppen bei der Verwaltung einer Treuhandstiftung und deren ggf. bestehende Erlaubnispflicht im Detail diskutiert werden, betrachten wir zunächst die Charakteristik der unselbständigen Stiftung:

Unter einer unselbständigen Stiftung versteht man die Übertragung von Vermögenswerten auf eine natürliche oder juristische Person mit der Maßgabe, diese als ein vom übrigen

* Anke Katrin Louis, LL.M., oec. RAin, Thomas Müller, StB, sind tätig bei der Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft optegra:hhkl GmbH & Co. KG in München

Vermögen des Empfängers getrenntes wirtschaftliches Sondervermögen zu verwalten und dauerhaft zur Verfolgung der vom Stifter gesetzten Zwecke zu verwenden (BGH, Urteil vom 12. 3. 2009 III ZR 142/08 m. w. N. [→GAAAD-18938]).

Gestalterisches Ziel ist es, die rechtsfähige Stiftung in ihren wesentlichen Strukturen „nachzubilden“, um so eine dauerhafte und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks zu gewährleisten (vgl. Hüttemann/Rawert in Staudinger BGB, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 231), gleichzeitig jedoch von höherer Flexibilität zu profitieren.

Wie die Bezeichnung „unselbständig“ bereits nahe legt, entsteht keine eigenständige juristische Person. Die laufende Tätigkeit der Treuhandstiftung unterliegt – im Gegensatz zu der rechtsfähigen Stiftung – auch nicht der Kontrolle durch die Stiftungsaufsicht.

III. Errichtung der unselbständigen Stiftung

1. Unterschiede zur selbständigen Stiftung

Die höhere Flexibilität der unselbständigen im Verhältnis zu der selbständigen Stiftung wird bereits bei der Errichtung deutlich:

Zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung sind

- ▶ das Stiftungsgeschäft sowie
- ▶ die Anerkennung durch die zuständige Landesbehörde erforderlich (§ 80 Abs. 1 BGB).

Als einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung tritt die Rechtsfolge (Errichtung der Stiftung) durch den Vollzug des Stiftungsgeschäfts ein, ohne dass jemand das Rechtsgeschäft zur Kenntnis nehmen oder hierbei mitwirken müsste. Die behördliche Anerkennung bezieht sich ausschließlich auf die Rechtsfähigkeit der Stiftung.

Erfüllt das Stiftungsgeschäft die gesetzlich normierten (Mindest-)Anforderungen (§§ 80, 81 BGB), besteht ein grundrechtlicher Anspruch des Stifters auf die Anerkennung (vgl. Stumpf in Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli, Stiftungsrecht, § 80 BGB Rn. 31 m. w. N.).

In Bezug auf die unselbständige Stiftung finden sich im BGB hingegen keine ausdrücklichen Regelungen. Vielmehr handelt es sich um ein mehrseitiges Rechtsgeschäft zwischen Stifter und künftigem Rechtsträger, für das die allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts maßgeblich sind. Der Inhalt ist somit individuell gestaltbar, eine staatliche Anerkennung nicht erforderlich. Erforderlich ist jedoch ein Mitwirken des künftigen Treuhänders: Er muss die Annahme des übertragenen Vermögens erklären und sich verpflichten, den Zweckvorgaben des Stifters gemäß das Stiftungsvermögen zu bewirtschaften und seine Erträge entsprechend zu verwenden (vgl. Hof in Hof/Hartmann/Richter, Stiftungen S. 280).

Die Errichtung der unselbständigen Stiftung kann dabei analog zur rechtsfähigen Stiftung sowohl im Rahmen eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden als auch von Todes wegen im Wege einer letztwilligen Verfügung erfolgen.

2. Errichtung unter Lebenden

Der in der Praxis zu empfehlende Weg ist die Errichtung zu Lebzeiten. Der Stifter behält somit die Möglichkeit, aktiv auf das weitere Schicksal seiner Stiftung einzuwirken und ggf. Fehlentwicklungen zu korrigieren.

a) Treuhandvertrag

aa) Abschluss

Die Errichtung einer unselbständigen Stiftung unter Lebenden erfolgt in aller Regel durch Abschluss eines Treuhandvertrages. Ist Entgeltlichkeit vereinbart, handelt es sich um einen Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB), bei Unentgeltlichkeit sind die Regelungen zum Auftrag (§§ 662 f. BGB) heranzuziehen (vgl. Hof in Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechtshandbuch, § 36 Rn. 41 ff.).

Der Abschluss des Treuhandvertrages ist dabei grundsätzlich formfrei möglich. Eine Ausnahme hiervon gilt, wenn das Versprechen auf Grund der Art des auf die Stiftung zu übertragenden Vermögens selbst Formerfordernissen unterliegt, wie beispielsweise bei Grundstücken (§ 311b BGB) oder GmbH-Geschäftsanteilen (§ 15 Abs. 3 GmbHG).

bb) Beendigung

Sowohl der Stifter als auch der Treuhänder können das Treuhandverhältnis wieder beenden. Der Geschäftsbesorgungsvertrag kann unter Wahrung der Fristen (§ 675 Abs. 1 i. V. mit § 621 BGB) von beiden Seiten gekündigt werden. Ein Auftrag kann vom Auftraggeber jederzeit widerrufen und vom Auftragnehmer jederzeit gekündigt werden.

cc) Gestaltungen in der Praxis

In der Praxis beabsichtigen die Parteien in der weit überwiegenden Zahl der Fälle eine (vertragliche) Gestaltung zu schaffen, die der rechtsfähigen Stiftung möglichst nahe kommt.

Da die Übertragung des Stiftungsvermögens dauerhaft und nicht nur zeitlich begrenzt erfolgt, weisen Treuhandverträge zur Errichtung einer unselbständigen Stiftung im Verhältnis zu den allgemein üblichen Treuhandverträgen folgende Besonderheit auf:

- ▶ Die Beteiligten sind bestrebt, die Beendigungsmöglichkeiten – soweit rechtlich zulässig – durch individualvertragliche Regelungen abzubedingen. Der Treuhandvertrag sieht daher in der Regel den Verzicht auf Widerrufs- oder Kündigungsrechte des Stifters vor. Lediglich in dem Ausnahmefall, dass der vom Stifter festgelegte Zweck durch den Träger der Treuhandstiftung nicht verfolgt wird, kommt eine Kündigung aus wichtigem Grund in Betracht (§ 671 Abs. 3 BGB), die im Fall ihrer Wirksamkeit zu einer Rückzahlungsverpflichtung führen könnte. Im Regelfall scheidet diese Rückzahlungsverpflichtung des Treuhänders aber aus.
- ▶ Als zweite Besonderheit wird durch eine entsprechende Regelung im Treuhandvertrag klargestellt, dass die Verwaltung des Stiftungsvermögens durch den Treuhänder nicht für die Rechnung des Stifters erfolgt, sondern ausschließlich der Erfüllung des Stiftungszwecks dient.

b) Schenkung unter Auflage

Grundsätzlich ebenfalls möglich ist die Ausgestaltung einer unselbständigen Stiftung als Schenkung unter Auflage (§ 516 ff. BGB). Wird das Stiftungsvermögen hier nicht sofort übertragen, bedarf das Schenkungsversprechen der notariellen Beurkundung (§ 518 BGB).

Der Empfänger ist zur Erfüllung der Auflage (hier: des Stiftungszwecks) verpflichtet, sobald der Stifter das Stiftungsvermögen übertragen hat (§ 525 BGB). Wird dieser Durchführungsweg gewählt, ist eine „Rückabwicklung“ nur in bestimmten, gesetzlich festgelegten Fällen möglich. Zu nennen sind hier insbesondere die Nichtvollziehung der Auflage durch den Beschenkten (§ 527 BGB) oder die Verarmung des Schenkers (§ 528 BGB).

3. Errichtung von Todes wegen

Alternativ zu der Errichtung zu Lebzeiten kann die unselbständige Stiftung auch von Todes wegen durch eine letztwillige Verfügung errichtet werden.

Hierbei setzt der Stifter entweder den Stiftungsträger unter entsprechender Auflage als Erben ein, oder er ordnet ein Vermächtnis mit Auflagen zugunsten des Rechtsträgers über das Stiftungsvermögen an, dass die Erben zu erfüllen verpflichtet sind. Der Stifter wird sich dabei in aller Regel eines Testamentsvollstreckers bedienen.

Für das in einer letztwilligen Verfügung enthaltene Stiftungsgeschäft sind die einschlägigen erbrechtlichen Vorschriften maßgeblich, insbesondere ist den Formerfordernissen für Testament und Erbvertrag Rechnung zu tragen. Auch bei der Errichtung von Todes wegen ist eine Beendigung (durch die Erben) in Form von Kündigung oder Widerruf gesetzlich nicht vorgesehen. Zu beachten sind jedoch Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche der Abkömmlinge, des Ehegatten und auch der Eltern des Erblassers (§§ 2303, 2325 BGB).

Anzuraten ist daher im Vorfeld eine Verständigung mit möglichen Berechtigten, verbunden mit dem Abschluss von Verzichtsverträgen.

IV. Steuerbefreiung der unselbständigen Stiftung

Mit einer unselbständigen Stiftung werden oftmals gemeinnützige oder mildtätige Zwecke im Sinne der Abgabenordnung (§§ 51 ff. AO) verfolgt. Von entscheidender Bedeutung ist dabei, dass die unselbständige Stiftung genauso wie ihre „große Schwester“ als Körperschaft (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG) von Ertragsteuern sowie der Erbschaft- und Schenkungsteuer befreit werden kann.

Die erforderlichen Voraussetzungen sind in den §§ 51 ff. AO normiert. Insbesondere werden hier strenge Anforderungen an die tatsächliche Geschäftsführung (§ 63 AO) sowie die Satzung (§ 60 AO) der Körperschaft gestellt. Diese muss neben einer exakten Definition der verfolgten Zwecke auch eine dauerhafte Bindung des zu übertragenden Vermögens an steuerbegünstigte Zwecke über eine mögliche Beendigung der Körperschaft hinaus sicherstellen (§ 61 AO). Der Satzung

muss daher der Name der Körperschaft zu entnehmen sein, die das Vermögen bei Auflösung, Aufhebung oder bei Wegfall des steuerbegünstigten Zwecks zur weiteren Verwendung für steuerbegünstigte Zwecke erhalten soll.

Der Aspekt der dauerhaften Vermögensbindung ist somit bei der steuerbefreiten unselbständigen Stiftung das zentrale Merkmal.

V. Erlaubnispflicht nach dem KWG bei der Verwaltung von Treuhandstiftungen

Nach dem KWG (§ 32) besteht grundsätzlich eine Erlaubnispflicht der BaFin, soweit gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betrieben oder Finanzdienstleistungen erbracht werden. Was im Einzelnen unter „Bankgeschäften“ und „Finanzdienstleistungen“ zu verstehen ist, wird im KWG legaldefiniert (§ 1 Abs. 1 Satz 2 und § 1 Abs. 1 a Satz 2 KWG).

Wird ein Bankgeschäft oder eine Finanzdienstleistung ohne die nach dem KWG erforderliche Erlaubnis betrieben, drohen strafrechtliche, zivilrechtliche sowie gemeinnützigkeits- und steuerrechtliche Konsequenzen.

1. Erlaubnisfreiheit bei den typischen Fällen der Treuhandstiftung

Wie bereits kurz erläutert, hat die BaFin mit Schreiben vom 9. 6. 2011 zu der eingangs dargestellten Rechtsfrage, ob auch die Verwaltung von Treuhandstiftungen einer bankenrechtlichen Erlaubnis bedarf, klar Stellung bezogen und in den typischen Fällen eine Erlaubnispflicht verneint.

a) Verwaltung durch rechtsfähige Stiftung

Als typischen und somit erlaubnisfreien Fall sieht die BaFin folgende Konstellation an: Die Person des Stifters errichtet aufgrund der erleichterten Voraussetzungen eine unselbständige, d. h. nicht rechtsfähige Stiftung. Zur Verwaltung der Stiftung schließt der Stifter mit einem Treuhänder, der in der Regel selbst eine rechtsfähige Stiftung ist, einen Treuhandvertrag ab. Gegenstand dieses Treuhandvertrages ist neben der Verwaltung auch die Übertragung des Stiftungsvermögens an den Treuhänder als Träger der Stiftung.

b) Endgültige Aussonderung durch fehlende Rückzahlungsverpflichtung

Für eine erlaubnisfreie Tätigkeit ist nach der BaFin entscheidend, dass der Treuhänder nicht zur Rückzahlung des treuhänderisch verwalteten Stiftungsvermögens verpflichtet ist.

Zudem ist eine Treuhandstiftung dahingehend auszugestalten, dass eine endgültige Aussonderung des Stiftungsvermögens aus dem Vermögen des Stifters, d. h. eine „Zweckbindung des Vermögens auf Dauer“ erfolgt. Ist dieses Kriterium der endgültigen Aussonderung des Stiftungsvermögens gewahrt, ist auch die Investition in Wertpapiere und andere Finanzinstrumente unschädlich und es besteht keine Erlaubnispflicht nach dem KWG.

c) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann man feststellen, dass die Treuhandstiftung in den typischen Fällen aufgrund der gesetzlichen Lage, der konkreten Ausgestaltung des Treuhandvertrages oder der erbrechtlichen Gestaltung keine Rückzahlungsverpflichtung des Treuhänders in Bezug auf das Stiftungsvermögen begründet, vgl. Abschnitt III. „Errichtung der unselbständigen Stiftung“.

Aufgrund dieser fehlenden Rückzahlungsansprüche des Stifters oder seiner Erben wird eine „endgültige Aussonderung des Stiftungsvermögen aus dem Vermögen des Stifters im Rahmen der Zweckbindung auf Dauer“ gewährleistet und dadurch die von der BaFin aufgestellten Kriterien an eine erlaubnisfreie Tätigkeit der Treuhandstiftung erfüllt.

2. Erlaubnispflicht bei den atypischen Fällen der Treuhandstiftung

Nach Aussage der BaFin werde sich eine Erlaubnispflicht (§ 32 KWG) der Verwaltung von Treuhandstiftungen nur in den atypisch gelagerten Fällen ergeben. Welche konkrete Sachverhaltskonstellation unter einem atypisch gelagerten Fall zu verstehen ist, lässt die BaFin in ihrem Schreiben vom 9. 6. 2011 – mit einem Hinweis auf eine bisher nicht nennenswerte Anzahl von Anfragen – bewusst offen.

a) Keine endgültige Aussonderung durch Rückzahlungsverpflichtung

In Abgrenzung zu den von der BaFin entwickelten Grundsätzen für die typischen Fälle der Treuhandstiftung kommt ein atypischer Fall nur in Betracht, wenn eine Verpflichtung des Treuhänders zur Rückzahlung des Stiftungsvermögens besteht und dadurch gerade keine endgültige Aussonderung des Stiftungsvermögens aus dem Vermögen des Stifters erfolgen kann.

Als Beispiel wird hierfür in der Literatur insbesondere die unselbständige Familienstiftung, ggf. sogar in der Ausgestaltung als Verbrauchsstiftung, angeführt.

aa) Familienstiftung

Bei einer Familienstiftung handelt es sich nicht um eine besondere Rechtsform der Stiftung, sondern lediglich um eine Anwendungsform (vgl. Pöllath/Richter in Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechtshandbuch, § 13 Rn. 1 m. w. N.). Die Familienstiftung ist somit sowohl als rechtsfähige wie auch als unselbständige Stiftung ausgestaltbar.

Das BGB selbst enthält keine allgemeinverbindliche Legaldefinition der Familienstiftung, jedoch finden sich in zahlreichen Landesstiftungsgesetzen Definitionen, die sich lediglich geringfügig voneinander unterscheiden. Abgestellt wird dabei auf die Bezugs- und Anfallberechtigung in Bezug auf das Stiftungsvermögen und seine Erträge. Danach sind Familienstiftungen Stiftungen, die nach dem Stiftungszweck ganz oder überwiegend dem Wohl einer oder mehrerer bestimmter Familien dienen (vgl. bspw. § 17 StiftG Bremen).

Die Zulässigkeit der (rechtsfähigen) Familienstiftung war in der Vergangenheit umstritten. Spätestens jedoch mit der Neufassung der §§ 80 ff. BGB durch das „Gesetz zur Moder-

nisierung des Stiftungsrechts“ vom 15. 7. 2002 (BGBl 2002 I S. 2634) gilt sie als mit dem Grundsatz der gemeinwohlkonformen Allzweckstiftung (§ 80 Abs. 2 BGB) vereinbar.

Im Gegensatz zu steuerbegünstigten Stiftungen werden nicht gemeinnützige, sondern privatnützige Ziele verfolgt. Die Vermögensbindungsvorschriften der Abgabenordnung sind daher nicht einschlägig, vgl. Abschnitt IV. „Steuerbefreiung der unselbständigen Stiftung“.

bb) Verbrauchsstiftung

Eine Verbrauchsstiftung kennzeichnet sich dadurch, dass in Abweichung vom Grundsatz der Erhaltung des Stiftungsvermögens zur Zweckerfüllung nicht nur die Erträge, sondern auch das Stiftungsvermögen selbst verwendet wird. Zulässig ist dies nur, soweit die Satzung für diese Konstellation eine Ausnahme enthält oder der Stifterwille anders nicht zu verwirklichen ist (vgl. v. Hof in Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechtshandbuch, § 9 Rn. 60 m. w. N.).

cc) Stiftung auf Zeit

Zu unterscheiden ist die Verbrauchsstiftung von der sog. „Stiftung auf Zeit“, bei der der Stifter einen Zweck in der Stiftungssatzung bestimmt, der zeitlich limitiert ist (vgl. Suerbaum in Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli, Stiftungsrecht, S. 208 Rz. 122 m. w. N.).

Bei der Verbrauchsstiftung hingegen bleibt der Stiftungszweck erfüllbar. Dessen Verwirklichung soll jedoch durch die bewusst getroffene Entscheidung des Stifters bei Errichtung mit dem vollständigen Verbrauch des Stiftungsvermögens enden (vgl. Suerbaum in Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli, Stiftungsrecht, S. 209 Rz. 123 m. w. N.).

Die Kombination beider Gestaltungsformen führt somit zu einem Vertragswerk, dass von Anfang an auf den Verbrauch des Stiftungsvermögens zu Gunsten des Stifters und seiner Familie ausgelegt ist.

b) Mögliche genehmigungspflichtige Handlungen des Stiftungsträgers

Liegt ein solcher atypischer Fall in der Praxis vor, ist als nächster Punkt zu klären, welche Handlungen des Stiftungsträgers einer unselbständigen Stiftung überhaupt relevant sein könnten. In Betracht kommen die Annahme sowie die Anlage und Verwaltung des Stiftungsvermögens durch den Stiftungstreuhand.

aa) Annahme des Stiftungsvermögens durch den Treuhänder

Besteht das Stiftungsvermögen überwiegend aus Geld, könnte die Annahme dieser Gelder durch den Treuhänder ein erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft darstellen (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG).

Unter einem Einlagengeschäft versteht man die Annahme fremder Gelder als Einlagen oder anderer rückzahlbarer Gelder des Publikums, sofern der Rückzahlungsanspruch nicht in Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen verbrieft wird (Legaldefinition in § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG).

Voraussetzung für die Annahme eines Einlagengeschäftes ist, dass dem Einlegenden ein Anspruch auf Rückzahlung der

Einlage zusteht, der bereits bei der Annahme der Gelder vereinbart wurde und nicht erst durch die Rückabwicklung des Vertrages entsteht (vgl. BaFin-Merkblatt – Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts, vom 4. 8. 2011, abrufbar unter www.bafin.de).

Bei einer Treuhandstiftung könnte ein Rückzahlungsanspruch des Stifters nur bestehen, wenn dieser bei der Errichtung der Stiftung im Treuhandvertrag oder aufgrund der erbrechtlichen Gestaltung ausdrücklich vereinbart wurde. Denkbar wäre diese Konstellation, wie bereits erläutert, bei einer Familienstiftung, die als Verbrauchsstiftung konzipiert ist. Somit könnte bereits die Annahme des Stiftungsvermögens durch den Treuhänder – soweit ein Rückzahlungsanspruch des Stifters bereits bei der Stiftungerrichtung vereinbart wurde – als erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft einzustufen sein.

bb) Anlage und Verwaltung des Stiftungsvermögens durch den Treuhänder

Investiert der Treuhänder im Rahmen der Anlage und Verwaltung des Stiftungsvermögens in Wertpapiere oder andere Finanzinstrumente, kommen als erlaubnispflichtige Tatbestände sowohl das Finanzkommissionsgeschäft (Bankgeschäft nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG) als auch die Finanzportfolioverwaltung (Finanzdienstleistung nach § 1 Abs. 1 a Satz 2 Nr. 3 KWG) in Betracht.

Finanzinstrumente

Der Begriff der Finanzinstrumente umfasst nach der Legaldefinition (§ 1 Abs. 11 KWG) insbesondere

- ▶ handelbare Wertpapiere,
- ▶ Vermögensanlagen (§ 1 Abs. 2 des VermAnlG) mit Ausnahme von Anteilen an einer Genossenschaft,
- ▶ Geldmarktinstrumente,
- ▶ Devisen oder Rechnungseinheiten sowie
- ▶ Derivate.

Wertpapiere

Der Begriff Wertpapiere beinhaltet u. a. Aktien und Anteile an Investmentvermögen, die von einer Kapitalanlagegesellschaft oder einer ausländischen Investmentgesellschaft ausgegeben werden (§ 1 Abs. 11 Satz 2 KWG).

Finanzkommissionsgeschäft

Unter einem Finanzkommissionsgeschäft versteht man die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten für fremde Rechnung im eigenen Namen.

Dabei setzt das Merkmal „für fremde Rechnung“ voraus, dass die Vor- und Nachteile aus diesem Geschäft unmittelbar den Auftraggeber treffen (vgl. BaFin-Merkblatt, Hinweise zum Tatbestand des Finanzkommissionsgeschäfts, vom 21. 9. 2012, abrufbar unter: www.bafin.de).

Im Gegensatz zu den typischen Fällen der Treuhandstiftung, bei denen die wirtschaftlichen Vor- und Nachteile ausschließlich den Träger der unselbständigen Stiftung treffen, richten sich diese in den atypischen Fällen mangels Aussonderung des Stiftungsvermögens unmittelbar an den Stifter der Treuhandstiftung. Demnach ist das Merkmal „für fremde Rechnung“ in den atypischen Fällen der Treuhandstiftung erfüllt.

Als weiteres Merkmal setzt der Tatbestand des Finanzkommissionsgeschäfts voraus, dass die Anschaffung und Veräußerung im eigenen Namen erfolgt. Davon ist nicht auszugehen, soweit derjenige, der die Anschaffung oder die Veräußerung tätigt, in offener Stellvertretung für einen anderen, d. h. im fremden Namen handelt (vgl. BaFin-Merkblatt, Hinweise zum Tatbestand des Finanzkommissionsgeschäfts, vom 21. 9. 2012, abrufbar unter: www.bafin.de).

Da die Treuhandstiftung selbst nicht rechtsfähig ist, scheidet ein Handeln in ihrem Namen aus. In Betracht kommt allerdings, dass der Träger der unselbständigen Stiftung in offener Stellvertretung für den Stifter in Wertpapiere investiert und somit in dessen Namen, d. h. im fremden Namen, handelt. In diesem Fall liegt kein erlaubnispflichtiges Finanzkommissionsgeschäft vor, insbesondere da es an einem Handeln im eigenen Namen fehlt. Handelt der Stiftungstreuhandler allerdings im eigenen Namen, ist Vorsicht geboten und eine Erlaubnispflicht möglich.

Praxishinweis ▶ Es empfiehlt sich daher in atypischen Fällen, ein Handeln im eigenen Namen des Stiftungstreuhandlers bei der Investition des Stiftungsvermögens in Wertpapiere zu vermeiden. In Zweifelsfällen sollte diese Rechtsfrage durch eine entsprechende Anfrage bei der BaFin geklärt werden.

Finanzportfolioverwaltung

Weiterhin könnte die Anlage des Stiftungsvermögens als erlaubnispflichtige Finanzportfolioverwaltung einzustufen sein.

Der Gesetzgeber versteht unter der Finanzportfolioverwaltung die Verwaltung einzelner in Finanzinstrumenten angelegter Vermögen für andere mit Entscheidungsspielraum (§ 1 Abs. 1 a Satz 2 Nr. 3 KWG). Soweit der Stiftungstreuhandler das Stiftungsvermögen in den atypisch gelagerten Fällen im Rahmen der Vermögensanlage und -verwaltung in Finanzinstrumente investiert, sind die Merkmale „Verwaltung einzelner Vermögen“ und „in Finanzinstrumente angelegt“, erfüllt.

Als zentrales Merkmal setzt der Tatbestand der Finanzportfolioverwaltung ein **Handeln „für andere“** voraus. Dieses Merkmal dient insbesondere dazu, die Finanzportfolioverwaltung als erlaubnispflichtige Dienstleistung von der erlaubnisfreien eigenen Vermögensverwaltung abgrenzen zu können. Das Merkmal „für andere“ ist als ein Handeln im fremden Namen zu verstehen und bereits bei jeder Form der Verwaltung für andere erfüllt.

Indem dem Stifter der unselbständigen Stiftung in den atypischen Fällen ein Rückzahlungsanspruch gegenüber dem Treuhänder zusteht, wird der Stiftungstreuhandler mit der Verwaltung des Stiftungsvermögens für den Stifter tätig. Im Gegensatz zu den typischen Fällen der unselbständigen Stiftung, bei denen aufgrund der dauerhaften Vermögensaussonderung kein fremder Dritter existiert, für den die erlaubnispflichtigen Dienstleistungen erbracht werden, ist bei den atypischen Fällen regelmäßig ein Handeln im fremden Namen zu bejahen.

Der Tatbestand der Finanzportfolioverwaltung setzt als letztes Merkmal voraus, dass dem Vermögensverwalter ein **Entscheidungsspielraum** zusteht. Ein Entscheidungsspielraum besteht, soweit die Anlageentscheidungen des Vermögensverwalters nicht unter einem grundsätzlichen Zustimmungsvorbehalt des Vermögensinhabers stehen (vgl. BaFin-Merkblatt, Hinweise zum Tatbestand der Finanzportfolioverwaltung, vom 2. 8. 2012, abrufbar unter www.bafin.de).

Für die atypischen Fälle der unselbständigen Stiftung kommt es demnach maßgeblich darauf an, ob der Stiftungstreuhandler seine Anlageentscheidungen in Bezug auf das Stiftungsvermögen ohne eine Zustimmung des Stifters treffen kann. Soweit dies der Fall ist, könnte die Investition des Stiftungsvermögens in Finanzinstrumenten in den atypischen Fällen der Treuhandstiftung als erlaubnispflichtige Finanzportfolioverwaltung zu werten sein.

Bis zu einer klärenden Stellungnahme der BaFin zu den atypischen Fällen der Treuhandstiftung sollte im Einzelfall eine Klärung des jeweiligen Sachverhaltes mit der BaFin erfolgen.

Das Schaubild kann in der iPad-Version und in der NWB Datenbank in einer animierten Ansicht aufgerufen werden.



FAZIT

Abhängig von der jeweiligen Ausgestaltung der unselbständigen Stiftung kommt in Fallkonstellationen, in denen eine Verpflichtung des Treuhänders zur Rückzahlung des Stiftungsvermögens besteht und dadurch keine endgültige Aussonderung des Stiftungsvermögens aus dem Vermögen des Stifters erfolgt, eine Erlaubnispflicht der Verwaltung durch den Stiftungstreuhandler durchaus in Betracht. Insoweit hat das BaFin-Schreiben aus dem Jahr 2011 zu keiner abschließenden Klärung aller noch offenen Fragen geführt. Insbesondere Treuhändern von nicht steuerbefreiten unselbständigen Stiftungen muss geraten werden, die mit dem Treugeber geschlossenen Verträge im Hinblick auf die von der BaFin aufgestellten Kriterien einer kritischen Würdigung zu unterziehen.

In unklaren Fällen ist zu empfehlen, eine Anfrage zur rechtlichen Beurteilung des Sachverhaltes an die BaFin zu stellen, um auf der (rechts-) sicheren Seite zu sein.

AUTOREN



Anke Katrin Louis LL.M.oec,
ist Rechtsanwältin bei der Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft optegra:hkl GmbH & Co KG in München. Ihr anwaltlicher Schwerpunkt liegt in der steuer- und gesellschaftsrechtlichen Beratung von geschlossenen Fonds, Private Placements und Family Offices. Sie ist ebenso tätig als Verfasserin von Fachbeiträgen zu diesen und weiteren Themen.



Thomas Müller,
ist Steuerberater bei der Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft optegra:hkl GmbH & Co KG in München. Seine Tätigkeitsschwerpunkte sind die Vermögens- und Unternehmensnachfolgestaltung sowie die Beratung gemeinnütziger Körperschaften. Er ist ebenso tätig als Verfasser von Fachbeiträgen zu diesen Themen.