

**3. JUNI 2020**

Ihre Ansprechpartner:

Dr. Andreas Böhme  
+49 69 257 811 025  
[aboehme@kslaw.com](mailto:aboehme@kslaw.com)

Florian Geuder  
+49 69 257 811 029  
[fgeuder@kslaw.com](mailto:fgeuder@kslaw.com)

---

**King & Spalding**

Frankfurt  
TaunusTurm  
Taunustor 1  
60310 Frankfurt am Main  
Tel: +49 69 257 811 000

## Garantiert aufgehoben? Neues BaFin-Merkblatt befeuert die Diskussion um das „Garantieverbot“

---

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) hat am 4. März 2020 ein neues Merkblatt mit Hinweisen zum Tatbestand des Garantiegeschäfts nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 Kreditwesengesetz (KWG) veröffentlicht, welches das bisher bestehende Merkblatt (erste Fassung aus dem Jahr 2009) ersetzt. Das neue Merkblatt enthält nun ausführlichere Erläuterungen zu den Tatbestandsmerkmalen des Garantiegeschäfts und verschiedene Klarstellungen. Darüber hinaus hat es aber auch weitreichende Auswirkungen auf die nun schon seit mehr als zwei Jahren schwelende Diskussion über das Bestehen eines investmentrechtlichen „Garantieverbots“.

### FORMEN DES GARANTIEGESCHÄFTS

Ausgangspunkt der Erläuterungen der BaFin bleibt weiterhin, dass derjenige, der in einem Dreipersonenverhältnis gegenüber einer der Vertragsparteien eines Geschäftes dafür einsteht, dass die andere Vertragspartei ihren vertraglichen Verpflichtungen nachkommt, das besondere Vertrauen des Rechtsverkehrs genießen muss. Eine solche Verlässlichkeit liegt bei staatlich beaufsichtigten Banken vor, die das Garantiegeschäft als Bankgeschäft nach § 1 Absatz 1 Satz 2 Nr. 8 KWG betreiben, da durch die Aufsicht sichergestellt werden kann, dass der Gewährleistende dafür vorsorgt, eine mögliche Inanspruchnahme auch bedienen zu können. Die rechtliche Ausgestaltung des Gewährleistungsverhältnisses kann entsprechend des Gesetzeswortlauts durch Bürgschaften, Garantien oder durch sonstige Gewährleistungen erfolgen.

Gemeinsam haben alle diese Formen der Gewährleistung, dass sie für andere erbracht werden müssen, was sich bei der Bürgschaft aus deren gesetzlicher Ausgestaltung selbst ergibt, im Übrigen jedoch jedenfalls aus dem Wortlaut der Definition des Garantiegeschäfts. So unterfallen trotz deren Bezeichnung solche Garantien, bei denen ein Drittbezug fehlt, nicht dem Anwendungsbereich des Garantiegeschäfts. Als Beispiele für eine solche Garantie können die sowohl in der alten als auch in der aktuellen

Fassung des Merkblattes genannten reinen Produktgarantien oder aber auch die Garantie bei der Auflage eines Immobilienfonds für die Vermietbarkeit der Immobilien darstellen. Gleiches gilt dann auch für Beschaffenheitsgarantien in z.B. Kaufverträgen gegenüber einem Käufer oder in Darlehensverträgen gegenüber der Bank. Solche „Garantien“ für eigene Verpflichtungen sind keine Garantien im Sinne des Garantiegeschäfts.

Darüber hinaus ist auch anerkannt, dass nicht jeder Drittbezug der Gewährleistung automatisch dazu führt, dass diese für einen anderen im Sinne der Definition des Garantiegeschäfts erfolgt. Eine solche Konstellation kann dann vorliegen, wenn der Gewährleistende ein derartig starkes Interesse an dem Grundgeschäft hat, dass er auch ohne weitere Gegenleistung bereit ist, für dieses einzustehen. Hier stellt das erneuerte Merkblatt auf drei Fallgruppen ab, die es auch anschließend näher definiert.

### KEIN GARANTIEGESCHÄFT BEI KONZERNSACHVERHALTEN

Besonders relevant für die Immobilienwirtschaft und die Fondsindustrie ist dabei die erste Fallgruppe, die schon im alten Merkblatt angesprochen wurde, und im neuen Merkblatt deutlich ausführlicher dargestellt wird: die Abgabe von Garantien für konzernangehörige Unternehmen. Was genau die BaFin unter konzernangehörigen Unternehmen versteht, wird im Merkblatt nicht weiter ausgeführt, es ist jedoch davon auszugehen, dass damit die Definitionen und Vermutungsregeln nach Aktienrecht (§§ 18, 17 AktG) angesprochen sind. Von einer KVG für Rechnung eines Sondervermögens zu 100% oder zumindest in Mehrheitsbeteiligung gehaltene Immobilien-Gesellschaften werden diese Anforderungen praktisch immer erfüllen und sind damit konzernangehörige Unternehmen im Sinne des Merkblattes. Die Abgabe einer Garantie durch die KVG an einen Dritten zur Besicherung einer Verbindlichkeit einer solchen Immobilien-Gesellschaft stellt damit kein Garantiegeschäft nach KWG dar und bedarf somit keiner Erlaubnis.

Das war im Prinzip schon nach dem bisherigen Merkblatt die anwendbare Verwaltungspraxis, jedoch werden diese Grundsätze im neuen Merkblatt ausdrücklich bestätigt und in deutlich größerer Detailtiefe herausgearbeitet.

### BEDEUTUNG DES MERKBLATTES FÜR DIE DISKUSSION ZUM „GARANTIEVERBOT“

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie diese nunmehr erneut bestätigte Verwaltungspraxis mit dem sogenannten „Garantieverbot“ für Kapitalverwaltungsgesellschaften in Übereinstimmung zu bringen ist.

Zur Erinnerung: Das früher in § 93 Abs. 4 KAGB a.F. geregelte Verbot für Kapitalverwaltungsgesellschaften, für gemeinschaftliche Rechnung der Anleger Verpflichtungen aus einem Bürgschafts- oder einem Garantievertrag einzugehen, wurde 2016 für AIF durch das OGAW-V-Umsetzungsgesetz aufgehoben, nach § 20 Abs. 8 KAGB verschoben und auf OGAW beschränkt. Nichtsdestotrotz hat das BaFin-Referat WA 42 in einer Email an den BVI vom 20. Februar 2018 die Meinung kundgetan, an dem Garantieverbot auch für AIF festhalten zu wollen.

Die Ansicht des WA 42 hat noch nie überzeugt. Der Gesetzgeber hat in der Gesetzesbegründung zum OGAW-V-Umsetzungsgesetz zur Reichweite des Verbots reflektiert und bewusst eine Beschränkung auf OGAW angeordnet:

*„Der neue Absatz 8 übernimmt die Regelung des aufgehobenen § 93 Absatz 4 zum Verbot der Darlehensvergabe und der Bürgschaft und dehnt dessen Anwendungsbereich entsprechend der Vorgabe des Artikels 88 Absatz 1 der Richtlinie 2009/65/EG über OGAW-Sondervermögen auf alle OGAW aus.“*

Ihm hier ein Redaktionsversehen zu unterstellen, ist vor dem Hintergrund dieser Gesetzesbegründung ausgeschlossen.

Die Sichtweise des WA 42 widerspricht darüber hinaus auch der Auslegungsentscheidung der BaFin „Änderung der Verwaltungspraxis zur Vergabe von Darlehen usw. für Rechnung des Investmentvermögens“ vom 12. Mai 2015, in der es auf S. 5 unten heißt:

„[Das Verbot des § 93 Abs. 4 KAGB] ist auf Art. 88 Abs. 1 der OGAW-Richtlinie zurückzuführen und ist bei europarechtskonformer Auslegung dahingehend auszulegen, dass das Verbot nur für OGAW in der Rechtsform eines Sondervermögens, nicht jedoch für AIF gilt.“

### EMAIL DES WA 42 WIRD DURCH NEUES MERKBLATT OBSOLET

Ansatzpunkt der Email des WA 42 ist eine Bezugnahme auf das Garantiegeschäft nach § 1 Abs. 1 Nr. 8 KWG, also genau das Garantiegeschäft, das auch Gegenstand des neuen Merkblattes ist. Dieses dürfe eine KVG nicht betreiben. Begründet wird das hauptsächlich mit einem Vergleich mit den Regelungen zu Gesellschafterdarlehen nach § 240 KAGB. Abgesehen davon, dass die Vorschrift des § 240 KAGB selbst an schwerwiegenden Mängeln leidet und aufgehoben oder doch jedenfalls umfassend überarbeitet werden sollte (siehe dazu schon [§ 240 KAGB und kein Ende: Die Binnenfinanzierung von Immobilienfonds](#) in *Immobilienkapitalmarkt 2017*), verbietet § 240 KAGB Gesellschafterdarlehen allerdings gar nicht ausnahmslos, sondern stellt dafür nur bestimmte Bedingungen auf. Davon aber unabhängig: Wenn aufgrund der Ausführungen im BaFin-Merkblatt zum Garantiegeschäft bei der Abgabe von Garantien für in Mehrheitsbeteiligung gehaltene Immobilien-Gesellschaften ein Garantiegeschäft gar nicht vorliegt, weil es an dem für das Garantiegeschäft notwendigen Merkmal eines Handelns „für andere“ fehlt, dann kommt es auf diese Diskussion und alle anderen Punkte in der Email des WA 42 gar nicht mehr an, denn es fehlt schon an der in der Email aufgestellten Voraussetzung für die Ausführungen des WA 42, nämlich des Betreibens des Garantiegeschäfts durch die KVG. Betreibt die KVG dagegen gar nicht das Garantiegeschäft, werden die weiteren Ausführungen in der Email hinfällig. Die Email des WA 42 steht damit der Abgabe solcher Garantien nicht entgegen.

Der Wortlaut des Gesetzes ist eindeutig: Das Garantieverbot gilt nur für OGAW, nicht für AIF. Der Wille des Gesetzgebers ist durch die vorgenannte Gesetzesbegründung ebenfalls eindeutig manifestiert: Der Gesetzgeber wollte es genau so. Die BaFin hat sich selbst in einem offiziellen Rundschreiben (Auslegungsentscheidung zur Änderung der Verwaltungspraxis zur Vergabe von Darlehen) ebenfalls eindeutig dahingehend geäußert, dass das Garantieverbot schon immer nur für OGAW galt.

Dem steht entgegen eine einzige, nicht veröffentlichte, Email eines einzelnen Referats, adressiert (nur) an einen Verband, und nicht etwa an die Allgemeinheit. Im neuen, zeitlich nachfolgenden und offiziellen Merkblatt der BaFin zum Garantiegeschäft stellt die BaFin nun aber klar, dass ein erlaubnispflichtiges Garantiegeschäft im Sinne der Email des WA 42 bei einer Abgabe zugunsten einer konzernangehörigen Gesellschaft gar nicht vorliegt. Welche normative oder quasi-normative Kraft die Email des WA 42 jemals hatte (bei richtiger Betrachtung: keine), das Merkblatt zum Garantiegeschäft hat diese nun jedenfalls zerstört.

Es gilt damit allein die Gesetzeslage (eigentlich eine Selbstverständlichkeit; erstaunlich, dass man das extra betonen muss): Die Garantievergabe durch Kapitalverwaltungsgesellschaften beurteilt sich allein nach § 1 Abs. 1 Nr. 8 KWG und ist nach Maßgabe des BaFin-Merkblattes (im Regelfall) zugunsten von in Mehrheitsbeteiligung gehaltener Immobilien-Gesellschaften zulässig.

### WEITERE FALLGRUPPEN, IN DENEN DAS MERKMAL „FÜR ANDERE“ ENTFÄLLT

Das Merkblatt benennt darüber hinaus zwei weitere Fallgruppen, in denen das Merkmal der Abgabe der Garantie „für andere“ ebenfalls entfällt.

Die zweite Fallgruppe, bei der demnach kein Garantiegeschäft vorliegen soll, stellt der Fall eines engen wirtschaftlichen Zusammenhanges zwischen Grund- und Garantiegeschäft dar. Eine solche Situation kann bei dem Verkauf von Forderungen eintreten, wenn der Verkäufer in einem bestimmten Umfang einer Ausfallhaftung zustimmt.

Hier liegt dann wirtschaftlich betrachtet keine Übernahme eines fremden Risikos vor, sondern lediglich das teilweise Festhalten an einem bereits zuvor bestehenden Risiko. Ebenso kann ein solch enger Zusammenhang von Garantie und Grundgeschäft gegeben sein, wenn Haftungsversprechen zur Befriedigung eigener Ansprüche gegeben werden, wie es etwa bei einem Kfz-Händler der Fall ist, wenn dieser gegenüber der Bank für den zur Bezahlung des Fahrzeugs aufgenommenen Kredit bürgt. Die Ausführungen an dieser Stelle sind ausführlicher ausgestaltet als in dem Merkblatt aus dem Jahr 2009, welches die Thematik vornehmlich unter dem Gesichtspunkt der Absatzfinanzierung und am Beispiel des Teilzahlungshändlers thematisierte. Zugleich werden nun auch ausführlicher die Grenzen dieser Fallgruppe aufgezeigt. Insbesondere wird nun klargestellt, dass ein Garantiegeschäft nicht durch jedes entferntere oder nur mittelbare Interesse ausgeschlossen ist. Explizit soll somit auch die Bürgschaft eines Baumateriallieferanten für die Verbindlichkeiten des Bauherren gegenüber den Bauhandwerkern nicht vom Tatbestand des Garantiegeschäfts ausgeschlossen sein, da hier das Interesse an der Sicherung der Absatzmöglichkeiten des Baumateriallieferanten zu fernliegend sei. Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob eine derart pauschale Einordnung der Situation als Garantiegeschäft gerechtfertigt ist. Stattdessen sollten auch hier die allgemeinen Grundsätze zum Eigeninteresse an dem Grundgeschäft Anwendung finden. So sind gerade bei sehr großen oder spezialisierten Bauprojekten durchaus Situationen denkbar, in denen das Interesse des Baustofflieferanten an der Projektfortführung und den damit verbundenen Absatzmöglichkeiten nicht mehr nur als fernliegend betrachtet werden kann.

Die dritte im neuen Merkblatt beschriebene Fallgruppe bezieht sich ebenfalls auf Lieferantenbeziehungen. Demnach sollen Bürgschaften eines Unternehmers an spezialisierte Zulieferer, um die Lieferkette aufrecht erhalten zu können, sofern diese unentgeltlich erfolgen, nicht unter den Begriff des Garantiegeschäfts fallen. Gerade diese Klarstellung in Bezug auf die Aufrechterhaltung vertikaler Wertschöpfungsketten stellt für die BaFin angesichts der aktuellen Wirtschaftssituation eine der Kernaussagen des neuen Merkblattes dar.

Auch im neuen Merkblatt wird weiterhin darauf hingewiesen, dass die Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG nur dann ausgelöst wird, wenn das Geschäft im Inland betrieben wird und bestimmte Materialitätsschwellen überschreitet. Diese Schwellen bestehen entweder in der Gewerbsmäßigkeit oder alternativ im Erfordernis eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs. Für die Bestimmung dieses Erfordernisses haben sich in der Verwaltungspraxis Regelgrenzen herausgebildet, die im neuen Merkblatt weiterhin zugrunde gelegt werden. Die Gewerbsmäßigkeit wird weiter darüber definiert, ob die Tätigkeit auf Dauer angelegt ist und mit der Absicht der Gewinnerzielung verfolgt wird. Hier stellt das neue Merkblatt nun klar, dass diese Absicht auch indirekt bestehen kann, etwa wenn sich der Gewinn planmäßig in einem anderen Segment oder Unternehmen realisiert werden soll. Ebenso wird klargestellt, dass die Vermeidung von Verlusten der Absicht der Gewinnerzielung gleichsteht.

## ZUSAMMENFASSUNG

Das neue Merkblatt der BaFin zum Garantiegeschäft bestätigt die schon zuvor geltende Verwaltungspraxis, dass die Abgabe von Garantien zugunsten von konzernabhängigen Unternehmen kein Garantiegeschäft im Sinne der aufsichtsrechtlichen Regelungen darstellt. Da jedenfalls in Mehrheitsbeteiligung gehaltene Immobilien-Gesellschaften in aller Regel konzernabhängig im Sinne des Merkblattes sind, stellt die Abgabe einer Garantie einer KVG für Rechnung eines AIF für die Verbindlichkeit einer solchen Immobilien-Gesellschaft kein Garantiegeschäft im Sinne des Aufsichtsrechts dar und ist damit zulässig. Die Email des WA 42 an den BVI vom 20. Februar 2018, der schon immer wegen ihres Widerspruches zum Wortlaut des Gesetzes, dem Willen des Gesetzgebers und anderen, offiziellen, BaFin-Verlautbarungen keine normative Bedeutung zukam, ist jedenfalls nunmehr überholt.



---

## ÜBER KING & SPALDING

1885 in Atlanta gegründet, zählt King & Spalding LLP heute zu den führenden internationalen Wirtschaftskanzleien. Mit mehr als 1.100 Rechtsanwälten an 21 Standorten in den Vereinigten Staaten, in Europa, in Asien sowie im Nahen Osten hat die Sozietät Mandate in über 160 Ländern auf sechs Kontinenten betreut. Zu unseren Mandanten, die wir oft seit Jahrzehnten beraten, zählt die Hälfte der 100 größten Unternehmen der Welt (Fortune 100). Weltweit liegen die strategischen Schwerpunkte der Kanzlei in den Bereichen Financial Institutions, Global Disputes, Energy, Healthcare/Life Sciences, Intellectual Property und Government Investigations. Das deutsche Büro von King & Spalding berät mit kompromisslosem Fokus in den Bereichen Investmentfonds, Immobilienkapitalmarkt, Finanzierung, Prozessvertretung/Schiedsverfahren/Streitbeilegung sowie Life Sciences/Healthcare. Weitere Informationen finden sich auf unserer Webseite unter [www.kslaw.com](http://www.kslaw.com).

Der Inhalt dieses Dokuments ist nicht als Rechtsberatung gedacht und sollte nicht als solche herangezogen werden. Das Dokument dient ausschließlich der allgemeinen Information und dem internen Gebrauch des Empfängers. Das Dokument wurde dennoch mit größtmöglicher Sorgfalt und nach bestem Gewissen erstellt. Alle Angaben erfolgen jedoch ohne Gewähr für ihre Aktualität, Vollständigkeit und Richtigkeit. In einigen Jurisdiktionen kann dies als "Anwaltswerbung" gesehen werden. [Datenschutzrichtlinie](#) ansehen.

ABU DHABI	BRÜSSEL	DUBAI	HOUSTON	MOSKAU	RIYADH	SINGAPUR
ATLANTA	CHARLOTTE	FRANKFURT	LONDON	NEW YORK	SAN FRANCISCO	TOKYO
AUSTIN	CHICAGO	GENF	LOS ANGELES	PARIS	SILICON VALLEY	WASHINGTON, D.C.

---