

III. Zulassung als Schwarmfinanzierungsdienstleister

Ein zentraler Regelungsinhalt der ECSP-VO besteht in der **Negativbestimmung**¹¹² des Art. 1 Abs. 3. Danach sind Projektträger und Anleger von etwaigen bankrechtlichen, aber auch gewerberechtlichen Erlaubnispflichten befreit.¹¹³ Stattdessen wird der Plattformbetreiber einer Erlaubnispflicht unterworfen:

Gemäß Art. 3 Abs. 1 ECSP-VO dürfen plattformbasierte Schwarmfinanzierungsdienste nur von juristischen Personen erbracht werden, die in der Union niedergelassen sind und gemäß Art. 12 ECSP-VO als Schwarmfinanzierungsdienstleister zugelassen wurden. In der Sache geht es hierbei um ein **Verbot der Erbringung von Schwarmfinanzierungsdienstleistungen mit Erlaubnisvorbehalt**.¹¹⁴ Dieser Regelungsmechanismus ist im Bank- und Finanzmarktssektor wohlbekannt (vgl. etwa § 32 KWG). Im Anwendungsbereich der ECSP-VO ist allein die Zulassung nach dieser Verordnung notwendig (ErwGr 9 ECSP-VO) und anderweitige nationale Erlaubnispflichten werden verdrängt.

Das Zulassungserfordernis dient den gesteigerten Interessen der Anleger und Projektträger an einer zuverlässigen, funktionierenden und robusten Plattform. Fällt der Schwarmfinanzierungsdienstleister als Intermediär unerwartet aus, entstehen aufseiten der Vertragsparteien unwirtschaftliche Aufwandskosten:¹¹⁵ Dutzende, hunderte oder gar tausende Kreditverträge müssten individuell verwaltet und abgewickelt werden. Für die Darlehensgeber bedeutet dies bestenfalls weniger Nettorendite, für die Darlehensnehmer weniger freies Kapital für das finanzierte Projekt. Im schlechtesten Fall droht ein Marktversagen: Angesichts der oftmals sehr geringen Darlehensbeträge sind die Anleger rational desinteressiert, Aufwand auf sich zu nehmen, um ihre Forderung einzutreiben. Sie bleiben in der Folge faktisch dem Markt fern, wodurch für Projektträger der Schwarmfinanzierungsmarkt langfristig versiegen kann.

¹¹² Renner in Mölein/Omlor FinTech-HdB, 2. Auflage 2021, § 23 Rn. 74.

¹¹³ Etwas anderes gilt nur, wenn es sich um ein Kreditinstitut nach Art. 8 der Richtlinie 2013/36/EU (Eigenkapitalrichtlinie) handelt.

¹¹⁴ BeckOK Wertpapierhandelsrecht/Rennig, 15.5.2022, WpHG § 32b Rn. 21.

¹¹⁵ Siehe dazu auch Hertneck, Peer-to-Peer-Lending, 2020, S. 185.

1. Zulassungsvoraussetzungen und Antragsverfahren (Art. 12 ECSP-VO)

1. Zulassungsvoraussetzungen und Antragsverfahren (Art. 12 ECSP-VO)

Gemäß Art. 3 Abs. 1 ECSP-VO dürfen Schwarmfinanzierungsdienstleistungen nur von einer juristischen Person erbracht werden, die von der zuständigen Behörde (dh der BaFin¹¹⁶) **am Ort der Niederlassung** als Schwarmfinanzierungsdienstleister nach Maßgabe des **Art. 12 ECSP-VO** zugelassen wurde. Anders als noch in Art. 10 Abs. 1 des Kommissionsvorschlags vorgesehen war, hat ein potenzieller Schwarmfinanzierungsdienstleister seinen Antrag somit nicht bei der ESMA einzubringen.¹¹⁷ Von der Verordnung wird die Zulassungsschwelle recht hoch angesetzt, wodurch nicht zu erwarten steht, dass sich eine Zulassung nach der ECSP-VO für kleine Plattformen mit wenigen Schwarmfinanzierungsprojekten lohnt.¹¹⁸

a) Antragsinhalt

In Absatz 2 und 3 des Art. 12 ECSP-VO ist näher ausgeführt, welche Angaben und Nachweise bei der Antragstellung zu erbringen sind.¹¹⁹ Dazu zählen sowohl generelle als auch Crowdfunding-spezifische Informationen:

Im Allgemeinen sind Angaben zum Antragsteller zu machen (Name,¹²⁰ Internet-Adresse und physische Adresse und Rechtsform) und es ist auch der Gesellschaftsvertrag inkl. Namen der für die Geschäftsleitung verantwortlichen natürlichen Personen vorzulegen (vgl. Absatz 2 lit. a–c und k). Unter Proportionalitätsgesichtspunkten kann auch eine juristische Person mit nur einem Geschäftsleiter zugelassen werden.¹²¹ Die für die Geschäftsleitung vorgesehene natürliche Person muss zuverlässig sein und über ausreichende Kenntnisse, Fähigkeiten und Berufserfahrung für die Leitung verfügen (lit. l). Letzteres ist gemäß Art. 12 Abs. 3 ECSP-VO der Fall, wenn zum einen keine Vorstrafen wegen Verstößen gegen nationale Vorschrif-

¹¹⁶ Dazu näher unten iZm Art. 29 Abs. 1 ECSP-VO bei Ziff. VI. 1.

¹¹⁷ Dazu zB Will/Quarch WM 2018, 1481, 1486; auch Louise/Pasaribu in Ortolani/Louise, The EU Crowdfunding Regulation, 2021, Rn. 7.03.

¹¹⁸ Ähnlich Casper, FS Karsten Schmidt, 2019, S. 197, 201.

¹¹⁹ Dazu und zum Folgenden ausführlicher Izzo-Wagner/Otto BKR 2022, 155.

¹²⁰ Wie in ESMA35–42–1088, Antwort auf Frage 6.2 klargestellt, kann ein Dienstleister unter verschiedenen Namen tätig werden, sofern er diese der zuständigen Behörde mitteilt und dabei die Pflichten nach Art. 3 Abs. 2 ECSP-VO berücksichtigt.

¹²¹ Näher ESMA35–42–1088, Antwort auf Frage 6.1.

III. Zulassung als Schwarmfinanzierungsdienstleister

ten in verschiedenen Rechtsbereichen¹²² oder Berufshaftpflichtverpflichtungen vorliegen;¹²³ zum anderen müssen alle an der Geschäftsleitung beteiligten Personen in ihrer Gesamtheit über ausreichende Kenntnisse, Fähigkeiten und Berufserfahrung verfügen, und ausreichend Zeit für die Erfüllung ihrer Aufgaben aufwenden können.

Im Besonderen ist bei der Antragstellung der Geschäftsplan vorzulegen, aus dem sowohl die Arten der geplanten Schwarmfinanzierungsdienstleistungen hervorgehen müssen als auch die beabsichtigte Schwarmfinanzierungsplattform inkl. der Angabe, wo und wie Angebote vermarktet werden sollen (lit. d). Zudem ist eine **Vielzahl an Beschreibungen** einzubringen, insbesondere betreffend

- Regelungen zur Unternehmensführung und der internen Kontrollmechanismen, inkl. Risikomanagement- und Rechnungslegungsverfahren (lit. e);
- Systeme, Mittel und Verfahren zur Kontrolle und Sicherung der Datenverarbeitungssysteme (lit. f);
- operationeller Risiken (lit. g);
- aufsichtsrechtlicher Sicherheiten gemäß Art. 11 ECSP-VO (lit. h und i);
- Business Continuity Plan (lit. k);
- interner Regeln zur Vermeidung von Interessenkonflikten durch Verflechtung mit Projektträgern (lit. m);
- Auslagerungsvereinbarungen (lit. n);
- Verfahren zur Bearbeitung von Kundenbeschwerden (lit. o);
- Verfahren zur Überprüfung des Anlagebasisinformationsblatts (lit. q);
- Verfahren für Obergrenzen für Anlagen bei nicht kundigen Anlegern (lit. r).

Schließlich ist auch zu bestätigen bzw. anzugeben, ob beabsichtigt wird, die Zahlungsdienste selbst oder durch einen Dritten gemäß der Richtlinie (EU) 2015/2366 (PSD II) oder durch eine Vorkehrung gemäß Art. 10 Abs. 5 der vorliegenden Verordnung zu erbringen (lit. p).

Die genauen Details des Antragsinhalts werden im Einklang mit Art. 12 Abs. 16 ECSP-VO auf **Level 2** in der DelVO 2022/2112 näher spezifiziert, wonach Dienstleister ihren Zulassungsantrag unter Verwendung eines im Anhang enthaltenen **Musterantragsformulars** einzureichen haben (Art. 2

¹²² Genannt werden Handelsrecht, Insolvenzrecht, Finanzdienstleistungsrecht, Geldwäschebekämpfungsrecht, Vermögenstrafrecht sowie Steuerstrafrecht.

¹²³ Nach dem Verordnungstext gilt dies auch für alle Anteilseigner, die mindestens 20 % der Kapitalanteile oder Stimmrechte halten. Genauer zum damit normierten **Inhaberkontrollverfahren** Izzo-Wagner/Otto BKR 2022, 155, 161.

1. Zulassungsvoraussetzungen und Antragsverfahren (Art. 12 ECSP-VO)

DelVO 2022/2112). Wie schon in der Literatur angemerkt, dürfte es sich in der Praxis durchsetzen, dass der Musterantrag primär die Funktion eines Deckblatts hat und für die Einhaltung der konkreten Zulassungsvoraussetzungen Verweise auf umfangreiche Anlagen zu machen sind.¹²⁴

b) Vollständigkeitsprüfung

Der zuständigen Behörde steht nach Eingang des Antrags eine **Prüffrist** von 25 Arbeitstagen zur Verfügung, um die **Vollständigkeit** des Antrags zu prüfen (Art. 12 Abs. 4 S. 1 ECSP-VO); ein positives Prüfergebnis ist gemäß Art. 12 Abs. 6 ECSP-VO unverzüglich – also ohne schuldhaftes Zögern – mitzuteilen.¹²⁵ Ist der Antrag unvollständig, so wird dem Antragenden von der zuständigen Behörde eine Frist zwecks Nachreichung gesetzt, die gemäß Art. 12 Abs. 4 S. 2 ECSP-VO hinsichtlich ihres Umfangs im behördlichen Ermessen steht. Der Antrag kann nach Absatz 5 des Art. 12 ECSP-VO abgelehnt werden, wenn die antragende juristische Person es versäumt hat, den Antrag innerhalb der gesetzten Frist zu vervollständigen. Auch hierbei handelt es sich um eine Ermessensentscheidung.

Weitere Anforderungen ergeben sich durch die DelVO 2022/2112. Noch innerhalb von zehn Arbeitstagen nach Eingang des Antrags hat die Behörde einem potenziellen Crowdfunding-Dienstleister eine **Empfangsbestätigung**, inkl. Kontaktdaten der zuständigen Personen, zu übermitteln; Art. 3 DelVO 2022/2112.¹²⁶ Zudem hat ein angehender Schwarmfinanzierungsdienstleister der zuständigen Behörde unverzüglich alle **Änderungen** der im Zulassungsantrag enthaltenen Informationen **mitzuteilen** und unter Verwendung des Musterformulars vorzulegen (Art. 5 Abs. 1 DelVO 2022/2112). Damit beginnt die in Art. 12 Abs. 8 ECSP-VO festgelegte Verbescheidungsfrist (dazu sogleich) von Neuem; vgl. Art. 5 Abs. 2 DelVO 2022/2112.

c) Verbescheidung

Art. 12 Abs. 7 ECSP-VO führt näher aus, in welchen Fällen vor der positiven oder negativen Verbescheidung des Zulassungsantrags eine **Konsulta-**

124 Izzo-Wagner/Otto BKR 2022, 155.

125 Die Sinnhaftigkeit dieser Pflicht kritisierend Rennig ZBB 2020, 385, 389.

126 Sowohl auf elektronischem Wege, auf Papier oder in beiden Formen.

III. Zulassung als Schwarmfinanzierungsdienstleister

tion der zuständigen Behörden in anderen Mitgliedstaaten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten stattzufinden hat. Für Prüfung und **Bescheidung** des Antrags hat die zuständige Behörde gemäß Art. 12 Abs. 8 ECSP-VO **drei Monate** nach Eingang eines *vollständigen* Antrags. Die Prüfung hat gemäß Art. 12 Abs. 8 S. 2 ECSP-VO Art, Umfang und Komplexität der Schwarmfinanzierungsdienstleistungen zu berücksichtigen, die der potenzielle Schwarmfinanzierungsdienstleister zu erbringen beabsichtigt (**Proportionalitätsprinzip**). Die abschließende Entscheidung ist zu begründen und der Umfang der Zulassung ist gemäß Art. 13 ECSP-VO festzuschreiben (dazu sogleich Ziff. III. 2.).

Die **Versagung der Zulassung** erfolgt nach Art. 12 Abs. 8 S. 1 ECSP-VO, wenn der potenzielle Schwarmfinanzierungsdienstleister die Anforderungen der ECSP-VO nicht erfüllt. Ein praktisch enorm relevanter Versagungsgrund ist das Fehlen der **prudentiellen Sicherheiten** nach Maßgabe des Art. 11 ECSP-VO.¹²⁷ Wie Art. 12 Abs. 2 lit. h, i ECSP-VO deutlich macht, sind dem Zulassungsantrag zum einen Beschreibungen über die vom potenziellen Schwarmfinanzierungsdienstleister einzuführenden aufsichtsrechtlichen Sicherheiten iSd Art. 11 ECSP-VO, zum anderen Nachweise über die entsprechenden Sicherheiten beizufügen. Stellt die Behörde fest, dass die vorgelegten Nachweise nicht zutreffend sind, so ist die Zulassung zu versagen.¹²⁸ Darüber hinaus kann die Behörde nach Maßgabe des Art. 12 Abs. 8 S. 3 ECSP-VO eine Zulassung aus weiteren Gründen verweigern: Objektive und nachweisbare Gründe lassen vermuten, dass (i) die Geschäftsleitung eine wirksame, solide und umsichtige Leitung und die Geschäftsführung im Krisenfall nicht gewährleisten könnte, (ii) eine angemessene Berücksichtigung der Kundeninteressen nicht gesichert ist oder (iii) die Marktintegrität gefährdet werden könnte.¹²⁹ Unklar ist hier, welcher Markt gemeint sein kann. Einzelne *bloß potenzielle* Plattformen dürften nicht groß genug sein, um die Integrität des Gesamtmarktes der Crowdfundingdienste zu gefährden, und sie sind erst recht nicht systemrelevant genug, damit etwaige Negativeffekte auf den übrigen Finanzmarkt gefährdend überschwappen. Deswegen dürfte die dritte Fallgruppe praktisch selten einschlägig sein.

127 Vgl. Ziff. IV. 8.

128 Ähnlich iE Louisse/Pasaribu in Ortolani/Louisse, The EU Crowdfunding Regulation, 2021, Rn. 7.16.

129 Die drei Gründe möglicherweise als einen einzigen, gemeinsamen Versagungsgrund verstehend Louisse/Pasaribu in Ortolani/Louisse, The EU Crowdfunding Regulation, 2021, Rn. 7.16.

1. Zulassungsvoraussetzungen und Antragsverfahren (Art. 12 ECSP-VO)

Die Behörde hat bei negativer *inhaltlicher* Prüfung ihre **Versagungentscheidung** **binnen drei Arbeitstagen** nach dem Datum des Entscheidungserlasses dem Antragsteller **mitzuteilen** (Art. 12 Abs. 10 ECSP-VO). Positive Zulassungsentscheidungen sind nach Absatz 9 des Art. 12 ECSP-VO der **ESMA anzuseigen**, die gemäß Art. 14 ECSP-VO das Verzeichnis der zugelassenen Schwarmfinanzierungsdienstleister führt.¹³⁰

d) Vereinfachte Zulassung

Banken, Zahlungsdienstleister, Wertpapierfirmen und andere Finanzdienstleister, die für ihre jeweiligen Zahlungs-, Finanz- oder Wertpapierhandelsdienste von der zuständigen Behörde mit einer Bewilligung bedacht sind nach den Richtlinien 2009/110/EG (E-Geld-Richtlinie), 2013/36/EU (Eigenkapitalrichtlinie), 2014/65/EU (MiFID II) oder (EU) 2015/2366 (PSD II), durchlaufen gemäß Art. 12 Abs. 14 f. ECSP-VO ein **vereinfachtes Verfahren**, wenn sie (zusätzlich) die Zulassung als Schwarmfinanzierungsdienstleister beantragen. Dabei handelt es sich nicht um eine „Zulassung light“¹³¹ sondern es ist bloß vorgesehen, dass Unterlagen, die der zuständigen Aufsichtsbehörde bereits vorliegen, nicht nochmals einzureichen sind. Eine Einschränkung besteht überdies darin, dass die Angaben oder Dokumente noch aktuell und für die Aufsichtsbehörde zugänglich sein müssen. Im Hinblick auf die Aktualität sollte ein Antragsteller daher kurz erläutern, ob es in der Zwischenzeit relevante Änderungen gegeben hat.

Vorstehendes gilt ebenfalls für Dienstleister, die bereits nach nationalem Recht – vor Inkrafttreten der ECSP-VO – für eine entsprechende Crowdfundingdienstleistung zugelassen waren.

e) Sonstige Vorgaben

Der zugelassene Schwarmfinanzierungsdienstleister hat nach Art. 12 Abs. 11 ECSP-VO dafür Sorge zu tragen, dass er den **Bestand der Zulassungsvoraussetzungen laufend** gewährleistet. Nach entsprechender Zulassung profitiert der Dienstleister gemäß Art. 18 Abs. 1 ECSP-VO vom

130 Sogleich unten Ziff. III. 3.

131 IdS aber pointiert Louisse/Pasaribu in Ortolani/Louisse, The EU Crowdfunding Regulation, 2021, Rn. 7.18.

III. Zulassung als Schwarmfinanzierungsdienstleister

europäischen Passporting, so wie es beispielsweise auch schon von der MiFID II oder von der PSD II bekannt ist (dazu im Detail sogleich). In diesem Zusammenhang sieht Art. 12 Abs. 12 ECSP-VO für grenzüberschreitende Dienste noch vor, dass **keine physische Präsenz im Zielland** erforderlich ist. Da die ECSP-VO, wie auch die ESMA selbst betont,¹³² keinen Rechtsrahmen vorhält für die Errichtung von Zweigniederlassungen, scheint ein Tätigwerden im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats entsprechend Art. 18 Abs. 1 ECSP-VO nur im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs auf *rein unionsrechtlicher Basis* möglich zu sein.¹³³ **Über die Schwarmfinanzierungsdienstleistung hinausgehende Dienste** sind – nach den jeweils dafür geltenden regulatorischen Anforderungen – möglich (Art. 12 Abs. 13 ECSP-VO).

2. Umfang der Zulassung (Art. 13 ECSP-VO)

Der Umfang der Zulassung als Schwarmfinanzierungsdienstleister folgt gemäß Art. 13 Abs. 1 ECSP-VO aus dem Zulassungsbescheid. Über eine **Ausweitung der Zulassung** ist auf Antrag des Schwarmfinanzierungsdienstleisters zu entscheiden (Art. 13 Abs. 2 ECSP-VO). Relevant ist dies beispielsweise, wenn der Plattformbetreiber zunächst nur die Vermittlung von Krediten gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. a Ziff. i ECSP-VO besorgen wollte und hierfür zugelassen wurde, sodann aber beabsichtigt, sich auch des Platzierungsgeschäfts iSd Art. 2 Abs. 1 lit. a Ziff. ii ECSP-VO anzunehmen. Für die Zulassungserweiterung sind bereits eingereichte Dokumente nach Maßgabe des Art. 12 ECSP-VO zu ergänzen und zu aktualisieren.

Wie bereits im Grundlagenteil ausgeführt,¹³⁴ **umfasst** die Zulassung als Schwarmfinanzierungsdienstleister **nicht** die Erlaubnis, Einlagengeschäfte zu erbringen; dies unterstreicht ErwGr 9 ECSP-VO. Hierfür ist eine zusätzliche Zulassung als Kreditinstitut nach Art. 8 der Richtlinie 2013/36/EU (Eigenkapitalrichtlinie) erforderlich. Auch die Erbringung von Verwahrtdiensten ist von der Zulassung nach der ECSP-VO nicht abgedeckt, sondern richtet sich nach der CRD IV und der MiFID II.¹³⁵ Wie Art. 10

132 Dazu unten Ziff. III. 5.

133 Rechtspolitisch ist dies fragwürdig, da die freie Niederlassung im Vergleich zur Dienstleistungsfreiheit wegen des fehlenden Passportingelements schlechter gestellt ist.

134 Siehe Ziff. II. 3.

135 BeckOK Wertpapierhandelsrecht/Rennig, 15.5.2022, WpHG § 32b Rn. 32.

Abs. 4 ECSP-VO klarstellt, dürfen Zahlungsdienste nur nach Zulassung als Zahlungsinstitut erbracht werden (§§ 10 ff. ZAG). Soweit der Schwarmfinanzierungsdienstleister hierauf verzichten möchte, muss er für die Weiterleitung etwaiger Investitionsbeträge der Anleger zugunsten der Projektträger einen Zahlungsdienstleister einbeziehen.¹³⁶ Denn schon die reine Entgegennahme des Anlegerkapitals zwecks Weiterreichung an den Empfänger kann als erlaubnispflichtiger Zahlungsdienst in Form des Zahlerfinanztransfertgeschäfts gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 6 ZAG qualifizieren.¹³⁷ Das Gesagte gilt im Übrigen entsprechend, wenn Plattformbetreiber zusätzlich die multilaterale Zusammenführung von Anlegeraufträgen ermöglichen wollen. Diesbezüglich ist eine Erlaubnis zum Betrieb eines MTF/OTF und damit eine Zulassung als Wertpapierfirma iSD MiFID II erforderlich.¹³⁸

3. Verzeichnis (Art. 14 ECSP-VO)

Gemäß Art. 14 ECSP-VO unterhält die ESMA ein Verzeichnis aller Schwarmfinanzierungsdienstleister, das auf ihrer Internetseite¹³⁹ öffentlich zur Verfügung gestellt und laufend aktualisiert wird. Das Verzeichnis soll gemäß Art. 14 Abs. 3 ECSP-VO für die Dauer von fünf Jahren auch die Information über einen etwaigen Entzug der Zulassung als Schwarmfinanzierungsdienstleister enthalten.

Zweck dieses Verzeichnisses ist es, **Transparenz** zugunsten der Anleger zu schaffen. Besonders deutlich gilt dies hinsichtlich der nach Art. 14 Abs. 2 lit. g ECSP-VO obligatorischen Angabe über „verhängte Strafen“, die den Plattformbetreiber und die Mitglieder der Geschäftsleitung betreffen. Da die Veröffentlichung der Strafen einen gewissen Sanktionscharakter hat (*naming and shaming*),¹⁴⁰ wird man diese Vorgabe eng auslegen und nur auf Maßnahmen beziehen müssen, die auf Grundlage der Artt. 39 ff. ECSP-VO ergriffen wurden.¹⁴¹

136 Näher dazu Ziff. IV. 7.

137 Näher dazu Danwerth, Das Finanztransfertgeschäft als Zahlungsdienst, 2017, S. 105 ff.

138 Dazu unten im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Bulletin Boards Ziff. V. 6. a).

139 Abrufbar unter <https://www.esma.europa.eu/sections/crowdfunding>.

140 Ausführlich zum Sanktionsbegriff P. Koch, Naming and shaming im Kapitalmarktrecht, 2019, S. 55 ff.

141 Unsicher Rennig ZBB 2020, 385, 389.

III. Zulassung als Schwarmfinanzierungsdienstleister

4. Entzug der Zulassung (Art. 17 ECSP-VO)

Die bewilligende Behörde ist ermächtigt, in den von Art. 17 Abs. 1 ECSP-VO genannten Situationen dem Schwarmfinanzierungsdienstleister die Zulassung zu entziehen. Die Gründe des Entzugs lassen sich schematisch wie folgt kategorisieren: Untätigkeit des Schwarmfinanzierungsdienstleisters (lit. a und c), Verzicht (lit. b), Täuschung bei Antragstellung und im Zusammenhang mit der Schwarmfinanzierungsdienstleistung stehende Gesetzesverstöße (lit. d, f und UAbs. 2) sowie Wegfall der Bewilligungsgrundlage (lit. e).

Verwaltungsrechtlich gesehen gibt Art. 17 ECSP-VO kein stimmiges Bild ab. Wird von einer Erlaubnis innerhalb einer gesetzlich bekannten Frist kein Gebrauch gemacht, so ist die Regel, dass die Erlaubnis bei **Untätigkeit** ohne diskretionäre Verwaltungsentscheidung **erlischt**. Bekannt ist dies aus § 35 Abs. 1 S. 1 KWG und § 13 Abs. 1 ZAG. Nach dem ZAG gilt der Erlöschenstatbestand auch beim Verzicht auf die Erlaubnis. Für die ECSP-VO sollte nichts anderes angenommen werden.¹⁴²

In den übrigen Konstellationen wird die Erlaubnis **aufgehoben**, womit gesagt ist, dass die Aufsichtsbehörde eine **Ermessensentscheidung** zu treffen hat.¹⁴³ Nach allgemeinen Verwaltungsgrundsätzen muss diese Entscheidung das mildeste Mittel zur Erreichung der Zwecke des Gesetzes und angemessen sein. Diese Grundsätze sind auch für die ECSP-VO relevant, da es in Art. 17 Abs. 1 heißt, die zuständigen Behörden „haben die Befugnis“, die Zulassung zu entziehen. Dies ist als „Kann-Regelung“ zu verstehen. Ergänzend gelten, wie sonst auch, die allgemeinen Aufhebungsgründe der §§ 48, 49 VwVfG, welche ebenfalls lediglich eine Ermessensentscheidung ermöglichen. Dies ist sinnvoll, weil der Erlaubnisentzug für die Anleger und für die sonstigen Gläubiger des Dienstleisters regelmäßig nachteilig ist – insbesondere im hiesigen Bereich, wo die Investitionen nicht durch Entschädigungseinrichtungen gesondert geschützt sind.¹⁴⁴

Relevant ist das Erfordernis der Ermessensausübung beispielhaft in den Fällen, in denen iSd Art. 17 Abs. 1 lit. d ECSP-VO etwaige Falschangaben eines Geschäftsleiters zur Erlangung der Zulassung geführt haben. Die Aufsicht hat zu prüfen, ob im Vergleich zum Entzug der Zulassung als

142 AA Rennig ZBB 2020, 385, 390.

143 Für § 35 KWG vgl. Fischer/Müller in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Auflage 2016, KWG § 35 Rn. 15; für § 13 ZAG vgl. Schäfer in Schäfer/Omlor/Mimberg, ZAG, 2021, § 13 Rn. 6 f.

144 Siehe dazu Ziff. V. 5. b) cc) (2).

5. Grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung (Art. 18 ECSP-VO)

milderes Mittel – insbesondere im Interesse der Anleger – ein Abberufungsverlangen hinsichtlich des pflichtwidrig handelnden Geschäftsleiters in Betracht kommt.¹⁴⁵ Auch eine **Teilaufhebung** ist stets in Erwägung zu ziehen.¹⁴⁶

Ist die Zulassung durch die zuständige Behörde entzogen worden, so ist dies der **ESMA** und den zuständigen Behörden, in denen der Schwarmfinanzierungsdienstleister seine Dienste gemäß Art. 18 ECSP-VO erbringt, unverzüglich – also ohne schulhaftes Zögern – **mitzuteilen**. Die notwendigen Informationen hierfür findet die zuständige Behörde in dem gemäß Art. 14 ECSP-VO geführten Verzeichnis; ESMA ergänzt die Information der Entziehung im Verzeichnis gemäß Art. 17 Abs. 2 S. 2 ECSP-VO. In welchen Fällen eine **grenzüberschreitende Verwaltungszusammenarbeit in Vorbereitung der Entscheidung** notwendig ist, buchstabiert Art. 17 Abs. 3 ECSP-VO aus (insbesondere bei horizontalen Konzernkonstellationen).

5. Grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung (Art. 18 ECSP-VO)

Die Idee des **Europäischen Passes** wird durch Art. 18 ECSP-VO verwirklicht, der es einem *zugelassenen* Schwarmfinanzierungsdienstleister ermöglicht, nach Anzeige der entsprechenden Intention (**Absichtsanzeige**), grenzüberschreitende Dienstleistungen zu erbringen. Einschlägig ist Art. 18 ECSP-VO, wenn sich der Plattformbetreiber gezielt an die Marktteilnehmer im Aufnahmemitgliedstaat mit Außenwirkung richtet, er also nicht nur rein interne Tätigkeiten anstrebt (zB Serverhosting), sondern aktiv Kundenakquise betreiben möchte. Unionsrechtlich harmonisiert wird laut Kommission nur ein Tätigwerden im Rahmen des **freien Dienstleistungsverkehrs**. Eine Errichtung unabhängiger Zweigstellen sieht die ECSP-VO hingegen nicht vor, weshalb eine Niederlassung uU zusätzlichen Anforderungen in einem Mitgliedstaat unterliegen kann.¹⁴⁷

Die für die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung erforderlichen Angaben (Art. 18 Abs. 1 lit. a–d ECSP-VO) müssen an die zuständige

145 Für ein entsprechendes Beispiel zu § 13 Abs. 2 Nr. 2 ZAG vgl. etwa Schäfer in Schäfer/Omlor/Mimberg, ZAG, 2021, § 13 Rn. 9.

146 Siehe allgemein Fischer/Müller in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Auflage 2016, KWG § 35 Rn. 15.

147 Vgl. ESMA35-42-1088, Antwort auf Frage 3.7, wonach die Rahmenbedingungen von Art. 49 bzw. 56 AEUV zu beachten sind. Zur Rolle der Grundfreiheiten im FinTech-Kontext auch Müller in Krimphove, Fintechs, 2019, S. 83, 91.

III. Zulassung als Schwarmfinanzierungsdienstleister

Behörde übermittelt werden, welche ihrerseits die Angaben den zuständigen Schwesterbehörden der Aufnahmemitgliedstaaten und der ESMA zwecks Aktualisierung des Verzeichnisses weiterleitet, vgl. Art. 18 Abs. 2 ECSP-VO. Über diese Mitteilungen wird der Schwarmfinanzierungsdienstleister gemäß Art. 18 Abs. 3 ECSP-VO von der für ihn zuständigen Behörde unterrichtet. Die Aufnahme der grenzüberschreitenden Tätigkeit ist nach Maßgabe des Art. 18 Abs. 4 ECSP-VO ab Eingang dieser Mitteilung, spätestens 15 Kalendertage nach *vollständiger* Übermittlung der gemäß Art. 18 Abs. 1 ECSP-VO erforderlichen Angaben zulässig. Dabei dürfen vom Aufnahmemitgliedstaat keine zusätzlichen Anforderungen auferlegt werden (ErwGr 33 ECSP-VO).