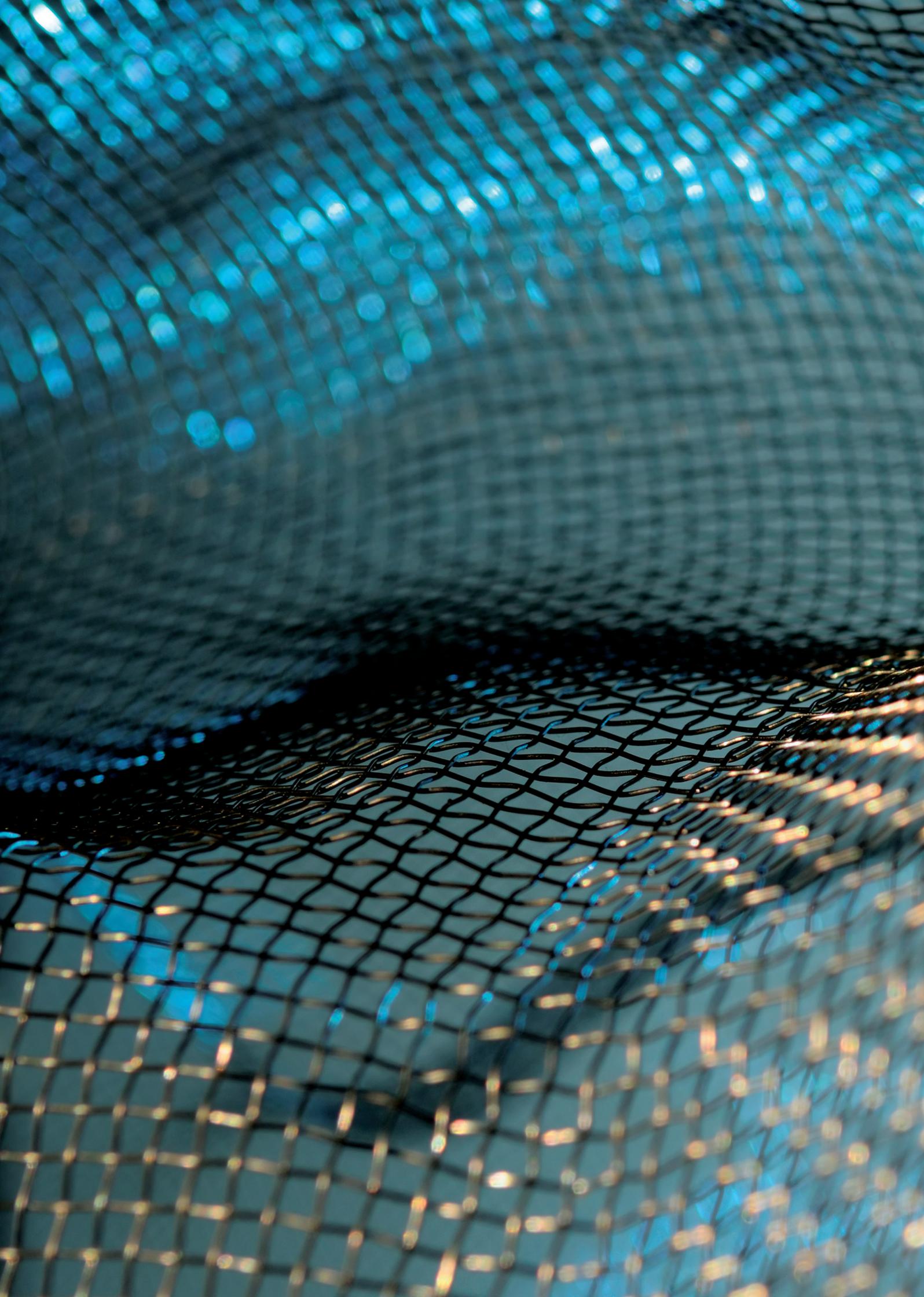


Your World First

C/M/S/

Law.Tax

# Von Bitcoins, Smart Contracts und Zahlungsdiensten – Rechtsrahmen für FinTechs



---

## Inhalt

---

A. Bankaufsichtsrecht	4
B. Datenschutz	8
C. E-Commerce/Wettbewerbsrecht	10
D. IT/IP	13
E. Steuern	15

---

## Einleitung

---

In den letzten Jahren haben viele FinTechs innovative Geschäftsmodelle entwickelt, um die Banken- oder Versicherungsbranche aufzumischen oder zu ergänzen. FinTechs sind junge Unternehmen, die – wie in der Regel alle Start-ups – ihren Schwerpunkt auf die technische Entwicklung ihres Produktes legen. Weniger Beachtung finden die mit der erfolgreichen Aufstellung des Geschäfts-

modells einhergehenden rechtlichen Fragestellungen. Bereits für die Finanzierung, erst recht aber für den dauerhaften Erfolg des FinTechs ist deren umfassende Prüfung wesentlich. Diese Broschüre gibt einen Überblick über besonders wichtige rechtliche Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Gründung und dem Betrieb von FinTechs in Deutschland stellen.

---

## A. Bankaufsichtsrecht

---

- |  |   |
|--|---|
| 1. Ist für die Umsetzung eines FinTech-Geschäftsmodells eine bankaufsichtsrechtliche Erlaubnis – z. B. wegen der Erbringung von Bankgeschäften, Finanzdienstleistungen oder Zahlungsdiensten – erforderlich? | In aller Regel ja! Sobald das FinTech gewerbsmäßig Finanzdienstleistungen oder Zahlungsdienste erbringt oder Bankgeschäfte betreibt, bedarf es der vorherigen Erlaubnis. Zudem ist eine Erlaubnis immer dann nötig, wenn der gesetzliche Tatbestand einer von über 30 im Kreditwesengesetz oder Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz beschriebenen Geschäftstätigkeiten vorliegt.   |
| 2. Wann sollten die regulatorischen Rahmenbedingungen des Geschäftsmodells geprüft werden?   | Ein Erlaubnisverfahren erfordert Zeit und finanzielle Mittel. Da das FinTech die Geschäftstätigkeit erst mit Vorliegen einer ggf. erforderlichen Erlaubnis aufnehmen darf, ist dies unbedingt von Beginn an zu berücksichtigen. Die regulatorischen Rahmenbedingungen geben nicht selten auch die vertragliche Ausgestaltung des Geschäftsmodells vor. Die frühzeitige Befassung mit regulatorischen Themen erspart daher doppelte Arbeit und zusätzliche Kosten.   |
| 3. Gilt die Erlaubnispflicht auch für Start-ups?   | Es gibt keinen „Start-up-Bonus“! In aller Regel ist daher frühzeitig eine Erlaubnis einzuholen (s. o.).   |
| 4. Kann ich die BaFin bitten, mein Geschäftsmodell auf Erlaubnispflicht zu prüfen?   | Grundsätzlich ist dies möglich. Die BaFin prüft jedoch nur konkrete Geschäftsmodelle und hilft nicht bei der Ausgestaltung. Zudem kann die BaFin für eine solche Prüfung eine Verwaltungsgebühr erheben. Bereits die Anfrage an die BaFin sollte daher gut überlegt und vorbereitet sein.   |
| 5. Brauche ich auch dann eine Erlaubnis, wenn ich mit einer Bank oder einem Zahlungsdienstleister kooperiere?  | Eine solche Kooperation kann unter Umständen ausreichen, um eine Erlaubnispflicht zu vermeiden. Gerade in der Anfangsphase eines Start-ups ist die Kooperation mit einer Bank oder einem Zahlungsdienstleister verbreitet. Als FinTech sollte man in diesem Fall bedenken, dass der Kooperationspartner zu einem passen muss und dieser auch Geld verdienen möchte. Noch vor Beginn der Kooperation sollte das FinTech überlegen, ob es eine dauerhafte Kooperation anstrebt oder diese lediglich eine Übergangslösung sein soll. Dies muss das FinTech dann bei der vertraglichen Ausgestaltung der Kooperation, insbesondere auch bei den die Kunden des FinTechs betreffenden Regelungen, berücksichtigen. |
| 6. Kann ich mein Geschäftsmodell ausprobieren und später eine Erlaubnis beantragen?  | Nein. Wenn ein Geschäftsmodell erlaubnispflichtig ist, besteht diese Erlaubnispflicht bereits bei Aufnahme der Geschäftstätigkeit.  |

7. Welche Konsequenzen drohen, wenn ich ohne eine erforderliche Erlaubnis tätig werde?

Die BaFin kann Bußgelder in erheblicher Höhe verhängen sowie die Einstellung und Abwicklung des Geschäftsbetriebes anordnen, wenn ein FinTech ein erlaubnispflichtiges Geschäft ohne erforderliche Erlaubnis betreibt. Daneben können sich die Organe des FinTechs strafbar machen. Bei entsprechenden Vorstrafen ist eine Tätigkeit als Geschäftsleiter oder als Gesellschafter eines Unternehmens mit bankaufsichtsrechtlicher Erlaubnis in aller Regel für die Zukunft ausgeschlossen, da die Betroffenen dann als unzuverlässig und damit ungeeignet gelten.

8. Welche Voraussetzungen müssen für eine erforderliche bankaufsichtsrechtliche Erlaubnis erfüllt sein?

Die Voraussetzungen für die Erlaubnis können sehr unterschiedlich sein, je nachdem welches Geschäftsmodell verfolgt wird und welcher gesetzliche Tatbestand damit erfüllt ist. Grundsätzlich ist bei erlaubnispflichtigen Geschäften ein bestimmtes Eigenkapital vorzuweisen. Außerdem gibt es organisatorische Anforderungen (z. B. geeigneter und zuverlässiger Geschäftsleiter, Geldwäschebeauftragter, Compliance-Beauftragter, Etablierung interner Kontrollmechanismen). Ggf. ist auch eine zusätzliche Versicherung erforderlich (z. B. nach Umsetzung der PSD 2).

Ferner ist bei der BaFin ein umfangreicher Antrag einzureichen. Darin hat das FinTech die Gesellschaft und das Geschäftsmodell darzustellen sowie das Vorliegen der Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis darzulegen.

9. Kann ich eine bestehende Erlaubnispflicht vermeiden, z. B. durch Umgestaltung des Geschäftsmodells?

In manchen Fällen ist es möglich, die Erlaubnispflicht zu vermeiden, indem das FinTech sein Geschäftsmodell umstellt. Allerdings hält die BaFin viele in der Vergangenheit praktizierten Ansätze inzwischen ausdrücklich für unzulässig. Daher ist eine sorgfältige Prüfung erforderlich. Ebenso bedarf es der Analyse, ob das Geschäftsmodell nach einer Umgestaltung überhaupt noch funktioniert.

10. Kann ich mich bei einem Marktplatzmodell auf die sog. Handelsvertreterausnahme berufen?

Die neue Zahlungsdiensterichtlinie (PSD 2) will explizit erschweren, dass sich Marktplatzmodelle auf die sog. Handelsvertreterausnahme berufen. Denn diese Geschäftsmodelle basieren in der Regel nicht darauf, dass das FinTech Verträge abschließt und/oder aushandelt – was für die Handelsvertreterausnahme aber erforderlich wäre. Bei Marktplatzmodellen werden nämlich Verträge vielfach automatisiert und ohne „echte Beteiligung“ des Marktplatzes geschlossen. Somit handelt es sich nicht um einen echten Handelsvertreter. Aus diesem Grund vertritt die BaFin seit einigen Jahren einen sehr restriktiven Standpunkt zur Anwendbarkeit der Handelsvertreterausnahme und hat diesen auch im europäischen Gesetzgebungsverfahren durchgesetzt. Gleichwohl können im Einzelfall tatsächlich die Voraussetzungen der Handelsvertreterausnahme vorliegen. Dies ist sorgfältig zu prüfen.

11. Was ist zu beachten, wenn ich grenzüberschreitend tätig werden möchte?

Grundsätzlich kann jedes Institut mit einer deutschen Erlaubnis entweder als grenzüberschreitender Dienstleister oder über eine Niederlassung in einem anderen EU- bzw. EWR-Staat tätig werden. Die Ausgestaltung dieser Varianten ist unterschiedlich. In beiden Fällen ist ein Notifizierungsverfahren durchzuführen. Der Prozess hierfür ist zwischen den involvierten Aufsichtsbehörden mittlerweile gut eingespielt und läuft in aller Regel problemlos. Bei der Errichtung einer Niederlassung ist zu beachten, dass hier eine handelsrechtliche Eintragung erforderlich sein kann, die zu erlangen sich in der Praxis teilweise schwierig gestaltet. Das ausländische Recht verlangt hier bisweilen Unterlagen, die das deutsche Recht nicht kennt (und umgekehrt).

Wer in Deutschland aufgrund einer Ausnahmebestimmung keine Erlaubnis benötigt, kann sich auf diese Ausnahme im Ausland hingegen nicht berufen.

12. Kann man bei der BaFin eine Ausnahmegenehmigung beantragen?

Grundsätzlich ist eine Ausnahmegenehmigung möglich, wenn die BaFin kein Bedürfnis für eine Aufsicht sieht. In diesem Fall kann sie im Einzelfall ein Unternehmen von der Erlaubnispflicht befreien. Dies geschieht in der Praxis jedoch äußerst selten. Eine Ausnahmegenehmigung ist von dem sog. Negativtestat zu unterscheiden; mit diesem bescheinigt die BaFin, dass eine Tätigkeit nicht erlaubnispflichtig ist.

13. Kann ich mein Geschäftsmodell in einer Friends-and-Family-Phase ohne Erlaubnis testen?

Eine sog. Friends-and-Family-Phase ohne Erlaubnis kennt das deutsche Recht nicht. Es knüpft ausschließlich an die Gewerbsmäßigkeit bzw. das Erfordernis eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetriebs an. Wann diese Voraussetzungen in einer „Testphase“ erreicht werden, hat die BaFin für bestimmte Fälle definiert.

14. Ich kenne einen Wettbewerber mit demselben Geschäftsmodell, der keine Erlaubnis hat. Was bedeutet das für mich?

Nichts. Nur weil ein Wettbewerber möglicherweise gesetzeswidrig handelt, dürfen Sie das nicht auch tun. Zudem ist für Außenstehende oft schwer erkennbar, wie das Geschäftsmodell des Wettbewerbers konkret ausgestaltet ist bzw. ob er in Sachen Erlaubnispflicht möglicherweise eine Lösung gefunden hat und – wenn ja – welche es ist.

15. Kann ich als vertraglich gebundener Vermittler ohne eigene Erlaubnis tätig werden?

Grundsätzlich ist es möglich, als vertraglich gebundener Vermittler (Tied Agent) unter dem Haftungsdach eines regulierten Instituts z. B. bestimmte Finanzdienstleistungen anzubieten. Diese Tätigkeit zeichnet sich dadurch aus, dass der vertraglich gebundene Vermittler ausschließlich im Namen und für Rechnung des regulierten Instituts handelt und somit weisungsgebunden und abhängig von Strategie, Produktauswahl und Marktauftritt sowie weiteren Vorgaben des Haftungsdachs ist. Vertraglich gebundene Vermittler werden in einem Register der BaFin gelistet.

## 16. Was ist bei Bitcoins, Barter-Clubs oder sonstigen digitalen Währungen zu beachten?

Unter virtuellen Währungen werden digitale Abbildungen von Werten verstanden, die nicht von einer Zentralbank oder Behörde geschaffen werden und auch keine Verbindung zu gesetzlichen Zahlungsmitteln haben. Bitcoins oder Lite Coins sind Beispiele für solche virtuellen Währungen. Sie können als Tauschmittel eingesetzt und elektronisch übertragen, verwahrt oder gehandelt werden.

Hinsichtlich der Funktionsweise ist zu differenzieren. Zunächst existieren virtuelle Währungen, die durch ein mathematisches Verfahren innerhalb eines Computernetzwerkes („Mining“) geschaffen werden und in dem sich alle Nutzer grundsätzlich gleichberechtigt gegenüberstehen. Eine zentrale Instanz, die Transaktionen bzw. Guthaben kontrolliert oder verwaltet, gibt es nicht. Solche virtuellen Währungen, zu denen auch Bitcoins zählen, qualifiziert die BaFin als Finanzinstrumente gem. § 1 Abs. 1 Satz 1 KWG. Die bloße Nutzung solcher virtuellen Währungen bedarf keiner Erlaubnis, ebenso wie das Mining oder der Verkauf selbst geschürfter oder erworbener virtueller Währungen. Das Hinzutreten weiterer Umstände im gewerblichen Umgang mit derartigen virtuellen Währungen kann jedoch eine Erlaubnispflicht auslösen.

Anders ist die Rechtslage bei virtuellen Währungen, die von einer zentralen Stelle ausgegeben werden. Diese zentrale Stelle betreibt in der Regel das E-Geld-Geschäft nach § 1 a ZAG.

---

## 17. Gelten die Anforderungen des Geldwäschegesetzes (GwG) auch für FinTechs?

Ja. Eine Sonderregelung für FinTechs gibt es nicht. Die Anforderungen des GwG gelten gleichermaßen für FinTechs und hängen davon ab, welche Leistungen ein FinTech seinen Kunden anbietet. Zum Beispiel sind Kreditinstitute, Finanzdienstleister und Zahlungsinstitute generell zur Identifizierung ihrer Kunden verpflichtet. Dies gilt ebenso für FinTechs, die Leistungen in diesem Bereich anbieten. Auch die Zusammenarbeit mit einem Kooperationspartner führt nicht zum Wegfall dieser Anforderungen. In bestimmten Fällen kann der Kooperationspartner jedoch diese Anforderungen für das FinTech übernehmen.

Weitere Organisationspflichten zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, die auch FinTechs betreffen können, sind in der vierten Europäischen Geldwäscherichtlinie enthalten, die bis Mitte 2017 in nationales deutsches Recht umgesetzt sein muss.

---

## B. Datenschutz

---

### 1. Warum spielen Datenschutz und Datensicherheit bei FinTechs eine besonders große Rolle?

Konto- und Finanzdaten gewähren tiefe Einblicke in die Vermögensverhältnisse und die sozialen Kontakte von Personen. Datenleaks und Datenschutzverstöße können nicht nur Bußgeldverfahren nach sich ziehen, sondern sind aufgrund des gesteigerten Medieninteresses für die Reputation eines jeden FinTechs nachhaltig schädlich. Der damit einhergehende Vertrauensverlust der Kunden lässt sich im Nachhinein kaum ausräumen. Umso mehr ist es bei FinTechs erforderlich, in Fragen der IT-Sicherheit und datenschutzrechtlicher Compliance hohe Maßstäbe anzustreben.

---

### 2. Wann findet das (deutsche) Datenschutzrecht auf FinTechs Anwendung?

Die Anwendung des Datenschutzrechts knüpft an das Erheben, Verarbeiten oder Speichern eines personenbezogenen Datums an. Nur wenn sich das Datum oder die Daten einer natürlichen Person zuordnen lassen, sind die Vorschriften des Datenschutzrechts zu beachten. Insbesondere die Aufsichtsbehörden fassen den Begriff des Personenbezugs aber sehr weit. IP-Adressen, Cookies, Mobile Identifier oder Hashwerte können bereits als personenbezogene Daten gelten. In der Regel findet daher das Datenschutzrecht Anwendung auf FinTechs, die im B2C-Bereich für ihre Kunden Finanz-, Konto- oder Transaktionsdaten verarbeiten oder das Nutzerverhalten auf der Website oder App tracken. Auch bei B2B-Geschäften kann nicht generell ein Personenbezug ausgeschlossen werden. Denn für die Unternehmen handeln hier stets natürliche Personen.

---

### 3. Unterliegen Finanzdaten nach dem Datenschutzrecht einer besonderen Vertraulichkeit?

Finanzdaten sind keine „besonderen Arten“ von Daten, für die grundsätzlich strengere Regelungen gelten. Sonderregelungen zu Finanzdaten und deren Vertraulichkeit sind im Datenschutzrecht daher nur vereinzelt zu finden. Hervorzuheben ist die Pflicht, die Aufsichtsbehörden und Betroffenen unverzüglich zu benachrichtigen, wenn Dritte unrechtmäßig Kenntnis von personenbezogenen Daten zu Bank- oder Kreditkartenkonten erlangen und schwerwiegende Beeinträchtigungen für die Rechte oder schutzwürdigen Interessen der Betroffenen drohen.

#### 4. Was ist bei Bonitätsprüfungen zu beachten?

Werden für die Bonitätsprüfung personenbezogene Daten an eine Auskunftsei (wie z. B. die Schufa oder Creditreform) übermittelt, bedarf dies aufgrund des im Datenschutz verankerten Verbotsprinzips einer (gesetzlichen) Legitimation. Eine Datenübermittlung zu diesem Zwecke ist demnach ohne Einwilligung der betroffenen Person grundsätzlich verboten. Sie ist ausnahmsweise erlaubt, wenn ein besonderes Interesse des übermittelnden Unternehmens an der Übermittlung besteht, welches das Interesse des Betroffenen überwiegt. Ein solches besondere Interesse liegt unter anderem vor, wenn das FinTech über den Abschluss eines Kreditgeschäfts zu entscheiden hat.

---

#### 5. Welches Datenschutzrecht findet Anwendung bei internationalen Geschäftsmodellen?

Im Rahmen von internationalen Geschäftsmodellen kommt es regelmäßig zum grenzüberschreitenden Datenaustausch zwischen den Beteiligten. Oftmals werden personenbezogene Daten ausgetauscht oder von Unternehmen erhoben, die in unterschiedlichen Ländern operieren oder niedergelassen sind. Dabei muss für jeden Datenverarbeitungsvorgang überprüft werden, welches nationale Datenschutzrecht Anwendung findet. Denn das Datenschutzrecht ist weder weltweit noch europaweit vereinheitlicht. Zudem kann das anwendbare Datenschutzrecht auch nicht durch Rechtswahl zwischen den beteiligten Akteuren festgelegt werden.

Dies wird sich auf europäischer Ebene in Zukunft durch die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) ändern.

---

#### 6. Wann entfaltet die DS-GVO ihre Wirkung?

Die DS-GVO entfaltet ab dem 25. Mai 2018 unmittelbare Geltung in den EU-Mitgliedstaaten. Um das Datenschutzrecht konsequenter als bisher durchzusetzen, drohen bei Verstößen empfindliche Geldbußen von bis zu EUR 20 Mio. oder 4 % des Jahresumsatzes. Die Verordnung verdrängt kollidierende nationale Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG), lässt den Mitgliedstaaten jedoch durch diverse Öffnungsklauseln Spielräume für abweichende Regelungen. Die DS-GVO sieht tiefgreifende Änderungen und eine Neuerung des Datenschutzes vor und soll insbesondere die Rechte der betroffenen Personen erheblich stärken.

---

## C. E-Commerce/Wettbewerbsrecht

---

### 1. Was muss bei der Wahl des FinTech-Unternehmensnamens und der Domain beachtet werden?

Hier findet die Kreativität ihre Grenzen vor allem im Markenrecht: Unternehmensname und Domain müssen so gewählt werden, dass sie keine Rechte Dritter, insbesondere Marken- oder Namensrechte, verletzen.

### 2. Welche Mindestangaben müssen auf der Website gemacht werden?

Auch für FinTechs gilt die sog. Impressumspflicht: Bei allen Online-Auftritten, die einem geschäftlichen Zweck dienen, müssen bestimmte Informationen leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar gehalten werden. Hierzu zählen u.a. Unternehmensname mit Rechtsformzusatz, Vertretungsberechtigter, Anschrift, E-Mail-Adresse, Telefonnummer, Handelsregisterangaben und USt-Identifikationsnummer. Die jeweiligen Pflichtangaben müssen von jeder Seite des Online-Auftritts ohne wesentliche Zwischenschritte zugänglich sein, z. B. über einen als „Impressum“ oder „Anbieterkennzeichnung“ bezeichneten Link.

Da über die Website in der Regel auch eine Plattform angeboten wird, sollten zudem AGB und Datenschutzbestimmungen bereitgestellt werden.

### 3. Was müssen FinTechs bei der Gestaltung von AGB beachten?

Neben den allgemeinen Grundsätzen, wie der Einhaltung des Transparenzgebots, der klaren und verständlichen Formulierung und dem Verbot überraschender Regelungen, gelten im Hinblick auf die Gestaltung von AGB für FinTechs einige Besonderheiten. Je nach konkreter Ausgestaltung des Geschäftsmodells gehören dazu beispielsweise die Regelungen des zivilrechtlichen Teils des Zahlungsdiensterechts (§§ 675 a ff. BGB) oder Vertragskonstruktionen, die aus aufsichtsrechtlichen Gründen erforderlich sind.

Vorsicht ist geboten, wenn es darum geht, AGB mittels „copy and paste“ von anderen Anbietern zu übernehmen, denn zum einen müssen AGB immer das konkrete Geschäftsmodell abbilden, zum anderen können AGB aber auch als sog. Sprachwerke urheberrechtlichen Schutz genießen, sodass die unberechtigte Übernahme einen sanktionsbewehrten Urheberrechtsverstoß darstellen kann.

4. Worauf ist bei der Sprache der zur Verfügung gestellten AGB zu achten?

Zwar ist Alltagsenglisch hierzulande weit verbreitet, nicht aber juristisches, vertragssprachliches und kommerzielles Englisch. Es kann daher für deutsche Verbraucher unzumutbar sein, wenn AGB ausschließlich in englischer Sprache zur Verfügung gestellt werden, mit der Folge, dass sämtliche Klauseln intransparent und damit unwirksam sind. Um dies zu vermeiden, auf der anderen Seite aber möglichst viele Kunden anzusprechen, empfiehlt es sich, die AGB in deutscher und englischer Sprache bereitzustellen. Dabei ist jedoch darauf zu achten, dass nur eine Sprachversion – sinnvollerweise die deutsche – als verbindlich festgelegt wird.

5. Welche Unterschiede sind zwischen B2C- und B2B-Geschäftsmodellen zu beachten?

Geschäftsmodelle, die sich (auch) an Verbraucher richten, müssen zahlreiche Besonderheiten des Verbraucherschutzes beachten. Hierzu zählen unter anderem weitgehende Informationspflichten. Wegen der erhöhten Schutzbedürftigkeit von Verbrauchern bestehen im B2C-Bereich nur eingeschränkte Gestaltungsmöglichkeiten bei AGB.

Im B2B-Bereich hingegen gibt es mehr Spielraum, da Unternehmer infolge ihrer Erfahrung im geschäftlichen Verkehr weniger schutzbedürftig sind.

6. Gelten für FinTechs Besonderheiten hinsichtlich des Widerrufsrechts?

Ja! Da der Vertragsschluss in der Regel über das Internet, per App oder per E-Mail erfolgt, sind die Vorschriften über Fernabsatzverträge anwendbar, sodass Verbrauchern ein gesetzlich angeordnetes Widerrufsrecht zusteht. Darüber hinaus können Besonderheiten bei Verträgen über Finanzdienstleistungen bestehen.

7. Gibt es spezielle gesetzliche Anforderungen an Werbung für Finanzprodukte?

In einigen speziellen Fällen ja: Bei der Werbung für bestimmte Finanzinstrumente oder Emittenten von Finanzinstrumenten sind Regelungen des Wertpapierhandelsgesetzes und der europäischen Marktmissbrauchsverordnung zu beachten – z. B. müssen entsprechende Werbemitteilungen gem. § 34 b WpHG eindeutig als solche gekennzeichnet werden.

Dies betrifft allerdings nur spezielle FinTechs. Insbesondere solche, die Anlageempfehlungen erteilen oder Finanzanalysen (so der frühere gesetzliche Begriff) anbieten, müssen zahlreiche qualitative Mindestanforderungen erfüllen und unterliegen besonderen Kennzeichnungspflichten.

## 8. Was ist beim E-Mail-Marketing zu beachten?

Das Versenden von Werbebotschaften durch elektronische Post erfreut sich aufgrund der geringen Kosten sowie der besseren Messbarkeit und Steuerung der Maßnahme besonderer Beliebtheit. Um wettbewerbsrechtliche Verstöße zu vermeiden und den Grundsätzen des Datenschutzes zu entsprechen, ist hier jedoch Vorsicht geboten: Es ist regelmäßig eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Angesprochenen in Form eines sog. „Double-Opt-in“-Verfahrens erforderlich. Dies gilt für Verbraucher und Unternehmenskunden gleichermaßen.

Ohne eine solche vorherige ausdrückliche Erlaubnis ist die E-Mail-Werbung nur in engen Grenzen im Rahmen bestehender Kundenbeziehungen möglich.

---

## 9. Was sind die Folgen von Verstößen gegen gesetzliche Vorgaben?

Typischerweise beäugen gerade Wettbewerber neue Angebote sehr kritisch. Soweit Angebote im Internet für jedermann frei zugänglich sind, ist es ohne größeren Aufwand möglich, ihre jeweilige Ausgestaltung auf verschiedene rechtliche Aspekte hin zu überprüfen und hiergegen vorzugehen. Infrage kommen hier insbesondere Verstöße gegen die angesprochenen verbraucherschutzrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Anforderungen sowie potenzielle Verstöße gegen Urheber- und Markenrechte.

Solchen Rechtsverstößen wird üblicherweise zunächst mit einer Abmahnung begegnet. Der Wettbewerber wird damit die Abgabe einer sog. strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung verlangen. Leistet das FinTech der Abmahnung nicht Folge, droht ein gerichtliches Verfahren. Der Unterlassungsanspruch kann auch im Wege eines einstweiligen Verfügungsverfahrens durchgesetzt werden.

Doch damit nicht genug: Daneben drohen ggf. Schadensersatz- und Auskunftsansprüche! Zu beachten ist, dass zum Teil auch Verbände, insbesondere Verbraucherverbände, Rechtsverstöße durch Abmahnungen oder Prozesse geltend machen. Zudem kommen Sanktionsmaßnahmen durch die jeweils zuständigen Aufsichtsbehörden, z. B. die BaFin, oder – bei Verstößen gegen das Datenschutzrecht – durch die zuständige Datenschutzbehörde in Betracht.

---

## D. IT/IP

---

### 1. Wie ist eine Blockchain rechtlich zu bewerten?

Eine Blockchain kann als digitaler Kontoauszug für Erklärungen zwischen Computern verstanden werden, der in verschiedenen (bei Bedarf) anonym nutzbaren Datenbanken gespeichert ist, ohne dabei zentral verwaltet zu werden. Bei einer sog. Public Blockchain ist diese für jedermann zu jeder Zeit einsehbar – sie ermöglicht so die Verifizierung von Zahlungsvorgängen und anderen rechtsgestaltenden Vorgängen. Dabei wird eine Transaktion (also etwa die Übertragung von digitalen Gütern) erst dann in die Blöcke einer Blockchain geschrieben bzw. validiert, wenn geklärt worden ist, dass der Absender zur Durchführung dieser konkreten Transaktion berechtigt war. Hierbei handelt es sich um eine Bedingung, welche durch die im P2P-Netzwerk beteiligten Rechner (Nodes) überprüft wird.

Hierauf aufbauend ist es grundsätzlich möglich, die Ausführung einer Transaktion von dem Eintritt weiterer Bedingungen abhängig zu machen. Die Rede ist dann von Smart Contracts.

---

### 2. Was ist die rechtliche Bedeutung von Smart Contracts?

Smart Contracts sind regelmäßig keine Verträge im Rechtsinne, sondern im Grunde mit der Mechanik eines Warenautomaten vergleichbar. Durch den Einsatz einer Software anstatt eines konventionellen Vertragswerks wird der Leistungsaustausch durch den zugrunde gelegten Programmcode geregelt bzw. festgelegt. Der Programmcode bildet dabei die Bedingungen für den jeweiligen Leistungsaustausch ab. Mit Eintritt der im Programmcode festgelegten Bedingungen erfolgt der Austausch vollautomatisch. Dies spart Transaktionskosten, da die Vertragsdurchführung nicht in Menschenhand liegt. Auch wenn im Zusammenhang mit Smart Contracts immer wieder der Begriff „Code is Law“ fällt, unterliegen diese smarten Vereinbarungen, wie gewöhnliche Verträge auch, den allgemeinen Gesetzen. Zudem bieten die Smart Contracts auch keine weiteren Freiheiten oder Gestaltungsmöglichkeiten als die bisher gesetzlich zulässigen.

Der denkbare Einsatz im FinTech-Bereich ist vielfältig. Insbesondere im Börsenhandel können Smart Contracts FinTechs die Möglichkeit eröffnen, einen Handel ohne Intermediäre wie Banken oder Makler abzuwickeln.

3. Können einzelne FinTech-Geschäftsmodelle besonders geschützt werden?

Die Entwicklung innovativer Software und innovativer Technologien durch FinTechs ist entscheidend für die rapide Expansion in diesem Sektor. Um jedoch erfolgreich zu sein, müssen diese Innovationen rechtlich geschützt werden. Dabei ist zu beachten, dass sich die Schutzmöglichkeiten von Gerichtsbarkeit zu Gerichtsbarkeit unterscheiden: Nachdem FinTech-Geschäftsmodelle in den USA zunächst als patentfähig galten, wird dies durch aktuelle Gerichtsentscheidungen infrage gestellt. In Europa sind solche Geschäftsmodelle per se nicht patentfähig, sofern sie nicht ausnahmsweise dazu dienen, ein „technisches Problem zu lösen“.

4. Was muss bei der Verwendung von vorbestehender proprietärer Software und Open-Source-Software beachtet werden?

Vorbestehende proprietäre Software darf nur mit dem Einverständnis des Rechteinhabers verwendet werden.

Bei Open-Source-Software sind die Bedingungen der jeweiligen Lizenz zu beachten. Einige Open-Source-Lizenzen sehen vor, dass die darauf basierende Software nicht proprietär verwendet werden darf.

5. Was muss bei der Beauftragung von Programmierern beachtet werden?

Programmierer sollten darüber aufgeklärt werden, dass sie bei der Programmierung keine Rechte Dritter verletzen dürfen und nur solche Open-Source-Software verwenden dürfen, die eine proprietäre Nutzung des jeweiligen Arbeitsergebnisses nicht verbietet.

6. Warum spielen IP-Klauseln und Geheimhaltungsklauseln in Verträgen mit Mitarbeitern und Dienstleistern eine wichtige Rolle?

IP und Know-how sind wichtige Assets. Sorgfältig gestaltete Geheimhaltungsvereinbarungen (auch: non-disclosure agreements, kurz: NDAs) können das Risiko minimieren, dass Know-how unberechtigt weitergegeben wird. IP-Klauseln können die Position des Unternehmens stärken, indem vereinbart wird, dass Arbeitsergebnisse dem Unternehmen vollumfänglich zustehen sollen. Da sowohl das Urheberrechts- als auch das Arbeitnehmererfindergesetz hierfür bestimmte Grenzen ziehen, ist es wichtig, die Klauseln sorgfältig zu gestalten. Denn das FinTech trägt das Risiko der Unwirksamkeit, wenn die gesetzlich vorgegebenen Grenzen im Vertrag keine Berücksichtigung finden.

7. Was muss beim Einstellen von Content und beim Verlinken der Website beachtet werden?

Eingestellter Content muss rechtskonform sein. Er darf also beispielsweise nicht von Dritten ohne deren Einwilligung übernommen werden.

Auch verlinkter Content muss rechtskonform sein, denn nach neuester Rechtsprechung des EuGH gilt die Vermutung, dass der mit Gewinnerzielungsabsicht Verlinkende Kenntnis von der etwaigen Rechtswidrigkeit eines solchen Contents hat.

8. Was müssen FinTechs hinsichtlich der IT-Sicherheit beachten?

FinTechs können sich mit Gefahren wie Hackerangriffen, Softwaremanipulationen, Datenverlust und dem Stehlen von Nutzeridentitäten konfrontiert sehen. Für bestimmte FinTechs könnten daher Mindestvoraussetzungen für die technisch-organisatorische Ausstattung gelten, die gewährleisten, dass IT-Systeme und dazugehörige IT-Prozesse die Verfügbarkeit, Authentizität sowie die Vertraulichkeit von Daten sicherstellen.

---

## E. Steuern

---

- |  |   |
|--|---|
| 1. Gibt es bei Leistungen von FinTechs Besonderheiten im Hinblick auf die Umsatzsteuer?  | Ja! Viele FinTechs erbringen regulär umsatzsteuerpflichtige Leistungen, die umsatzsteuerlich in gleicher Weise wie sonstige E-Commerce-Leistungen zu behandeln sind. Aufgrund der Nähe der FinTech-Branche zu Finanzdienstleistungen können die erbrachten Leistungen jedoch je nach Geschäftsmodell auch umsatzsteuerfrei sein (z. B. Vermittlungsleistungen für bestimmte Bank- oder Versicherungsprodukte). Daher muss für jedes konkrete Geschäftsmodell und für jede erbrachte Leistung im Einzelfall untersucht werden, ob diese umsatzsteuerpflichtig oder ggf. umsatzsteuerfrei sind.   |
| 2. Sind nicht alle Leistungen, die von FinTechs im Umfeld von Bank- oder Versicherungsprodukten erbracht werden, umsatzsteuerfrei?   | Nein. Leistungen von FinTechs sind nur dann von der Umsatzsteuer befreit, wenn sie bestimmte typische Bank- oder Versicherungsprodukte und/oder -leistungen betreffen oder solche vermitteln (z. B. Kredit- oder Wertpapiergeschäfte, den Zahlungsverkehr sowie jeweils deren Vermittlung). Leistungen, die lediglich in einer technischen Unterstützung bestehen (z. B. Bereitstellung von EDV ohne Transaktionsbezug), sind in der Regel nicht von der Umsatzsteuerbefreiung für Bankgeschäfte erfasst. Die Abgrenzung kann insbesondere bei Kooperationen zwischen FinTechs und Banken, Finanzdienstleistern oder Zahlungsdienstleistern schwierig sein.   |
| 3. Ist es nicht gleichgültig, ob ein FinTech auch umsatzsteuerfreie Leistungen erbringt, solange es für alle seine Leistungen zumindest „freiwillig“ Umsatzsteuer abrechnet und abführt? | Eindeutig nein! Wenn (ggf. unerkannt) umsatzsteuerfreie Leistungen erbracht werden, kann ein FinTech im Gegenzug für diejenigen Leistungen, die es von Dritten bezieht (z. B. Leistungen eines externen Programmierers), ganz oder teilweise die hierauf entfallende Umsatzsteuer nicht als Vorsteuer geltend machen. Dies kann zu einer erheblichen Kostenbelastung führen. Zudem können ggf. Kunden die zu Unrecht bezahlte Umsatzsteuer später vom FinTech wieder zurückfordern. Ferner ist zu bedenken, dass z. B. viele Büromietverträge eine Verpflichtung des jeweiligen Mieters enthalten, ausschließlich umsatzsteuerpflichtige Leistungen zu erbringen; wenn der Mieter (z. B. ein FinTech) hiergegen verstößt, kann dies Schadensersatzansprüche zur Folge haben. Daher sollte unbedingt vorab geprüft werden, wie die vom FinTech jeweils erbrachten Leistungen umsatzsteuerlich zu behandeln sind. |
| 4. Macht es einen Unterschied, ob Leistungen im B2B- oder im B2C-Bereich erbracht werden?  | Ja. Speziell bei Kunden im Ausland unterscheidet sich die umsatzsteuerliche Behandlung der Leistungen gegenüber Unternehmen grundlegend von Leistungen gegenüber Privatpersonen. Wenn ein FinTech in beiden Segmenten tätig ist und Kunden im Ausland hat, muss es daher für die richtige umsatzsteuerliche Erfassung jeweils unterschiedliche Routinen und Abläufe für diese Kundengruppen entwickeln.   |



Law . Tax

#### Ihr kostenloser juristischer Online-Informationdienst.

E-Mail-Abodienst für Fachartikel zu vielfältigen juristischen Themen.

[cms-lawnow.com](http://cms-lawnow.com)



Law . Tax

#### Ihre juristische Online-Bibliothek.

Profunde internationale Fachrecherche und juristisches Expertenwissen nach Maß.

[e-guides.cmslegal.com](http://e-guides.cmslegal.com)

---

Dieses Dokument stellt keine Rechtsberatung dar und verfolgt ausschließlich den Zweck, bestimmte Themen anzusprechen. Es erhebt keinen Anspruch auf Richtigkeit oder Vollständigkeit und die in ihm enthaltenen Informationen können eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Sollten Sie weitere Fragen bezüglich der hier angesprochenen oder hinsichtlich anderer rechtlicher Themen haben, so wenden Sie sich bitte an Ihren Ansprechpartner bei CMS Hasche Sigle.

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozialitäten. Mehr als 600 Anwälte sind in acht wichtigen Wirtschaftszentren Deutschlands sowie in Brüssel, Hongkong, Moskau, Peking, Shanghai und Teheran für unsere Mandanten tätig. CMS Hasche Sigle ist Mitglied der CMS Legal Services EEIG, einer europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung zur Koordinierung von unabhängigen Anwaltssozialitäten. CMS EEIG ist nicht für Mandanten tätig. Derartige Leistungen werden ausschließlich von den Mitgliedssozialitäten in den jeweiligen Ländern erbracht. CMS EEIG und deren Mitgliedssozialitäten sind rechtlich eigenständige und unabhängige Einheiten. Keine dieser Einheiten ist dazu berechtigt, im Namen einer anderen Verpflichtungen einzugehen. CMS EEIG und die einzelnen Mitgliedssozialitäten haften jeweils ausschließlich für eigene Handlungen und Unterlassungen. Der Markenname „CMS“ und die Bezeichnung „Sozialität“ können sich auf einzelne oder alle Mitgliedssozialitäten oder deren Büros beziehen.

#### CMS-Standorte:

Aberdeen, Algier, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Belgrad, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brüssel, Budapest, Bukarest, Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt/Main, Funchal, Genf, Glasgow, Hamburg, Hongkong, Istanbul, Kiew, Köln, Leipzig, Lima, Lissabon, Ljubljana, London, Luxemburg, Lyon, Madrid, Mailand, Manchester, Maskat, Medellín, Mexiko-Stadt, Moskau, München, Paris, Peking, Podgorica, Prag, Reading, Rio de Janeiro, Rom, Santiago de Chile, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sheffield, Singapur, Sofia, Straßburg, Stuttgart, Teheran, Tirana, Utrecht, Warschau, Wien, Zagreb und Zürich.

CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB, Sitz: Berlin, (AG Charlottenburg, PR 316 B), Liste der Partner: s. Website.

[cms.law](http://cms.law)