

# Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz (ZAG)

Casper / Terlau

2. Auflage 2020  
ISBN 978-3-406-72454-1  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

**aa) Vertrieb.** Das Merkmal des **Vertriebs** ist von der **Ausgabe** von E-Geld **abzugrenzen**. Dabei wurde oben (→ Rn. 239ff.) Ausgabe definiert als Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages mit abstrakt-genereller Weisung zwischen dem E-Geld-Emittenten und dem ersten E-Geld-Nehmer einschließlich vom E-Geld-Emittenten jeweils privatautonom festgelegter „Verkörperung“ bzw. Erstellung der die monetäre Werteinheit repräsentierenden Datensequenz. Vertrieb ist das im Namen des E-Geld-Instituts erfolgende In-Verkehr-Bringen des bereits ausgegebenen E-Geldes (*Hings/Lösing* § 13 Rn. 47; *Schwennicke* in *Schwennicke/Auerbach* § 1 a Rn. 41). Dies ist der Fall bei einer bereits aufgeladenen und sofort einsetzbaren Prepaid-Karte. Kauft der Kunde jedoch bei dem E-Geld-Agenten (Tankstelle, Einzelhandelsunternehmen) lediglich **Voucher** zum Aufladen seiner Prepaid-Karte im Internet, so handelt es sich hierbei technisch nicht um ausgegebenes E-Geld, sondern die Ausgabe erfolgt erst, wenn der Kunde den Voucher zB im Internet zum Aufladen seiner Prepaid-Karte einsetzt (RegBegr. Zweite E-Geld-RLUG, BT-Drs. 17/3023, 41, 70). Lädt der Kunde dagegen an einem Automaten des E-Geld-Agenten (Tankstelle oä) seine Prepaid-Karte auf, weil der Automat online mit dem E-Geld-Institut verbunden ist, so findet dabei Ausgabe von E-Geld durch Vermittlung des E-Geld-Agenten statt (vgl. zu diesem Beispiel EU-Kommission FAQ ID 1045 v. 18.5.2011, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/yqol/index.cfm?fuseaction=question.show&questionId=1045>). § 31, der Art. 3 Abs. 5 S. 1 Zweite E-Geld-RL umsetzt, und der die Ausgabe über natürliche und juristische Personen, die im Namen des E-Geld-Instituts handeln, verbietet, widerspricht dem nur scheinbar. Entscheidend ist, dass nur E-Geld-Institute (oder andere E-Geld-Emittenten) aufgrund einer Ausgabe von E-Geld zur Leistung verpflichtet werden sollen (*Fett/Bentele* BKR 2011, 403 (406)). Der zugrunde liegende Art. 3 Abs. 5 S. 1 Zweite E-Geld-RL formuliert entsprechend: „unbeschadet von Abs. 4“ emittieren E-Geld-Institute elektronisches Geld nicht über Agenten. In Abs. 4 ist der Vertrieb von E-Geld genannt. Auch Erwägungsgrund 10 der Zweiten E-Geld-RL formuliert, dass es anerkannt sei, dass „E-Geld-Institute über natürliche oder juristische Personen, die in ihrem Namen handeln (...); E-Geld ausgeben.“ Im weiteren Text des Erwägungsgrundes wird sodann auch die „Aufladung von E-Geld-Produkten“ erwähnt. Die Formulierung des § 31 erscheint demgegenüber unpassend (so auch *Fett/Bentele* BKR 2011, 403 (406)) – zumal die Strafvorschrift des § 63 Abs. 2 Nr. 2 (vgl. dazu → § 63 Rn. 18ff.) droht – und soll auch nach Ansicht des deutschen Gesetzgebers (RegBegr. Zweites E-Geld-RLUG, BT-Drs. 17/3023, 41) die vermittelnde Tätigkeit der E-Geld-Agenten bei der Ausgabe von E-Geld nicht hindern.

Vertrieb kann neben dem In-Verkehr-Bringen von E-Geld auch in Randaktivitäten, wie Werbung und sonstigen absatzfördernden Maßnahmen, bestehen (so auch *Findeisen* in *EFN* § 1 a Rn. 110). Es erscheint allerdings fraglich, ob auch eine **isolierte absatzfördernde Tätigkeit wie Werbung, zB durch Bereitstellung einer schlicht werbenden Internetseite**, bereits den Vertriebsbegriff des § 1 Abs. 10 ausfüllen kann. Als Folge bestünde zum einen die Anzeigepflicht der §§ 32 Abs. 1 S. 2, 25 Abs. 1 bereits dann, wenn ein E-Geld-Institut einen Dritten isoliert mit solchen Marketing- und sonstigen absatzfördernden Maßnahmen beauftragt. Darüber hinaus unterläge ein solches Vertriebs- und Marketing-Unternehmen, wenn es als E-Geld-Agent qualifiziert würde, umfassenden Pflichten nach dem GwG, insbesondere umfassenden internen Organisationspflichten nach § 6 GwG; eine solche Folge erscheint nicht sachgerecht. Die aufsichtsrechtliche Zielsetzung der besonders strengen Überwachung (gemäß §§ 32 Abs. 1 S. 2, 25 Abs. 1) der Er-

bringung von regulierten Tätigkeiten (Ausgabe und Rücktausch von E-Geld) durch Dritte im Namen des E-Geld-Instituts ist im Falle einfacher Absatzförderung einschließlich der Vermittlung von Neukunden nicht berührt. Der Zweck der Einlagensicherung und der Schutz des Vertrauens in den Geld- und Zahlungsverkehr sind nicht betroffen, da und wenn solche schlicht werbenden Unternehmen nicht in Geldflüsse des eigentlichen E-Geld-Geschäfts eingebunden sind.

325 Ob auch die aktive **Vermittlung von Neukunden an ein E-Geld-Institut** im Sinn von Überbringen von deren Interesse an einer E-Geld-Ausgabe an das Institut oder – weitergehend – das Überbringen von deren Vertragsangebot zum Abschluss eines E-Geld-Emissionsvertrages im Sinn einer Nachweismaklertätigkeit Vertrieb im Sinn des § 1 Abs. 10 ist (so auch Findeisen in EFN § 1 a Rn. 110), erscheint ebenfalls fraglich. Hier liegt zwar eine der Anlagenvermittlung im Sinn des § 1 Abs. 1 a S. 2 Nr. 1 KWG vergleichbare Tätigkeit vor. Diese ist aber gemäß § 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 8 lit. a KWG von der Erlaubnispflicht des § 32 Abs. 1 KWG und mithin von der Geldwäschaufsicht freigestellt, wenn der Vermittler nicht befugt ist, „*sich bei der Erbringung dieser Finanzdienstleistungen Eigentum oder Besitz an Geldern (...) von Kunden zu verschaffen*“. Dieser Gedanke trägt auch für die Auslegung des Vertriebsbegriffs in § 1 Abs. 10. Die Definition der Anlagevermittlung und die Ausnahmebestimmung beruhen auf europäischen Richtlinien (vgl. *Schwennicke* in *Schwennicke/Auerbach* § 1 Rn. 82; sowie zu § 2 *Schwennicke* in *Schwennicke/Auerbach* § 2 Rn. 53); der Gedanke des § 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 8 lit. a KWG lässt sich deshalb auch im Rahmen der Auslegung der Zweiten E-Geld-RL, auf der § 1 Abs. 10 beruht, fruchtbar machen. Die Zielsetzungen der Zweiten E-Geld-RL sind nicht betroffen, wenn der Vermittler nicht in den Geldfluss bei Ausgabe und Rücktausch von E-Geld eingebunden ist.

326 Von dem Vertriebsbegriff erfasst wird nach Ansicht der BaFin auch der Vertrieb von noch nicht aufgeladenen E-Geld-Trägern iSd § 25 i Abs. 3 und Abs. 4 KWG (vgl. zur Vorgängerfassung der Vorschrift BaFin, Merkblatt – Sorgfalts- und Organisationspflichten beim E-Geld-Geschäft v. 20. 4. 2012, Abschnitt II.3.; ähnlich auch *Findeisen* in EFN § 1 a Rn. 110). Dies mag unter geldwäscherechtlichen Gesichtspunkten zutreffend sein; für den Vertriebsbegriff des § 1 Abs. 10 ginge diese Auslegung über den vom europäischen Gesetzgeber intendierten Zweck der Regulierung hinaus, sofern hierbei kein Geldfluss zur Ausgabe (bzw. Rücktausch) von E-Geld stattfindet.

327 **bb) Rücktausch.** Rücktausch ist die Umwandlung des E-Geldes zum Nennwert und die anschließende Auszahlung der Geldbeträge auf Anweisung des E-Geld-Inhabers (EuGH BeckRS 2019, 85 Rn. 27: unten Kommentierung zu → § 33 Rn. 8). Der Rücktausch erfolgt an jeglichen Inhaber des E-Geldes und zwar jeweils im Namen des E-Geld-Institutes. Rücktausch dürfte zudem auch die Einlösung von Ansprüchen der jeweiligen Akzeptanzstellen (Stellen, die das E-Geld im Rahmen eines Zahlungsvorgangs angenommen haben) durch Vermittlung der Zahlung der E-Geld ausgebenden Stelle sein (zum alten Recht des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 11 KWG „Verwaltung von E-Geld“: BaFin-Merkblatt v. 9. 1. 2009 (aufgehoben), Abschn. 1.c; *Kokemoor* in *Beck/Samm/Kokemoor*, Voraufgabe, § 1 Rn. 500).

328 **cc) Erbringung von Zahlungsdiensten.** Die Erbringung von Zahlungsdiensten ist Teil der Tätigkeit von E-Geld-Agenten, wenn sie bei dem Vertrieb von E-Geld und bei dessen Rücktausch tätig werden. Die Entgegennahme von Bar- oder Buchgeld im Namen des E-Geld-Instituts zwecks Aufladung von E-Geld-

Instrumenten erfüllt bspw. den Tatbestand des Finanztransfergeschäfts gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 6. Solche Tätigkeiten sind begrifflich vom Vertrieb und Rücktausch umfasst und stellen Tätigkeiten eines E-Geld-Agenten dar. Erbringt jedoch derselbe selbständige Gewerbetreibende Zahlungsdienste im Namen des E-Geld-Instituts, die nicht mit der Ausgabe, dem Vertrieb und dem Rücktausch von E-Geld zusammenhängen, so liegt tatbestandlich eine Tätigkeit eines **Agenten iSv § 1 Abs. 9** vor. Dies kann durchaus zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führen (§§ 25, 43 einerseits, § 32, 44 andererseits).

### 3. Folge der Einordnung als E-Geld-Agent

**a) Regelungsrahmen für E-Geld-Agenten.** Wer unter die Definition des E-Geld-Agenten fällt, ist gemäß § 19 Abs. 1 der Bundesanstalt zu Auskünften verpflichtet und unterliegt der Aufsicht gemäß §§ 4–9, § 44 Abs. 2 verlangt keine Eintragung in das E-Geld-Instituts-Register; dort werden nur Agenten iSd Abs. 9 und nicht E-Geld-Agenten von der Eintragungspflicht erfasst (→ § 44 Rn. 5). Ein E-Geld-Agent ist zudem Verpflichteter gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 4 GwG. Zivilrechtlich wird er häufig als Handelsvertreter iSd §§ 84ff. HGB anzusehen sein, wenn er von dem E-Geld-Institut ständig betraut ist. 329

**b) Erlaubnispflicht für die Agententätigkeit.** Gemäß § 32 Abs. 1 S. 2 iVm § 25 Abs. 1 hat das E-Geld-Institut den E-Geld-Agenten bei der BaFin und bei der BBank zu registrieren, wenn es beabsichtigt, für den Vertrieb und den Rücktausch von E-Geld einen E-Geld-Agenten einzuschalten (vgl. die Kommentierung zu → § 32 Rn. 7ff.). Einer gesonderten Erlaubnis bedarf der E-Geld-Agent darüber hinausgehend nicht (so auch *Fett/Bentele WM 2011, 1352 (1356)*; auch → Rn. 334); der frühere Tatbestand der „Verwaltung von E-Geld“ des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 11 KWG aF besteht nicht mehr. Vor der Registrierung ist dem E-Geld-Agenten aber die Tätigkeit iSd § 1 Abs. 10 nicht erlaubt (§§ 32 Abs. 1 S. 2, 25 Abs. 1 S. 3) (vgl. → § 25 Rn. 31 und → § 32 Rn. 7). 330

**c) Erbringung von Zahlungsdiensten durch E-Geld-Agenten.** Im Rahmen ihrer Tätigkeit bei Vertrieb und bei Rücktausch von E-Geld erbringen E-Geld-Agenten im Namen des E-Geld-Instituts Zahlungsdienste, wenn sie Bar- oder Buchgeld beim Verkauf von E-Geld-Produkten entgegennehmen oder bei Rücktausch ausgeben. Dies ist ihnen – einschließlich der Entgegennahme von Bargeld – als ausgelagerter Stelle des E-Geld-Instituts aufgrund ihrer Registrierung gemäß § 32 Abs. 1 S. 2 iVm § 25 Abs. 1 gestattet (so auch RegBegr. Zweite E-Geld-RLUG, BT-Drs. 17/3023, 41, 51; *Fett/Bentele BKR 2011, 403 (405)*). Beabsichtigt dagegen ein E-Geld-Institut einen selbständigen Gewerbetreibenden einzuschalten, um anderweitige Zahlungsdienste, jenseits der Ausgabe, des Vertriebs und des Rücktausches von E-Geld zu erbringen, so hat es ihn zunächst gemäß § 25 Abs. 1 als Agenten iSd § 1 Abs. 9 zu registrieren. 331

**d) Zurechnung des Handelns.** § 1 Abs. 9 S. 2 sieht vor, dass Handlungen des Agenten dem Zahlungsinstitut oder E-Geld-Institut zugerechnet werden. Eine entsprechende Vorschrift für E-Geld-Agenten gibt es nicht. Allerdings folgt die Zurechnung von Handlungen und die Haftung des E-Geld-Instituts dafür bereits aus allgemeinen zivilrechtlichen Regeln (zB §§ 164ff., 278 BGB) (so auch RegBegr. ZDUG, BT-Drs. 16/11613, 37; ähnlich *Findeisen* in EFN § 1 Rn. 304 zu § 1 Abs. 7 ZAG aF). 332

- 333 **e) Aufsicht über E-Geld-Agenten.** Die Aufsicht über E-Geld-Agenten erfolgt über die Regelung des § 32 Abs. 2 iVm § 25 mittelbar über die Beaufsichtigung des E-Geld-Instituts. Im Einzelnen vgl. Kommentierung zu → § 32 Rn. 3 und zu → § 25 Rn. 6.
- 334 **f) E-Geld-Agenten sind kein Finanzdienstleistungsinstitut.** Nach der umstrittenen (vgl. dazu näher → Rn. 224) Ansicht der BaFin stellen sonstige monetäre Einheiten (zB Bitcoins) – und deshalb, so muss man rückfolgern, auch E-Geld (vgl. auch *Findeisen* in EFN § 1 a Rn. 60: „jedes andere private Geld“) – Recheneinheiten iSv § 1 Abs. 11 S. 1 Alt. 5 KWG dar (BaFin-Merkblatt ZAG v. 29. 11. 2017, Abschn. 4.a)bb)). Dementsprechend könnte prima facie – aus Sicht der BaFin – die Tätigkeit von E-Geld-Agenten den Tatbestand einer Finanzdienstleistung gemäß § 1 Abs. 1 a KWG erfüllen. E-Geld-Agenten iSv § 1 Abs. 10 bedürfen jedoch nicht einer Zulassung als Finanzdienstleistungsinstitut gemäß §§ 32 Abs. 1 iVm § 1 Abs. 1 a S. 2 Nr. 1 KWG zB wegen Anlagevermittlung. Die BaFin hat sich der in der Voraufgabe (→ 1. Aufl. 2014 § 1 a Rn. 110) geäußerten Ansicht nunmehr angeschlossen, dass die Regelungen des ZAG **für den E-Geld-Agenten eine abschließende aufsichtsrechtliche Spezialregelung** darstellen (BaFin-Merkblatt ZAG v. 29. 11. 2017, sub 4.a)bb)). Im Ergebnis bedürfen deshalb E-Geld-Agenten für ihre Tätigkeit im Zusammenhang mit Vertrieb und Rücktausch von E-Geld keiner Zulassung nach dem KWG, sofern die Notifizierung gemäß §§ 32 Abs. 1 S. 2, 25 Abs. 1 und die Registrierung nach § 44 Abs. 2 erfolgt sind.

#### 4. Weitere Vertriebsarten

- 335 Der Begriff des E-Geld-Agenten umfasst nicht die Tätigkeit von solchen selbständigen Gewerbetreibenden, die E-Geld im eigenen Namen vertreiben (*Findeisen* in EFN § 1 Rn. 442). Anders als der englische Gesetzgeber, der in Rule 33 (1) der E-Money-Regulations 2011 sog. „Distributors“ erfasst, stellt das ZAG keine ausdrücklichen Regelungen für solche Eigenhändler oder Kommissionäre auf; auch die Zweite E-Geld-RL beinhaltet keine Regelungen für Wiederverkäufer. Dies bedeutet, dass solche selbständigen Gewerbetreibenden, die im eigenen Namen E-Geld vertreiben wollen, eine Erlaubnis als Zahlungsinstitut erwerben müssen, wenn sie im Rahmen dieser Tätigkeit Zahlungsdienste erbringen (FCA Handbook/PERG/3A/4 Q22, Stand 13/09/2017; ähnlich *Findeisen* in EFN § 1 Rn. 442). Alternativ könnten sie die Tätigkeit auch im Namen eines E-Geld-Instituts erbringen und sich als E-Geld-Agent registrieren lassen.
- 336 Der oben (→ Rn. 334) für den E-Geld-Agenten festgestellte Befund, dass die Vorschriften des ZAG eine abschließende Spezialregelung begründen, findet für den das E-Geld im eigenen Namen weiterveräußernden Kommissionär oder Eigenhändler keine Anwendung. Für ihn gelten die Verbote (mit Erlaubnisvorbehalt) nach § 32 Abs. 1 S. 1 iVm § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 (Finanzkommissionsgeschäft) oder § 1 Abs. 1 a S. 2 Nr. 4 c (Eigenhandel) KWG (BaFin-Merkblatt ZAG v. 29. 11. 2017, Abschn. 4.a)bb)). Das ZAG erfasst den Vertrieb im eigenen Namen von bereits ausgegebenem E-Geld weder als E-Geld-Geschäft („Ausgabe von E-Geld“) noch als Vertrieb iSd § 1 Abs. 10, der ja stets „im Namen eines E-Geld-Instituts“ erfolgt. Ob deshalb die Weiterveräußerung von E-Geld gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 ZAG als E-Geld-Geschäft verboten ist, erscheint fraglich. Auch dürfte darin idR nicht die Erbringung eines Zahlungsdienstes gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 zu sehen sein. Das Ergebnis befremdet: Der das E-Geld im eigenen Namen vertreibende Eigenhändler be-

nötigt eine Erlaubnis als Finanzdienstleistungsinstitut (so nun auch BaFin-Merkblatt ZAG v. 29.11.2017, Abschn. 4.a)bb)), der Kommissionär eine Erlaubnis als Kreditinstitut; dem das E-Geld ausgebenden E-Geld-Institut reicht dagegen eine unter einfacheren Voraussetzungen erhaltliche Erlaubnis nach § 11 Abs. 1 (so BaFin-Merkblatt ZAG v. 29.11.2017, Abschn. 4.a)bb): ZAG entfaltet „keine Sperrwirkung“. Richtiger Weise sollte man – jedenfalls de lege ferenda – von dem E-Geld-Eigenhändler oder –Kommissionär auch nur eine Erlaubnis nach § 11 Abs. 1 verlangen; diese müsste dann – als ein Minus gegenüber der Ausgabe – auch den Erwerb und die Weiterveräußerung von E-Geld im eigenen Namen für eigene oder fremde Rechnung umfassen; insoweit müsste das ZAG eine abschließende Spezialregelung darstellen, sodass der insoweit zugelassene E-Geld-Eigenhändler oder –Kommissionär keiner weiteren Zulassung gemäß § 32 Abs. 1 S. 1 KWG bedürfte.

Allerdings muss es dem E-Geld-Institut gestattet sein, einen Eigenhändler oder Kommissionär im Rahmen einer **Auslagerung gemäß § 26 Abs. 1** zu beauftragen. Die Weiterveräußerung von (bereits ausgegebenem) E-Geld wird häufig eine wesentliche betriebliche Aufgabe des E-Geld-Instituts iSd § 26 Abs. 2 S. 2 darstellen, sodass eine Anzeige an die BaFin erforderlich ist. Eigene geldwäscherechtliche Pflichten des Eigenhändlers bzw. Kommissionärs dürften dagegen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 5 GwG nur dann eingreifen, wenn der auslagernde E-Geld-Emittent ein Kreditinstitut iSd CRR ist. In dem Fall einer wirksamen Auslagerung im Rahmen der Erlaubnis des auslagernden E-Geld-Instituts ist – ebenso wie bei der Auslagerung an einen E-Geld-Agenten – anzunehmen, dass im ZAG eine aufsichtsrechtliche Spezialregelung vorliegt, die andere Erlaubnispflichten nach Bankaufsichtsrecht verdrängt (anders möglicherweise BaFin-Merkblatt ZAG v. 29.11.2017, sub 4.a)bb): ZAG entfaltet „keine Sperrwirkung“).

### XIII. Zahlungssysteme (Abs. 11)

**Literatur zu Abs. 11:** *Bank für internationalen Zahlungsausgleich*, Grundprinzipien für Zahlungsverkehrssysteme, die für die Stabilität des Finanzsystems bedeutsam sind, Bericht der Task Force für Grundsätze und Praktiken in Zahlungsverkehrssystemen, Januar 2001; *Langenbucher* in *Langenbucher/Göbmann/Werner*, Zahlungsverkehr, Handbuch zum Recht der Überweisung, Lastschrift, Kreditkarte und der elektronischen Zahlungsformen, 1. Aufl. 2004, § 7; *Schmieder*, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 46; *Watzinger*, Rechtliche Probleme der Ausgestaltung von Zahlungsverkehrssystemen in der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, 2015.

#### 1. Regelungszweck, Zusammenfassung, Historie

Abs. 11 dient der Umsetzung von Art. 4 Nr. 7 PSD2. Dieser enthält eine **Legaldefinition** des Zahlungssystems, das regelmäßig auch als Zahlungsverkehrssystem bezeichnet wird (vgl. etwa § 675p Abs. 5 BGB). Die Klarstellung des Abs. 6 S. 2 aF, dass Teilnehmer an dem Zahlungssystem nur Zahlungsdienstleister iSd Abs. 1 sein können, wurde im Zuge der Umsetzung der PSD2 gestrichen. Auch ansonsten hat die Umsetzung der PSD2 die Definition des Zahlungssystems im ZAG aufgelockert, leichter verständlich gemacht und den Vorgaben der PSD2 wieder angenähert. Änderungen in der Sache dürften damit gleichwohl kaum verbunden sein, auch wenn nicht mehr – wie bisher – ausdrücklich auf die Voraussetzung von drei Teilnehmern rekuriert wird. Typische Beispiele für solche Zahlungssysteme sind die Vier-Parteien-Kartensysteme sowie die wichtigsten Überweisungs- und

Lastschriftsysteme (so Erwägungsgrund 49 zur PSD2), die jedenfalls aus mindestens drei Teilnehmern bestehen. Die Definition in Abs. 11 wird flankiert von § 57, der den Zahlungssystembetreibern vorschreibt, allen registrierten Zahlungsdienstleistern Zugang zu gewähren (vgl. hierzu die Erl. bei → § 57 Rn. 6ff.). Wer Zahlungssysteme nach Maßgabe des § 57 gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, betreibt, bedarf gem. § 10 Abs. 1 Nr. 2 bzw. § 11 Abs. 1 Nr. 4 der Erlaubnis der BaFin.

339 Die Systeme für den unbaren Zahlungsverkehr transportieren und verarbeiten in elektronische Datensätze umgewandelte Zahlungsnachrichten (vgl. Deutsche Bundesbank, Monatsbericht März 2009, 51 (58)). Sie werden in drei verschiedene **Zahlungssystemtypen** unterteilt: dem Echtzeit-Bruttoausgleichssystem, dem System mit aufgeschobenem Netto-Zahlungsausgleich und Hybridsystemen (näher zu den Einzelheiten: → Rn. 347 sowie *Langenbacher* in LGW § 7 Rn. 2ff.; *Wätzing*, *Rechtliche Probleme der Ausgestaltung von Zahlungsverkehrssystemen in der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion*, 2015, S. 165ff.).

340 Grundlage für die Definitionen sowohl in der PSD1 aus dem Jahr 2007 als auch in der deutschen Umsetzung aus dem Jahr 2009 waren die Berichte der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich, die sich mit der Sicherheit und Zuverlässigkeit der Zahlungssysteme auseinandersetzen. Um die dort aufgezeigten Risiken zu begrenzen, legte 1998 die **Zahlungssicherungs-RL** (RL 98/26/EG; auch Finalitäts-RL genannt) gewisse Sicherheitsstandards fest. Im deutschen Recht wurde die Vorschrift über Zahlungsverkehrssysteme maßgeblich in § 1 Abs. 16 und § 24b KWG umgesetzt. Eine der Vorgaben der Richtlinien war, dass Zahlungsaufträge und durchgeführte Aufrechnungen rechtlich wirksam bleiben, das heißt weder widerrufen werden können noch aufgrund der Eröffnung des Insolvenzverfahrens rückwirkend nichtig werden (vgl. *Langenbacher* in LGW § 7 Rn. 25). Um diesen Richtlinienvorgaben zu entsprechen, wurde im deutschen Recht zunächst die Unkündbarkeit von Überweisungsverträgen gem. § 676a Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 S. 2 BGB aF an die Vorgaben der Zahlungsverkehrssysteme gekoppelt. Auch im neuen Zahlungsdiensterecht findet sich eine entsprechende Vorgabe in § 675p Abs. 5 BGB, wonach eine Unwiderruflichkeit des Zahlungsauftrags (§ 675f Abs. 3 S. 2 BGB) ebenfalls an die Regeln der Zahlungssysteme geknüpft wird (vgl. *Jungmann* in *MüKoBGB* BGB § 675p Rn. 53ff.; *Schmalenbach* in *Bamberger/Roth BGB* § 675p Rn. 12).

341 Im Lichte der Zahlungssicherungs-RL (nunmehr geändert durch Richtlinie 2009/44/EG, aber inhaltlich im Wesentlichen unverändert) ist auch die Definition des Zahlungssystems zu sehen. Gründe, die darauf schließen lassen könnten, dass Zahlungssysteme nach der PSD2 nicht den in der Zahlungssicherungs-RL vorgegebenen Sicherheitsstandards entsprechen sollten, sind wohl nicht ersichtlich und auch weder vom deutschen noch vom europäischen Gesetzgeber gewollt. Daher müssen Zahlungssysteme nach Abs. 11 ebenfalls dafür Sorge tragen, dass Zahlungsaufträge und durchgeführte Aufrechnungen rechtlich wirksam bleiben.

## 2. Legaldefinition des Zahlungssystems

342 **Art. 4 Nr. 7 PSD2** definiert „Zahlungssystem“ unverändert gegenüber der PSD1 als ein „System zum Transfer von Geldbeträgen mit formalen und standardisierten Regeln unter Einhaltung einheitlicher Vorschriften für die Verarbeitung, das Clearing und/oder die Verrechnung von Zahlungsvorgängen“. Ergänzt wird die



Definition durch Art. 35 Abs. 1 PSD2, wonach Zahlungssystembetreiber den Zugang für zugelassene und registrierte Zahlungsdienstleister nicht beschränken dürfen. Daraus ergibt sich zumindest mittelbar, dass nur Zahlungsdienstleister Zugang zu den Zahlungssystemen haben dürfen.

Abs. 11 setzt die Vorgabe des Art. 4 Nr. 7 PSD2 – von einigen Umstellungen im Satzbau einmal abgesehen – wortlautgetreu um. Recht lapidar gibt der hiesige Gesetzgeber die bisher schwer händelbare Abweichung zwischen der europäischen Richtlinienvorgabe und der deutschen Umsetzung in Abs. 6 S. 1 aF (vgl. *Winkelhaus* in Vorauf. → Rn. 116) auf, vgl. BT-Drs. 18/11495, 109. 343

Indem Zahlungssysteme die transaktionsbezogene Infrastruktur für unbare Zahlungsvorgänge bieten, sind sie von nicht zu unterschätzender Bedeutung für den gesamten Finanzsektor. Daher müssen sie zuverlässig und schnell arbeiten. Auch wenn die erhöhten Anforderungen des deutschen Gesetzgebers an ein Zahlungssystem – so *Winkelhaus* in Vorauf. → Rn. 118 – vor diesem Hintergrund begrüßenswert gewesen sein mögen, ist die Annäherungen an den Wortlaut der europäischen Vorlage vor dem Hintergrund des Vollharmonisierungsgebots des Art. 107 PSD2 nationalen Alleingängen vorzuziehen. Gerade ein Zahlungssystem im europäischen SEPA-Raum macht an der Grenze der Bundesrepublik nicht halt. 344

**3. Betreiber.** Betreiber ist derjenige, der die juristische Verantwortung für das System trägt, unabhängig davon, ob er die für das System erforderlichen technischen Komponenten selbst bereitstellt, von anderen Anbietern bezieht oder sogar nur den Abschluss von Verträgen zur Nutzung dieser Komponenten durch die Teilnehmer vermittelt. Neben der Deutschen Bundesbank oder anderen Zentralbanken in der Europäischen Union bieten auch **private Banken** Zahlungssysteme an. Diese sog. **Clearingsysteme** werden genauso von der Definition des Abs. 11 umfasst wie die Vier-Parteien-Kreditkartensysteme (MasterCard und VISA; vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 49 zur PSD2). 345

#### 4. Teilnehmer

Teilnehmer an den Zahlungssystemen dürfen nur Zahlungsdienstleister sein. Teilnehmer haben die Erlaubnis, Zahlungsvorgänge in das System des Betreibers einzuleiten. Generell wird zwischen **direkten und indirekten Teilnehmern** unterschieden. Während direkte Teilnehmer unmittelbar Vertragspartner des Betreibers sind, gilt dies für indirekte Teilnehmer gerade nicht. Indirekte Teilnehmer erhalten ihre Berechtigung zur Einleitung von Zahlungsvorgängen in das Zahlungssystem durch Vereinbarungen mit direkten Teilnehmern. **Indirekte Teilnehmer** können im Gegensatz zu direkten **keine Rechte aus § 57** herleiten. 346

#### 5. Verschiedene Zahlungsverkehrssysteme in Deutschland

Zahlungsverkehrssysteme in Deutschland lassen sich grob in drei Verfahrensarten, **Brutto-, Netto- und Hybridverfahren** aufteilen (vgl. auch *Langenbacher* in Bankrechts-Kommentar, § 675p-Überweisung Rn. 11; *Wätzing*, Rechtliche Probleme der Ausgestaltung von Zahlungsverkehrssystemen in der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, 2015, S. 151 ff.). 347

Sofern jeder einzelne Zahlungsvorgang individuell und in Echtzeit ausgeführt wird, wird von einem **Echtzeit-Bruttoverfahren** oder auch Echtzeit-Bruttoausgleichssystem gesprochen. Der Vorteil dieses Systems liegt in der sofortigen Ausführung des Vorgangs und bewirkt eine rasche Endgültigkeit der Gutschrift auf dem 348

Konto der Empfängerbank. Zudem wird ein Zahlungsvorgang ausschließlich dann ausgeführt, wenn genügend Deckung auf dem Konto des auftraggebenden Zahlungsdienstleisters vorhanden ist (*Schmieder* in Bankrechts-Handbuch, § 46 Rn. 9). Dies führt zu einer hohen Systemstabilität und Sicherheit. Ein prominenter Vertreter dieses Bruttozahlungssystems ist **TARGET2**, das Echtzeit-Brutto-Clearingsystem des Eurosystems. Dieses System wickelt auch grenzüberschreitend auf einer einheitlichen technischen Plattform – der sog. Single Shared Platform (SSP) – Zahlungsvorgänge in Zentralbankgeld ab. Es wird von der Deutschen Bundesbank, der Banca d'Italia und der Banque de France betrieben. Aufgrund der hohen Anzahl an Teilnehmern dieses Systems (ca. 1.000 direkte und ca. 54.000 adressierbare Banken einschließlich Zweigstellen und Tochtergesellschaften) ist eine sehr hohe Erreichbarkeit gegeben. Nachteil dieses Systems ist die Notwendigkeit der Bereithaltung von Mindestliquiditätsreserven sowie die relativ teure Abwicklung. Daher wird das TARGET2-System nahezu ausschließlich für Großbetragszahlungen und eilbedürftige Transaktionen genutzt und wickelt täglich durchschnittlich rund 340.000 Zahlungen im Wert von ca. 1,7 Billionen Euro ab (Broschüre der Deutschen Bundesbank zu TARGET2 – ein einheitliches Europa für Individualzahlungen, März 2017, S. 2f.; *Watzinger*, Rechtliche Probleme der Ausgestaltung von Zahlungsverkehrssystemen in der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, 2015, S. 235ff.).

349 Das Gegenstück dieses soeben beschriebenen Bruttoverfahrens ist das **Nettosystem**. Dabei werden die einzelnen Zahlungsvorgänge zunächst erfasst und nicht einzeln verbucht. Vielmehr wird an einem vorher in den Bedingungen festgelegten Zeitpunkt – meistens einmal täglich – festgestellt, welcher Netto-Saldo sich für die einzelnen Teilnehmer an dem Verfahren aus der Verrechnung der einzelnen Posten ergibt (sog. **Netting**). Nur der sich durch die Verrechnung ergebende, überschüssige Betrag (sog. Spitzenbetrag) wird dann ausgeglichen. Durch diese Variante **verringert sich der Liquiditätsbedarf** der Zahlungsdienstleister deutlich, da Liquidität nur einmal täglich und nur in Höhe des verbleibenden Spitzenbetrags durch die angeschlossenen Teilnehmer zur Verfügung gestellt werden muss. Nachteilig an diesem Nettosystem ist die Tatsache, dass erst zum Zeitpunkt des Saldoausgleichs die Zahlungsvorgänge endgültig werden. Daraus resultiert ein **hohes systemimmanentes Stabilitätsrisiko**. Fehlt einem der Teilnehmer die Bereitstellung der notwendigen Liquidität für den Spitzenbetrag, tangiert dieses unter Umständen sämtliche Zahlungsvorgänge (zutreffend *Schmieder* in Bankrechts-Handbuch, § 46 Rn. 10). Daher ist das Nettingverfahren hauptsächlich für Kleinzahlungen im Massenzahlungsverkehr geeignet.

350 **Hybridsysteme** versuchen die Vorteile der Bruttoverfahren mit denen der Nettoverfahren zu verbinden und die Nachteile zu minimieren. Bei diesem System werden **Zahlungen zwar früh endgültig**; aber die Teilnehmer müssen **keine hohe Innertagesliquidität** vorhalten. Dazu werden Zahlungen in einer zentralen Warteschleife gesammelt und laufend oder in häufigen Abständen gegen die Zahlungen anderer Teilnehmer verrechnet. Wenn die daraus resultierenden Nettosollpositionen voll gedeckt sind, können Zahlungen sofort ausgeglichen und damit endgültig werden. Zahlungen, die nicht ausgeglichen werden können, verbleiben bis zum nächsten Aufrechnungs- und Zahlungsausgleichszyklus in der Warteschlange. Zumeist erfolgt am Ende des Tages eine abschließende Verrechnung mit anschließendem Saldenausgleich, sodass verbliebene Zahlungen abschließend ausgeglichen werden. Zu den näheren Einzelheiten vgl. *Bank für internationalen Zahlungsausgleich*, Grundprinzipien für Zahlungsverkehrssysteme, 2001, Kapitel 7.3.14, Kasten 8.