

Darstellung

der Anforderungen für die Erteilung einer Erlaubnis
gemäß § 8 Abs. 1 ZAG-E

vorgelegt

von

Dr. Udo A. Zietsch

- Rechtsanwalt und Partner -

Avocado Rechtsanwälte

Partnerschaft

Frankfurt Köln Hamburg Berlin München Brüssel

A. Sachverhalt

Das Bundeskabinett hat am 22.10.2008 den Regierungsentwurf für das Zahlungsdiensteumsetzungsgesetz, mit der die nationale Umsetzung der aufsichtsrechtlichen Regelungen der Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 13.11.2007 („**Zahlungsdiensterichtlinie**“) erfolgen soll und deren wesentlicher Bestandteil das Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz („**ZAG**“) ist, verabschiedet. Der Bundestag hat in erster Lesung am 28.1.2009 über den Entwurf beraten. Die zweite und dritte Lesung des Entwurfes im Bundestag ist noch vor der Sommerpause geplant.

Das Zahlungsdiensteumsetzungsgesetz – und damit auch das Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz – soll am 31.10.2009 in Kraft treten. Aufgrund der Vorgaben der Zahlungsdiensterichtlinie ist jedenfalls mit grundsätzlichen Änderungen im Gesetzgebungsverfahren wohl nicht zu rechnen.

Mit der Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie soll eine europaweit einheitliche Rechtslage für bargeldlose Zahlungen im europäischen Binnenmarkt geschaffen werden. Ziel ist die Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen für alle Anbieter im EU-weiten Zahlungsverkehr. Nach der Neuregelung kann nur derjenige von der BaFin die Erlaubnis zur EU-weiten Erbringung von Zahlungsdiensten erhalten, der die Anforderungen des ZAG erfüllt.

B. Fragestellung

Es stellt sich die Frage, welche Anforderungen für die Erteilung einer Erlaubnis gemäß § 8 Abs. 1 ZAG-E sowie die Folgepflichten gemäß ZAG-E nach der Erlaubniserteilung bestehen.

C. Darstellung

Die Anforderungen für die Erteilung einer Erlaubnis gemäß § 8 Abs. 1 ZAG-E sowie der Folgepflichten stellen sich wie folgt dar:

1. Erfordernis der Erlaubnis zur Erbringung von Zahlungsdiensten

Wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Zahlungsdienste als Zahlungsinstitut erbringen will, bedarf der schriftlichen Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (nachfolgend „BaFin“ genannt) gemäß § 8 Abs. 1 des Entwurfes des Zahlungsdienstenaufsichtsgesetzes („ZAG-E“).

Wer ohne eine solche Erlaubnis Zahlungsdienste erbringt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

2. Einstufung als Zahlungsinstitut

a) Die Einstufung als Zahlungsinstitut ist erforderlich, weil der ZAG-E lediglich die aufsichtsrechtlichen Anforderungen für Zahlungsinstitute festlegt, nicht hingegen für (sonstige) Zahlungsdienstleister, die ebenfalls Zahlungsdienste nach dem ZAG-E erbringen, ohne hierbei Zahlungsinstitut im Sinne des ZAG-E zu sein.

b) Zahlungsinstitute im Sinne des ZAG-E sind Unternehmen, die gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Zahlungsdienste erbringen, ohne hierbei

(1) Kreditinstitut im Sinne des Artikels 4 Nr. 1 Buchstabe a der Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, die im Inland zum Geschäftsbetrieb berechtigt sind;

(2) E-Geld-Institut im Sinne des Artikels 1 Abs. 3 Buchstabe a der Richtlinie 2000/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. September 2000 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten in Verbindung mit Artikel 158 der Richtlinie 2006/48/EG, die im Inland zum Geschäftsbetrieb berechtigt sind

zu sein.

Der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände sowie die Träger bundes- oder landesmittelbarer Verwaltung, soweit sie nicht hoheitlich handeln sowie die Europäische Zentralbank, die Deutsche Bundesbank sowie andere Zentralbanken in der Europäischen Union oder den anderen Staaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, wenn sie nicht in ihrer Eigenschaft als

Währungsbehörde oder andere Behörde handeln, fallen per Definition – ebenso wie die Kredit- und E-Geldinstitute im vorgenannten Sinne – ebenfalls unter die sonstigen Zahlungsdienstleister – ohne hierbei Zahlungsinstitut im Sinne des ZAG zu sein.

3. Einstufung der Tätigkeit als Zahlungsdienst

Bei der geplanten Tätigkeit muss es sich um Zahlungsdienste im Sinne des ZAG-E handeln, da sich die Erlaubnispflicht gemäß § 8 Abs. 1 ZAG-E ausdrücklich auf Zahlungsinstitute erstreckt, die als solche Zahlungsdienste im Sinne des ZAG-E erbringen wollen.

Insoweit ist festzuhalten, dass nach der bisherigen Behördenpraxis der BaFin im Bank- und Finanzdienstleistungsbereich davon auszugehen sein dürfte, dass eine Tätigkeit bei bestehenden Abgrenzungsfragen „im Zweifel“ als (erlaubnispflichtiger) Zahlungsdienst einzustufen sein dürfte, weil die BaFin aufgrund ihrer Aufsichtsfunktion grundsätzlich ein Interesse an einer extensiven Betrachtungsweise hat.

a) Zahlungsdienste im Sinne des ZAG-E

Zahlungsdienste im Sinne des ZAG-E sind insbesondere:

- die Dienste, mit denen Bareinzahlungen auf ein Zahlungskonto oder Barauszahlungen von einem Zahlungskonto ermöglicht werden, sowie alle für die Führung eines Zahlungskontos erforderlichen Vorgänge (*Ein-oder Auszahlungsgeschäft*),
 - die Ausführung von Zahlungsvorgängen einschließlich der Übermittlung von Geldbeträgen auf ein Zahlungskonto beim Zahlungsdienstleister des Zahlungsdienstnutzers oder bei einem anderen Zahlungsdienstleister durch
 - die Ausführung von Lastschriften einschließlich einmaliger Lastschriften (*Lastschriftgeschäft*),
 - die Ausführung von Überweisungen einschließlich Daueraufträgen (*Überweisungsgeschäft*),
 - die Ausführung von Zahlungsvorgängen mittels einer Zahlungskarte oder eines ähnlichen Zahlungsinstruments (*Zahlungskartengeschäft*),
- ohne Kreditgewährung (*Zahlungsgeschäft*),

- die Ausführung der vorstehend genannten Zahlungsvorgänge mit Kreditgewährung (*Zahlungsgeschäft mit Kreditgewährung*),
- die Ausgabe von Zahlungsauthentifizierungsinstrumenten oder die Annahme und Abrechnung von mit Zahlungsauthentifizierungsinstrumenten ausgelösten Zahlungsvorgängen (*Zahlungsauthentifizierungsgeschäft*),
- die Ausführung von Zahlungsvorgängen, bei denen die Zustimmung des Zahlers zur Ausführung eines Zahlungsvorgangs über ein Telekommunikations-, Digital-, oder IT-Gerät übermittelt wird und die Zahlung an den Betreiber des Telekommunikations- oder IT-Systems oder IT-Netzes erfolgt, sofern der Betreiber ausschließlich als zwischengeschaltete Stelle zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Lieferanten der Waren oder Dienstleistungen tätig ist (*digitalisiertes Zahlungsgeschäft*) und
- die Dienste, bei denen ohne Einrichtung eines Zahlungskontos auf den Namen eines Zahlers oder eines Zahlungsempfängers ein Geldbetrag des Zahlers ausschließlich zur Übermittlung eines entsprechenden Betrags an den Zahlungsempfänger oder an einen anderen, im Namen des Zahlungsempfängers handelnden Zahlungsdienstleister entgegengenommen wird oder bei dem der Geldbetrag im Namen des Zahlungsempfängers entgegengenommen und diesem verfügbar gemacht wird (*Finanztransfersgeschäft*).

b) Weitere von einer Erlaubnis nach ZAG-E erfasste Geschäfte:

Über die Erbringung von Zahlungsdiensten im o. g. Sinne hinaus sind insbesondere von der Erlaubnis umfasst:

- die Erbringung betrieblicher und eng verbundener Nebendienstleistungen; Nebendienstleistungen sind die Sicherstellung der Ausführung von Zahlungsvorgängen, Devisengeschäfte, Dienstleistungen für die Sicherstellung des Datenschutzes sowie die Datenspeicherung und -verarbeitung und Verwahrungsleistungen, soweit es sich nicht um die Entgegennahme von Einlagen handelt;
- der Betrieb von Zahlungssystemen nach Maßgabe des ZAG-E.

Ein Zahlungssystem im Sinne des ZAG-E ist gemäß § 7 Abs. 6 ZAG-E ein System zum Zwecke von Verarbeitung, Clearing, Verrechnung und Abwicklung von Zahlungsvorgängen auf Basis einer förmlichen Vereinbarung mit gemeinsamen Regeln, die zwischen einer Partei, die das System betreibt (Betreiber) und mindestens drei Teilnehmern zur Übermittlung von Geldbeträgen getroffen wurde; dabei wird eine etwaige von dem Betreiber verselbständigte Ver- und Abrechnungsstelle, zentrale Vertragspartei oder

Clearingstelle nicht mitgerechnet. Teilnehmer können nur Zahlungsdienstleister sein.

- Geschäftstätigkeiten, die nicht in der Erbringung von Zahlungsdiensten bestehen, wobei das geltende Gemeinschaftsrecht und das jeweils maßgebende einzelstaatliche Recht – insbesondere das Kreditwesengesetz („**KWG**“) – zu berücksichtigen sind.

Hierbei sind insbesondere im Hinblick auf eine mögliche **Kreditgewährung und Verwaltung von Geldbeträgen im Zusammenhang mit der Erbringung von Zahlungsdiensten** die folgenden, gesetzlich festgelegten Grenzen zu beachten:

- Soweit ein Zahlungsinstitut im Rahmen der Erlaubnis nach § 8 Abs. 1 ZAG-E Zahlungskonten für Zahlungsdienstnutzer führt, darf das Zahlungsinstitut über diese Zahlungskonten ausschließlich die Abwicklung von Zahlungsvorgängen vornehmen.
- Guthaben auf Zahlungskonten, die bei dem Zahlungsinstitut geführt werden, dürfen nicht verzinst werden.
- Die Geldbeträge, die ein Zahlungsinstitut von den Zahlungsdienstnutzern für die Durchführung von Zahlungsvorgängen entgegennimmt, gelten nicht als Einlagen oder andere unbedingt rückzahlbare Gelder des Publikums im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG oder als elektronisches Geld im Sinne des § 1 Abs. 14 KWG.

Ein Zahlungsinstitut darf im Rahmen seiner Erlaubnis nach § 8 Abs. 1 ZAG-E Zahlungsdienstnutzern nur im Zusammenhang mit den zuvor unter 3. a) Punkte 1 bis 5 aufgeführten Zahlungsdiensten Kredite (im Sinne von § 19 KWG) gewähren, sofern

- die Gewährung des Kredits als Nebentätigkeit und ausschließlich im Zusammenhang mit der Ausführung eines Zahlungsvorgangs erfolgt,
- im Kreditvertrag eine Laufzeit von mehr als 12 Monaten nicht vereinbart und das Darlehen innerhalb von 12 Monaten vollständig zurückzuzahlen ist und
- der Kredit nicht aus den für den Zweck der Ausführung eines Zahlungsvorgangs entgegengenommenen oder gehaltenen Geldbeträgen gewährt wird.

Eine Kreditgewährung, die diese Voraussetzungen erfüllt, gilt nicht als Kreditgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG, wenn sie durch ein Zahlungsinstitut erfolgt, das keine Erlaubnis zum Betreiben des Kreditgeschäfts als Kreditinstitut hat.

c) Keine Zahlungsdienste im Sinne des ZAG-E

Keine Zahlungsdienste im Sinne des ZAG-E sind insbesondere:

- Zahlungsvorgänge, die ohne zwischengeschaltete Stellen ausschließlich als unmittelbare Bargeldzahlung vom Zahler an den Zahlungsempfänger erfolgen,
- Zahlungsvorgänge zwischen Zahler und Zahlungsempfänger über einen Handelsvertreter oder Zentralregulierer, der befugt ist, den Verkauf oder Kauf von Waren oder Dienstleistungen im Namen des Zahlers oder des Zahlungsempfängers auszuhandeln oder abzuschließen,
- der gewerbsmäßige Transport von Banknoten und Münzen einschließlich ihrer Entgegennahme, Bearbeitung und Übergabe,
- Dienste, bei denen der Zahlungsempfänger dem Zahler Bargeld im Rahmen eines Zahlungsvorgangs aushändigt, nachdem ihn der Zahlungsdienstnutzer kurz vor der Ausführung eines Zahlungsvorgangs zum Erwerb von Waren oder Dienstleistungen ausdrücklich hierum gebeten hat,
- Geldwechselgeschäfte, die bar abgewickelt werden,
- Zahlungsvorgänge, denen eines der folgenden Dokumente zugrunde liegt, das auf den Zahlungsdienstleister gezogen ist und die Bereitstellung eines Geldbetrags an einen Zahlungsempfänger vorsieht:
 - ein Scheck in Papierform im Sinne des Scheckgesetzes oder ein vergleichbarer Scheck in Papierform nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum,
 - ein Wechsel in Papierform im Sinne des Wechselgesetzes oder ein vergleichbarer Wechsel in Papierform nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum,
 - ein Gutschein in Papierform,
 - ein Reisescheck in Papierform oder

- eine Postanweisung in Papierform im Sinne der Definition des Weltpostvereins,
- Zahlungsvorgänge, die innerhalb eines Zahlungs- oder Wertpapierabwicklungssystems zwischen Zahlungsausgleichsagenten, zentralen Gegenparteien, Clearingstellen oder Zentralbanken und anderen Teilnehmern des Systems und Zahlungsdienstleistern abgewickelt werden,
- Zahlungsvorgänge im Zusammenhang mit der Bedienung von Wertpapieranlagen, die von den unter den vorigen Punkt fallenden Unternehmen oder von Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten oder Kapitalanlagegesellschaften im Rahmen ihrer Erlaubnis nach dem Kreditwesengesetz oder dem Investmentgesetz durchgeführt werden,
- Dienste im Sinne des § 1 Abs. 10 Nr. 9 ZAG-E, die von technischen Dienstleistern erbracht werden, die zwar zur Erbringung der Zahlungsdienste beitragen, jedoch zu keiner Zeit in den Besitz der zu übermittelnden Geldbeträge gelangen, wie beispielsweise die Verarbeitung und Speicherung von Daten, vertrauensbildende Maßnahmen und Dienste zum Schutz der Privatsphäre, Nachrichten- und Instanzenauthentisierung, Bereitstellung von IT- und Kommunikationsnetzen sowie die Bereitstellung und Wartung der für Zahlungsdienste genutzten Endgeräte und Einrichtungen,
- Dienste, die auf Instrumenten beruhen, die für den Erwerb von Waren oder Dienstleistungen nur in den Geschäftsräumen des Ausstellers oder im Rahmen einer Geschäftsvereinbarung mit dem Aussteller entweder für den Erwerb innerhalb eines begrenzten Netzes von Dienstleistern oder für den Erwerb einer begrenzten Auswahl von Waren oder Dienstleistungen verwendet werden können,
- Zahlungsvorgänge, die über ein Telekommunikations-, ein Digital- oder IT-Gerät ausgeführt werden, an das Waren oder Dienstleistungen geliefert werden und mittels dieses Gerätes genutzt werden sollen, sofern der Betreiber des Telekommunikations-, Digital- oder IT-Systems oder IT-Netzes nicht ausschließlich als zwischengeschaltete Stelle zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Lieferanten der Waren und Dienstleistungen tätig ist,
- Zahlungsvorgänge, die von Zahlungsdienstleistern untereinander auf eigene Rechnung oder von ihren Agenten oder Zweigniederlassungen untereinander auf eigene Rechnung ausgeführt werden,
- Zahlungsvorgänge innerhalb eines Konzerns oder zwischen Mitgliedern einer kreditwirtschaftlichen Verbundgruppe eines institutsbezogenen Sicherungssystems nach § 10c Abs. 2 KWG,
- Dienste von Dienstleistern, die keinen Rahmenvertrag mit Kunden geschlossen haben, bei denen Geld für einen oder mehrere Kartenemittenten an multifunktionalen Bankautomaten abgehoben wird, vorausgesetzt, dass diese Dienstleister keine anderen Zahlungsdienste erbringen und

- die nicht gewerbsmäßige Entgegennahme und Übergabe von Bargeld im Rahmen einer gemeinnützigen Tätigkeit oder einer Tätigkeit ohne Erwerbszweck.

Allerdings ist an dieser Stelle anzumerken, dass der Umfang dieser Ausnahmetatbestände derzeit nicht klar bestimmbar bzw. abgrenzbar ist, weil es bisher hierzu keinerlei Behördenpraxis oder Rechtsprechung gibt.

Dies gilt insbesondere auch für die Dienste technischer Dienstleister gemäß § 1 Abs. 10 Nr. 9 ZAG-E. Die Gesetzesbegründung verweist in diesem Punkt lediglich auf den Gesetzestext und enthält darüber hinaus keine zusätzlichen Informationen. Damit ist eine seriöse Einschätzung zu der Reichweite dieser Ausnahmetatbestände derzeit nicht möglich.

Zum Handelsvertreter wird in der Gesetzesbegründung zunächst ebenfalls der Gesetzestext in Bezug genommen. Darüber hinaus wird dort ausgeführt:

„...Der Schwerpunkt der Dienstleistung des Handelsvertreters liegt in der Vermittlung des Grundgeschäfts, dem Verkauf oder Kauf von Waren oder Dienstleistungen, das überhaupt erst Anlass zu dem Zahlungsvorgang gibt, den er sozusagen als Nebendienstleistung abwickelt...“

Hieraus lässt sich allenfalls ableiten, dass der Zahlungsdienst im Sinne des ZAG-E zentraler Bestandteil der Tätigkeit des Zahlungsinstitutes sein muss, soweit von diesem überhaupt andere Tätigkeiten erbracht werden.

4. Antragstellung

Der Antrag auf Erlaubniserteilung ist schriftlich und mit folgendem Inhalt zu stellen:

a) Inhalt des Erlaubnisantrages

Der Erlaubnisantrag muss bestimmte Angaben und Nachweise enthalten, wobei die Erlaubniserteilung seitens der BaFin versagt werden kann, wenn die gemachten Angaben oder Unterlagen nicht ausreichend sind. Der Antrag muss nachfolgende Angaben und Nachweise enthalten:

- (1) das Geschäftsmodell, aus dem insbesondere die Art der beabsichtigten Zahlungsdienste hervorgeht,
- (2) den Geschäftsplan mit einer Budgetplanung für die ersten drei Geschäftsjahre, aus dem hervorgeht, dass der Antragsteller über geeignete und verhältnismäßige Systeme, Ressourcen und Verfahren verfügt, um seine Tätigkeit ordnungsgemäß auszuführen,
- (3) den Nachweis, dass das Zahlungsinstitut über ein ausreichendes Anfangskapital entsprechen unten lit b) (2) verfügt,

- (4) eine Beschreibung der Maßnahmen zur Erfüllung der Sicherungsanforderungen gemäß § 13 ZAG,
- (5) eine Beschreibung der Unternehmenssteuerung und der internen Kontrollmechanismen des Antragstellers einschließlich der Verwaltungs-, Risikomanagement- und Rechnungslegungsverfahren, aus der hervorgeht, dass diese Unternehmenssteuerung, Kontrollmechanismen und Verfahren verhältnismäßig, angemessen, zuverlässig und ausreichend sind,
- (6) eine Beschreibung der internen Kontrollmechanismen, die der Antragsteller eingeführt hat, um die Anforderungen des § 22 des Geldwäschegesetzes und der Verordnung (EG) Nr. 1781/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. November 2006 über die Übermittlung von Angaben zum Auftraggeber bei Geldtransfers zu erfüllen,
- (7) eine Darstellung des organisatorischen Aufbaus des Antragstellers, gegebenenfalls einschließlich einer Beschreibung der geplanten Inanspruchnahme von Agenten und Zweigniederlassungen sowie einer Darstellung der Auslagerungsvereinbarungen, und eine Beschreibung der Art und Weise seiner Teilnahme an einem einzelstaatlichen oder internationalen Zahlungssystem,
- (8) die Namen der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung, die Höhe ihrer Beteiligung sowie der Nachweis, dass sie den im Interesse der Gewährleistung einer soliden und umsichtigen Führung des Zahlungsinstituts zu stellenden Ansprüchen genügen,
- (9) die Namen der Geschäftsleiter, der für die Geschäftsleitung des Zahlungsinstituts verantwortlichen Personen und soweit es sich um Unternehmen handelt, die neben der Erbringung von Zahlungsdiensten anderen Geschäftsaktivitäten nachgehen, der für die Führung der Zahlungsdienstgeschäfte des Zahlungsinstituts verantwortlichen Personen. Der Antrag muss den Nachweis enthalten, dass die vorgenannten Personen zuverlässig sind und über angemessene theoretische und praktische Kenntnisse und Fähigkeiten zur Erbringung von Zahlungsdiensten verfügen. Der Antragsteller hat mindestens zwei Geschäftsleiter zu bestellen; bei Zahlungsinstituten mit geringer Größe genügt ein Geschäftsleiter,
- (10) gegebenenfalls die Namen der Abschlussprüfer des Jahresabschlusses und des Konzernabschlusses,
- (11) die Rechtsform und die Satzung oder den Gesellschaftsvertrag des Antragstellers;
- (12) die Anschrift der Hauptverwaltung oder des Sitzes des Antragstellers.

b) Weitere Voraussetzungen einer Erlaubniserteilung gemäß ZAG-E

Das Zahlungsinstitut muss des Weiteren die folgenden Voraussetzungen erfüllen:

- (1) Es muss sich um eine juristische Person oder Personenhandelsgesellschaft handeln;
- (2) die zum Geschäftsbetrieb erforderlichen Mittel, insbesondere ein ausreichendes Anfangskapital im Sinne des § 10 Abs. 2a Satz 1 Nr. 2, 3 oder 6 des KWG muss im Inland zur Verfügung stehen und zwar:

- a) bei Zahlungsinstituten, die nur die unter § 1 Abs. 2 Nr. 6 ZAG-E genannten Zahlungsdienste (Zahlungsvorgänge, denen ein Scheck, ein Wechsel, ein Gutschein, ein Reisescheck oder eine Postanweisung jeweils in Papierform zugrunde liegen) erbringen, einen Betrag im Gegenwert von mindestens EUR 20.000,00,
- b) bei Zahlungsinstituten, die nur die unter § 1 Abs. 2 Nr. 5 ZAG-E genannten Zahlungsdienste (Geldwechselgeschäfte, die bar abgewickelt werden) erbringen, einen Betrag im Gegenwert von mindestens EUR 50.000,00,
- c) bei Zahlungsinstituten, die die unter § 1 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 ZAG-E genannten Zahlungsdienste erbringen, einen Betrag im Gegenwert von mindestens EUR 125.000,00.

Dies bedeutet, dass bei der Ausführung beispielsweise von Lastschriften gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 a) ZAG-E ein Anfangskapital von mindestens EUR 125.000,00 gegeben sein muss.

- (3) Es dürfen keine Tatsachen vorliegen,
- die die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller oder der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung oder, wenn dieser eine juristische Person ist, auch ein gesetzlicher oder satzungsmäßiger Vertreter, oder, wenn er eine Personenhandelsgesellschaft ist, auch ein Gesellschafter, nicht zuverlässig ist oder aus anderen Gründen nicht den im Interesse einer soliden und umsichtigen Führung des Zahlungsinstituts zu stellenden Ansprüchen genügt;
 - aus denen sich ergibt, dass ein Geschäftsleiter nicht zuverlässig ist oder nicht die zur Leitung des Zahlungsinstituts erforderliche fachliche Eignung hat und auch nicht eine andere Person als die für die Geschäftsleistung des Zahlungsinstitutes Verantwortlichen (nach oben 4. a) (9)) als Geschäftsleiter bezeichnet wird; die fachliche Eignung setzt voraus, dass in ausreichendem Maß theoretische und praktische Kenntnisse in den betreffenden Geschäften und Leitungserfahrung vorhanden sind;
 - aus denen sich ergibt, dass das Zahlungsinstitut über keine wirksamen Verfahren zur Ermittlung, Steuerung, Überwachung und Meldung von Risiken sowie angemessene interne Kontrollverfahren gegen Geldwäsche (gemäß § 22 ZAG-E) einschließlich solider Verwaltungs- und Rechnungslegungsverfahren verfügt;
 - die die Annahme rechtfertigen, dass eine wirksame Aufsicht über das Zahlungsinstitut beeinträchtigt wird, was insbesondere der Fall ist, wenn

- das Zahlungsinstitut mit anderen Personen oder Unternehmen in einen Unternehmensverbund eingebunden ist oder in einer engen Verbindung zu einem solchen steht, der durch die Struktur des Beteiligungsgeflechtes oder mangelhafte wirtschaftliche Transparenz eine wirksame Aufsicht über das Zahlungsinstitut beeinträchtigt,
- eine wirksame Aufsicht über das Zahlungsinstitut wegen der für solche Personen oder Unternehmen geltenden Rechts- oder Verwaltungsvorschriften eines Drittstaates beeinträchtigt wird oder
- das Zahlungsinstitut Tochterunternehmen eines Instituts mit Sitz in einem Drittstaat ist, das im Staat seines Sitzes oder seiner Hauptverwaltung nicht wirksam beaufsichtigt wird oder dessen zuständige Aufsichtsstelle zu einer befriedigenden Zusammenarbeit mit der BaFin nicht bereit ist.

Liegen die vorgenannten Voraussetzungen nicht vor, ist die Erlaubniserteilung zu versagen. Die Vorschrift räumt der BaFin folglich kein Ermessen bei der Entscheidung über die Versagung der Erlaubniserteilung ein.

5. Bearbeitungsdauer

Die BaFin muss dem Antragsteller einer Erlaubnis binnen drei Monaten nach Einreichung der vollständigen Unterlagen für einen Erlaubnis Antrag mitteilen, ob eine Erlaubnis erteilt oder versagt wird.

Diese Frist gilt somit nur, wenn die Unterlagen für den Erlaubnis Antrag vollständig bei der BaFin eingereicht wurden. Aufgrund der Komplexität eines solchen Erlaubnisverfahrens ist dies jedoch eher die Ausnahme, so dass realistischere Weise mit Nachfragen der BaFin und dem Erfordernis der Nachreichung bzw. Ergänzung von Unterlagen zu rechnen ist.

Bei gut vorbereiteten Unterlagen dürfte daher aufgrund der Erfahrung mit Erlaubnis Anträgen gemäß § 32 Abs. 1 KWG mit einer Bearbeitungsdauer von drei bis sechs Monaten ab dem Zeitpunkt der Einreichung bei der BaFin auszugehen sein. Somit kommt es entscheidend auf die Qualität der Vorbereitung der Unterlagen an, für die ein zusätzlicher Zeitraum von einem Monat bis drei Monate eingeplant werden sollte. Denn sollten die einzureichenden Unterlagen schlecht vorbereitet, unvollständig oder unzureichend sein und müssten daher in Abstimmung mit der BaFin in größerem Umfang nachgereicht oder ergänzt werden, so kann es bezüglich der Bearbeitungszeit seitens der BaFin zu erheblichen Verzögerungen kommen.

6. Angaben zu Kosten

Die Kosten für die Beantragung einer Erlaubnis gemäß § 8 ZAG-E sind nicht nur unerheblich und müssen mit etwaigen Kosten und Risiken abgewogen werden, die bei dem Erwerb eines bereits operativ tätigen Instituts mit der – für das selbst geplante Geschäftsmodell – erforderlichen Erlaubnis anfallen würden.

a) Kosten durch Bearbeitungsgebühren der BaFin

Die BaFin kann für die Prüfung der eingereichten Unterlagen und die Erteilung (aber auch für die Versagung) der Erlaubnis insgesamt Gebühren in Höhe von EUR 1.000,00 bis EUR 5.000,00 festsetzen.

Die Höhe der Gebühr richtet sich im Einzelfall nach dem Umfang der vom Zahlungsinstitut angemeldeten Zahlungsdienste und dem für die Entscheidung erforderlichen Arbeitsaufwand gemäß Ziffer 5 lit. a) und i) der als Art. 4 dem Gesetzesentwurf beigefügten „Änderung der Verordnung über die Erhebung von Gebühren und die Umlegung von Kosten nach dem Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz“.

b) Kosten der Berater

Die Kosten im Zusammenhang mit der Beantragung der Erlaubnis gemäß § 8 ZAG-E für die Tätigkeit der strategischen und rechtlichen Berater (also ohne Financial und Tax) hängen selbstverständlich in erheblichem Umfang von der Qualität und Schnelligkeit der Zuarbeit von und Zusammenarbeit mit den Mitarbeiter des beantragenden Instituts bei der Vorbereitung und gegebenenfalls Nachbesserung der bei der BaFin einzureichenden Unterlagen ab.

Erfahrungsgemäß dürften diese Kosten – bei grober Schätzung und unter Berücksichtigung des Erfordernisses einer guten Zuarbeit durch die Mitarbeiter des beantragenden Instituts – zwischen 15.000 und 30.000 Euro liegen.

7. Folgepflichten nach Erlaubniserteilung

Die Zahlungsinstitute haben nach der Erlaubniserteilung gemäß § 8 Abs. 1 ZAG-E insbesondere folgende Pflichten zu erfüllen:

a) Berichts- und Aufbewahrungspflichten

- Zahlungsinstitute haben bei der BaFin und der Deutschen Bundesbank vierteljährlich die für die Überprüfung der angemessenen

Eigenkapitalausstattung erforderlichen Angaben einzureichen (maßgeblich ist der Stand zum Meldestichtag am Ende eines Kalendervierteljahres).

- Sie haben bei der BaFin und der Deutschen Bundesbank jeweils unverzüglich den innerhalb der ersten drei Monate des Geschäftsjahres aufzustellenden Jahresabschluss für das vergangene Geschäftsjahr sowie den später festgestellten Jahresabschluss und den Lagebericht einzureichen.
- Die Zahlungsinstitute haben alle Unterlagen – unbeschadet anderer gesetzlicher Bestimmungen – mindestens fünf Jahre aufzubewahren.

b) Sonstige Pflichten

- Zahlungsinstitute müssen über angemessenes Eigenkapital verfügen.
- Bei der Erbringung von Zahlungsdiensten haben Zahlungsinstitute etwaige Geldbeträge, die sie für die Ausführung von Zahlungsvorgängen entgegen genommen haben (von Zahlungsdienstnutzern oder über einen anderen Zahlungsdienstleister) nach einer der nachfolgenden Methoden zu sichern:

Die Geldbeträge

- dürfen zu keinem Zeitpunkt mit den Geldbeträgen anderer natürlicher oder juristischer Personen als der Zahlungsdienstnutzer, für die sie gehalten werden, vermischt werden,
- müssen, wenn sie sich am Ende des auf den Tag ihres Eingangs folgenden Geschäftstags noch in Händen des Zahlungsinstituts befinden und noch nicht dem Zahlungsempfänger übergeben oder an einen anderen Zahlungsdienstleister übermittelt worden sind, auf einem offenen Treuhandkonto bei einem Kreditinstitut hinterlegt oder in sichere liquide Aktiva mit niedrigem Risiko, wie von der BaFin definiert, investiert werden und
- sind so von den übrigen Vermögenswerten des Zahlungsinstituts zu trennen, dass sie im Insolvenzfall nicht in die Insolvenzmasse des Zahlungsinstituts fallen und dessen Gläubiger auf sie auch nicht im Wege der Einzelvollstreckung Zugriff haben.

Alternativ können die Geldbeträge auch durch eine Versicherung oder eine andere vergleichbare Garantie bei einem im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Versicherungsunternehmen oder Kreditinstitut, das nicht zur selben Gruppe gehört wie das Zahlungsinstitut selbst, über einen Betrag abgesichert werden, der demjenigen entspricht, der ohne die Versicherung oder die andere vergleichbare Garantie getrennt

geführt werden müsste, und der im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Zahlungsinstituts auszusahlen ist.

Das Zahlungsinstitut hat der BaFin während des laufenden Geschäftsbetriebes auf Anforderung darzulegen und nachzuweisen, dass es ausreichende Maßnahmen ergriffen hat, um die genannten Sicherungsanforderungen zu erfüllen. Die BaFin kann das Zahlungsinstitut (unter Fristsetzung) auffordern, die erforderlichen Nachweise vorzulegen oder Vorkehrungen zu treffen, die geeignet und erforderlich sind, bestehende Mängel zu beseitigen. Werden die Nachweise oder Vorkehrungen nicht oder nicht fristgerecht vorgelegt oder ausgeführt, kann die BaFin einstweilige Maßnahmen treffen. Hierunter fallen z. B. die Erteilung von Anweisungen an die Geschäftsführung des Zahlungsinstitutes, die Untersagung oder Beschränkung der Tätigkeiten von Geschäftsleitern oder die Bestellung von Aufsichtspersonen etc.

Ein Zahlungsinstitut, die Mitglieder seiner Organe sowie seine Beschäftigten und die für das Zahlungsinstitut tätigen Agenten, seine Zweigniederlassungen und Auslagerungsunternehmen haben der BaFin, den Personen und Einrichtungen, derer sich die BaFin bei der Durchführung ihrer Aufgaben bedient, sowie der Deutschen Bundesbank auf Verlangen Auskünfte über alle Geschäftsangelegenheiten zu erteilen und Unterlagen vorzulegen.

- Die BaFin kann, auch ohne besonderen Anlass, bei den Zahlungsinstituten, ihren Zweigniederlassungen, Agenten und Auslagerungsunternehmen Prüfungen vornehmen und die Durchführung der Prüfungen der Deutschen Bundesbank übertragen. Zu diesem Zweck können auch die Geschäftsräume des Zahlungsinstituts, der Zweigniederlassung, des Agenten oder des Auslagerungsunternehmens innerhalb der üblichen Betriebs- und Geschäftszeiten betreten und besichtigt werden. Die Betroffenen haben derartige Maßnahmen zu dulden.
- Sinkt das Eigenkapital unter den erforderlichen Betrag kann die BaFin diverse Maßnahmen zur Sicherung des Eigenkapitals erlassen, u. a. Entnahmen durch Inhaber oder Gesellschafter sowie die Gewinnausschüttung untersagen oder beschränken oder im Falle einer Gefährdung der Gläubiger des Zahlungsdienstinstitutes einstweilige Maßnahmen (s. o.) treffen.
- Die Geschäftsleiter eines Zahlungsinstitutes haben der BaFin den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung unter Beifügung aussagekräftiger Unterlagen unverzüglich anzuzeigen.
- Das Zahlungsinstitut muss die BaFin und die Deutsche Bundesbank von einer Auslagerung betrieblicher Aufgaben, Aktivitäten und Prozessen in Kenntnis setzen. Im Falle einer Auslagerung sind zudem diverse Anforderungen zu beachten.
- Beabsichtigt ein Zahlungsinstitut eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedsstaat der EU oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens

über den europäischen Wirtschaftsraum zu errichten muss es dies der BaFin und der Deutschen Bundesbank unverzüglich unter Mitteilung diverser Informationen und Unterlagen anzeigen.

- Das Zahlungsinstitut muss über eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation verfügen. Dies umfasst insbesondere Maßnahmen hinsichtlich Unternehmenssteuerung, Kontrollmechanismen, Dokumentation, Risikomanagement etc.

D. Zusammenfassung

Insgesamt ist zusammenfassend festzuhalten, dass die Anforderungen an die Erteilung einer Erlaubnis gemäß § 8 Abs. 1 ZAG-E und die Folgepflichten einen nicht nur unerheblichen zeitlichen und finanziellen Aufwand bedeuten.

Es sollte daher alternativ erwogen werden, einen Kooperationspartner – z.B. ein Kreditinstitut mit einer Bankerlaubnis für das Girogeschäft – zu finden, der (bereits) über die erforderliche Erlaubnis für die Tätigkeit im Rahmen des vorliegenden Geschäftsmodells verfügt. Einem solchen Kooperationspartner könnte das eigene Know-how und IT-System für die Durchführung der Zahlungen im Rahmen des Geschäftsmodells als technischer Dienstleister im Rahmen des Outsourcing gegen anteilige Gebühr zur Verfügung gestellt werden.

Für eine solche Dienstleistungstätigkeit müsste allerdings ein den Anforderungen des Bankenaufsichtsrechts gerecht werdender Vertrag mit dem Kooperationspartner geschlossen werden, der vorab der BaFin zugeleitet werden müsste.

Man sollte diese Entwicklung durch das ZAG als eine Chance sehen, um sich in einem bisher sehr umkämpften Markt mit starker Konkurrenz eine eigene Nische zu schaffen. Dies ist unseres Erachtens mit einem passenden Kooperationspartner in gewinnbringender Weise möglich.

Frankfurt am Main, den 30.04.2009

Dr. Udo A. Zietsch

Kontaktdaten:

avocado rechtsanwälte
Schillerstraße 20
60313 Frankfurt
u.zietsch@avocado-law.com