

Gelbe Erläuterungsbücher

Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz: ZAG

Kommentar

von

Prof. Dr. Matthias Casper, Dr. Matthias Terlau, Dr. Julia Gerhardus, Dr. Christian Koch, Wolfgang Otte, Thorsten Reinicke, Dr. Christian Stelter, Dr. Daniel Walter, Dr. Jan-Dirk Winkelhaus, Dr. Kai Zahrtke

1. Auflage

[Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz: ZAG – Casper / Terlau / Gerhardus / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Wertpapier-, Bank-, Börsen- und Kapitalmarktrecht: Allgemeines](#)



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 64994 3

winnerzielung vorliegt (BGH DB 2006, 2061, 2062; VGH Kassel WM 2009, 1889, 1892; RegBegr. ZDUG, BT-Drucks. 16/11613, S. 41). Das Einlagengeschäft wäre dann nicht auf gewisse Dauer angelegt, wenn nur einzelne solcher Geschäfte betrieben werden und keine Wiederholungsabsicht besteht (RGZ 66, 48, 51; zur Bagatellgrenze s. u.). Die Gewinnerzielungsabsicht beim Einlagengeschäft, das zunächst für das Institut vor allem Kosten auslöst, kann sich nur aus der Reinvestitionsabsicht ergeben, so dass in diesem Fall das Merkmal kaufmännischer Geschäftsbetrieb im Vordergrund steht (unten Rn. 27). Stellt man allerdings mit einer Ansicht in der Literatur (*Schäfer* in BFS § 1 Rn. 18, mit Verweis auf die handelsrechtliche Literatur, statt aller: *K. Schmidt* in MüKo HGB § 1 Rn. 31) nicht auf die Gewinnerzielungsabsicht, sondern auf die Entgeltlichkeit der Geschäfte ab, so kommt auch in diesem Fall ein gewerbsmäßiger Betrieb in Betracht.

b) Kaufmännisch eingerichteter Geschäftsbetrieb. Das Einlagengeschäft des Instituts stünde auch unter Erlaubnisvorbehalt, wenn es einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Sofern ein Institut kraft Rechtsform (§ 6 HGB) oder infolge seiner Eintragung in das Handelsregister (§§ 2, 5 HGB) verpflichtet ist, gemäß §§ 238 ff. HGB Handelsbücher zu führen und einen Jahresabschluss aufzustellen, so läge schon allein deshalb ein kaufmännischer Geschäftsbetrieb vor. Hierauf kann es allerdings nicht ankommen (missverständlich insofern *Schäfer* in BFS § 1 Rn. 19), da sowohl § 1 Abs. 1 Satz 1 KWG als auch § 2 Abs. 1 ZAG darauf abstellen, dass die konkreten Bankgeschäfte, z. B. das Einlagengeschäft, gewerbsmäßig betrieben werden oder einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordern. Entscheidend ist also im Zusammenhang von § 2 Abs. 1, ob gerade das Einlagengeschäft in einem solchen Umfang betrieben wird, dass ein kaufmännischer Geschäftsbetrieb erforderlich ist. Abzustellen ist hierbei vor allem auf die Anzahl der Geschäfte sowie den Umsatz hiermit; daneben sind auch die Anzahl der Mitarbeiter, die in dieses Geschäft involviert sind, Ertrag, die Einrichtungen des Unternehmens für dieses jeweilige Bankgeschäft sowie weitere Kriterien heranzuziehen (BGH WM 1960, 935; OLG Celle BKR 2004, 484). Für das Einlagengeschäft hat sich auf der Basis eines Schreibens der BAKred, der Rechtsvorgängerin der BaFin (BAKred v. 7.9.1982 – I2-151-14/82, abgedruckt in: *Reischauer/Kleinhans* KWG Band 2 Abschn. Kza. 281, Nr. 1, bestätigt in: BaFin-Merkblatt v. 4.8.2011, Abschn. 2; hierzu auch *Findeisen* in EFN § 2 Rn. 25), eine Verwaltungsübung zu einer Bagatellgrenze gebildet, die auch der Gesetzgeber des ZDUG aufgreift (RegBegr. ZDUG, BT-Drucks. 16/11613, S. 41):

- bei weniger als 25 Einlagen (Stückzahlgrenze) oder
- bei einem Einlagengesamtvolumen von EUR 12 500,00 oder weniger (Gesamtbetraggrenze) bei weniger als sechs Einzeleinlagen (BAKred-Schreiben v. 7.9.1982 a. a. O.; BaFin-Merkblatt v. 4.8.2011, Abschn. 2.)

Beide Kriterien müssen gleichzeitig erfüllt sein. 25 Einzeleinlagen sind deshalb nur dann erlaubnisfrei, wenn sie einen Gesamtbetrag von EUR 12 500,00 unterschreiten (vgl. auch VG Frankfurt ZIP 2007, 1203, 1205: 18 Einlagen mit Gesamtvolumen von EUR 1,09 Mio.; vgl. auch BGH DStR 2006, 1847 ff.). Laut *Findeisen* (in EFN § 2 Rn. 25) soll in einer Einzelfallbetrachtung das Einlagengeschäft auch bei weniger als 6 Einlagen und weniger als EUR 12 500,00 Gesamtvolumen in Betracht kommen.

4. Ausnahmetatbestände des ZAG

- 29 Selbst wenn ein gewerbsmäßig betriebenes oder einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erforderndes Einlagengeschäft i. S. v. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG vorliegt, wird dem mit einer Erlaubnis nach § 8 Abs. 1 Satz 1 oder § 8a Abs. 1 Satz 1 ausgestatteten Instituten des ZAG das Einlagengeschäft in den Grenzen des Abs. 1a und Abs. 2 erlaubt.

III. E-Geld-Institut – Grenzen des erlaubten Einlagengeschäfts (Abs. 1a)

1. Allgemeines

- 30 **a) EG-Richtlinie.** Abs. 1a Satz 1 und Satz 2 HS 1 setzen Art. 6 Abs. 3 Zweite E-Geld-RL um. Abs. 1a Satz 3 setzt Art. 12 Zweite E-Geld-RL um. Die Vorschrift gilt ausschließlich für E-Geld-Institute; sie ergänzt und konkretisiert den Umfang der erlaubten Tätigkeiten und soll die Verwendung von E-Geld zu Sparzwecken verhindern (Erwägungsgrund 13 der Zweiten E-Geld-RL; RegBegr. Zweite E-Geld-RLUG, BT-Drucks. 17/3023, S. 42).
- 31 **b) Überblick.** In der Regel wird die Ausgabe von E-Geld den Tatbestand des Einlagengeschäfts i. S. d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG erfüllen, der in Abs. 1 in Bezug genommen ist (RegBegr. Zweite E-Geld-RLUG, BT-Drucks. 17/3023, S. 42). Deshalb haben Richtliniengeber und deutscher Gesetzgeber Ausnahmen vorgesehen, unter denen die Ausgabe von E-Geld und der sonstige Betrieb des E-Geld-Geschäfts kein Einlagengeschäft darstellen. Die dabei zu berücksichtigenden Grenzen und Erfordernisse sind in Abs. 1a geregelt. Sollte im Einzelfall das E-Geld-Geschäft nicht gewerbsmäßig oder in einem Umfang betrieben werden, der einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordert, so wären wohl auch diese Grenzen und Voraussetzungen des Abs. 1a so nicht anwendbar.
- 32 Die Ausnahme vom Einlagentatbestand rechtfertigt sich aus Sicht des Gesetzgebers und des Richtliniengebers daraus, dass E-Geld nicht zu Sparzwecken und lediglich zur Bezahlung von Kleinbeträgen verwendet wird (Erwägungsgrund 13 Zweite E-Geld-RL; RegBegr. Zweites E-Geld-RLUG, BT-Drucks. 17/3023, S. 42). Richtliniengeber und Gesetzgeber haben hieraus die Konsequenz gezogen, E-Geld-Institute **keinem Einlagensicherungsmechanismus** zu unterwerfen (vgl. auch § 1 Abs. 1 EAEG); stattdessen unterliegen diese dem Regime des § 13a. Die Vorschrift des Abs. 1a gliedert sich in drei Teile: Satz 1 enthält das Umtauschgebot, Satz 2 die Fiktion, dass E-Geld-Geschäft unter bestimmten weiteren Voraussetzungen kein Einlagengeschäft darstellt, und Satz 3 das Verbot der Verzinsung und der sonstigen Vorteilsgewährung.

2. Umtauschgebot (Satz 1)

- 33 **a) Allgemeines.** Satz 1 stellt das Gebot auf, zum Zwecke der Ausgabe von E-Geld entgegengenommene Gelder unverzüglich umzutauschen. Die Fiktion des Satz 2 knüpft allerdings wiederum daran an, dass die Ausgabe des E-Geldes „gleichzeitig oder unverzüglich nach der Entgegennahme der Gelder“ zu erfolgen habe. Das Zusammenspiel der beiden Normen scheint sprachlich nicht geglückt. Richtigerweise wird man annehmen müssen, dass die Erfüllung des Umtauschgebotes

i. S. v. Satz 1 die Fiktion des Satz 2 auslöst, so dass die Voraussetzungen jeweils dieselben sind.

b) Zum Zwecke der Ausgabe von E-Geld entgegengenommene Gelder. 34

Zum Zwecke der Ausgabe von E-Geld entgegengenommene Gelder sind solche, die der Kunde im Rahmen eines Zahlungsdienstvertrages gemäß § 675 c Abs. 2 BGB dem E-Geld-Institut zur Erfüllung seiner Zahlungspflichten aus diesem Vertrag überlassen hat.

c) **Das Merkmal Umtauschen.** Das Merkmal Umtauschen in E-Geld ist zu verstehen als Ausgabe von E-Geld i. S. v. § 1 a Abs. 2. Dies folgt daraus, dass Satz 2 allein von „Ausgabe“ spricht (so auch RegBegr. Zweite E-Geld-RLUG, BT-Drucks. 17/3023, S. 42). Auf die Ausführungen hierzu (oben § 1 a Rn. 64f.) wird verwiesen. 35

d) **Gleichzeitig und unverzüglich.** Die Ausgabe hat **gleichzeitig** oder **unverzüglich** nach Entgegennahme der Gelder stattzufinden. Dabei bedeutet unverzüglich ohne schuldhaftes Zögern i. S. v. § 121 Abs. 1 BGB. Hier wird man sich an den Regeln zur **Verfügbarkeit** von Geldbeträgen gemäß § 675 t BGB (in Ausführung von Art. 70, 71 und 73 ZDRL) orientieren können. Bei Einzahlung von Bargeld durch einen Verbraucher ist diesem der Betrag auf seinem Zahlungskonto unverzüglich, d. h. in der Regel an demselben Geschäftstag, verfügbar zu machen (*F. Graf von Westphalen* in Erman, BGB, § 675 t Rn. 13; *Casper* in MüKoBGB § 675 t Rn. 7). Dieselbe Frist dürfte auch bei Bargeldeinzahlung für das Verfügbarmachen von E-Geld gelten. Bei Verfügbarmachung eines Geldbetrages gilt gemäß § 675 t Abs. 1 BGB die Pflicht zur Wertstellung am Geschäftstag des Eingangs bei dem Zahlungsinstitut des Zahlungsempfängers (*F. Graf von Westphalen* in Erman, BGB, § 675 t Rn. 9; *Casper* in MüKoBGB § 675 t Rn. 7). Wird die E-Geld-Ausgabe über den Verkauf von **Vouchers** abgewickelt, so hat das E-Geld-Institut i. d. R. – allerdings abhängig von der konkreten Ausgestaltung – bereits alles getan, um dem Kunden das E-Geld verfügbar zu machen. Dieser muss i. d. R. selbst durch Internetregistrierung u. a. die letzten Schritte zur Ausgabe des E-Geldes besorgen. Die Unverzüglichkeit wird nicht dadurch gehindert, dass zwischen Verkauf des Vouchers und der tatsächlichen Einlösung des Vouchers durch den Kunden u. U. ein erheblicher Zeitraum verstreicht (vgl. FCA Handbook/PERG/3A/2 Q4: zu Scratch Cards). 36

3. Kein Einlagengeschäft bei Ausgabe von E-Geld (Satz 2)

Sofern die Voraussetzungen von Satz 1 und Satz 3 erfüllt sind, stellen die zwecks Ausgabe von E-Geld entgegengenommenen Gelder keine Einlagen dar. 37

a) **Voraussetzungen.** Erforderlich ist zum einen, dass von dem E-Geld-Institut das Gebot des unverzüglichen Umtausches gemäß Satz 1 eingehalten wurde. Auch das Verzinsungsverbot gemäß Satz 3 ist Teil der Voraussetzungen der Fiktion (BaFin-Merkblatt v. 22.12.2011, Abschn. 5b); hierzu unten Rn. 41 ff.). 38

b) **Rechtsfolge.** Rechtsfolge ist, dass ein E-Geld-Institut trotz Vorliegens der Voraussetzungen des Einlagengeschäfts gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG keiner Erlaubnis als Kreditinstitut nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG bedarf, wenn die vorstehend genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Gemäß § 1 Abs. 1 EAEG muss ein E-Geld-Institut auch nicht einem Einlagensicherungsmechanismus angehören 39

(RegBegr. zum Zweiten E-Geld-RLUG, BT-Drucks. 17/3023, S. 42; BaFin-Merkblatt v. 22.12.2011, Abschn. 5b). Die Einlagensicherung für E-Geld-Institute erfolgt ausschließlich über § 13a.

- 40 **c) Nicht rückzahlbare Gelder.** Der Tatbestand des Einlagengeschäfts gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG entfällt darüber hinaus, wenn es sich im Einzelfall bei den im Rahmen der E-Geld-Ausgabe angenommenen Geldern nicht um unbedingt rückzahlbare Gelder des Publikums oder nicht um Einlagen handelt (s. o. Rn. 15 ff.). Hiervon betroffen sind sämtliche Gebührenforderungen des E-Geld-Instituts im Zusammenhang mit der Ausgabe von E-Geld.

4. Verbot der Verzinsung (Satz 3)

- 41 **a) Allgemeines.** Das Zinsverbot des Satzes 3 ist Teil des Gebotes der Zweckbindung des E-Geldes (RegBegr. Zweites E-Geld-RLUG, BT-Drucks. 17/3023, S. 42; BaFin-Merkblatt v. 22.12.2011, Abschn. 5c); so auch schon RegBegr. ZDUG, BT-Drucks. 16/11613, S. 41 f. zu § 2 Abs. 2). Die Einhaltung des Zinsverbotes ist wesentliche Voraussetzung der Fiktion des Satzes 2 (oben Rn. 38). Sie dient der Vermeidung der Einlagen- und Sparfunktion des E-Geldes (RegBegr. Zweites E-Geld-RLUG a. a. O.).

- 42 **b) Zinsen und andere Vorteile.** Verboten ist es, Zinsen und sonstige Vorteile, die mit der Länge der Haltedauer im Zusammenhang stehen, zu gewähren.

aa) Zinsbegriff. Der Zinsbegriff ist weder im ZAG noch in den beiden maßgeblichen Richtlinien definiert. Im BGB unterscheidet man den engeren und den weiteren Zinsbegriff: Zinsen i. e. S. sind danach Ansprüche, die sich laufzeitabhängig prozentual aus einem Kapitalstock berechnen (BGH NJW 1979, 540, 541; BGH NJW-RR 1992, 591, 592; *Canaris* NJW 1978, 1891, 1892; *Grundmann* in MüKoBGB § 246 Rn. 4). Zinsen i. w. S. würden zusätzlich laufzeitabhängige Kosten und Gebühren erfassen (vgl. *Grundmann* in MüKoBGB § 246 Rn. 4). In Abs. 1 a Satz 3 Alt. 1 ist der engere Zinsbegriff zugrunde zu legen, da sonstige laufzeitabhängige Vorteile bereits über den Auffangbegriff der Alt. 2 erfasst sind. Zinsen i. S. v. Abs. 1 a Satz 3 sind deshalb solche Vorteile, die laufzeitabhängig prozentual aus dem Betrag des zur E-Geld-Ausgabe überlassenen Geldes oder aus dem Betrag des E-Geldes selbst (beides kommt als Grundlage in Betracht: vgl. *Schwennicke* in *Schwennicke/Auerbach* § 2 ZAG Rn. 14) berechnet werden.

- 43 **bb) Sonstige Vorteile.** Sonstige Vorteile, die mit der Länge der Haltedauer im Zusammenhang stehen, sind Entgelte, die nicht prozentual aus dem Kapitalstock des E-Geldes des für das E-Geld hingegebenen Geldes berechnet werden. Hierbei kann es sich um all jenes handeln, was spiegelbildlich im Rahmen der Kreditvergabe durch Banken üblich ist (Kreditgebühren, Bearbeitungs- oder Vermittlungsgebühren, Disagio). Entscheidend ist, dass es mit der Länge der Überlassung des Geldes im Zusammenhang steht. Denkbar wären auch Beteiligungen am Umsatz oder am Gewinn, den das Institut mit dem überlassenen Geld erwirtschaftet, soweit es dies im Rahmen seiner Erlaubnis und im Rahmen von §§ 13, 13a (vgl. insbes. Komm. § 13 Rn. 32) überhaupt dürfte; solche Umsatz- oder Gewinnbeteiligungen wären nach Satz 3 verboten. Erlaubt ist es dem E-Geld-Institut dagegen schon, die eingelegten Gelder in **Treuhandsammelverwahrung** bei einem Kreditinstitut zu geben (§§ 13 Abs. 1 Nr. 1 b, 13a) und die daraus entstehenden Zinsen an den Kunden weiterzureichen (RegBegr. zur ZDUG, BT-Drucks. 16/11613, S. 41 f.; BaFin-

Merkblatt v. 22.12.2011, Abschn. 5.c); *Findeisen* in EFN § 2 Rn. 41). Allerdings ist es dem Institut verboten, hieraus selbst Zinsen zu ziehen oder Anteile der Zinsen einzunehmen (BaFin-Merkblatt v. 22.12.2011, Abschn. 5.c). Hierbei handelt es sich um eine teleologische Reduktion des Zinsverbotes in Satz 3, die sich so aus dem Wortlaut der Vorschrift nicht ergibt, die aber zu billigen ist. Ebenfalls zulässig ist es, dem E-Geld-Inhaber eine Preisreduktion bei einem Einkauf in E-Geld zu gewähren (so auch RegBegr. Zweites E-Geld-RLUG, BT-Drucks. 17/3023, S. 42; EU-Kommission FAQ ID 938 v. 21.7.2010, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/yqol/index.cfm?fuseaction=question.show&questionId=938>); solche Vorteile werden unabhängig von der Laufzeit der Geldüberlassung gewährt. Verboten wäre dagegen die Gewährung eines **Disagios** auf den für die Ausgabe von E-Geld einzuzahlenden Betrag; dies mag zum einen – je nach Fallgestaltung – ein laufzeitabhängiger Vorteil sein; hierin läge zudem ein Verstoß gegen das Nominalprinzip des § 23b Abs. 1 Satz 1.

c) Gegenstand des Zinsverbotes. Gegenstand des Zinsverbotes ist sowohl das ausgegebene E-Geld selbst wie auch nach dem Wortlaut das für die Ausgabe des E-Geldes eingezahlte Geld (so auch *Schwennicke* in Schwennicke/Auerbach § 2 ZAG Rn. 14).

IV. Annahme von Geldern zu Zahlungszwecken; Abgrenzung zum Einlagengeschäft (Abs. 2)

1. Allgemeines

a) Umsetzung von EG-Richtlinien. Abs. 2 Satz 1 beruht auf Art. 16 Abs. 2 Hs. 1 ZDRL, Abs. 2 Satz 3 setzt Art. 16 Abs. 2 Hs. 2 ZDRL um. Das Verzinsungsverbot des Satz 2 ist dagegen nicht in der ZDRL ausdrücklich geregelt; anders Art. 12 Zweite E-Geld-RL sowie Erwägungsgrund 13 der Zweiten E-Geld-RL. Durch das Zweite E-Geld-RLUG wurde Abs. 2 auf E-Geld-Institute erstreckt und setzt damit Art. 6 Abs. 4 Zweite E-Geld-RL um.

b) Institute. Abs. 2 gilt für **Institute** i. S. v. § 1 Abs. 2a, d. h. Zahlungsinstitute und E-Geld-Institute. Er ergänzt und konkretisiert den Umfang der erlaubten Tätigkeiten und steht deshalb im unmittelbaren Zusammenhang mit § 8 Abs. 1 und Abs. 2 und § 8a Abs. 1 und Abs. 2.

c) Überblick. Abs. 2 Satz 1 regelt die Beschränkung der Verwendung von Zahlungskonten. In Satz 2 folgt das Verzinsungsverbot für entgegengenommene Gelder, während Satz 3 fingiert, dass die Entgegennahme von Geldern zur Durchführung von Zahlungsvorgängen bei Beachtung des Verzinsungsverbots kein Einlagengeschäft i. S. v. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG darstellt.

d) Zweck. Zweck der Norm ist es wiederum, das **Trennungsprinzip** umzusetzen. Entgegengenommene Gelder sind von einem Institut i. S. d. ZAG insolvenzrechtlich und vollstreckungsrechtlich von eigenen Geldern zu trennen (RegBegr. ZDUG, BT-Drucks. 16/11613, S. 41f.). Solche entgegengenommenen Gelder sollen im weitesten Sinne wirtschaftliches Eigentum des Zahlungsdienstnutzers bleiben (RegBegr. ZDUG a. a. O.). Es besteht deshalb ein enger Zusammenhang mit den Sicherungsanforderungen der §§ 13, 13a.

2. Beschränkung der Verwendung von Zahlungskonten (Satz 1)

49 **a) Zahlungskonten.** Die Beschränkung des Satz 1 greift ein, wenn ein Institut (§ 1 Abs. 2a) Zahlungskonten i. S. v. § 1 Abs. 3 für Zahlungsdienstnutzer einrichtet. Eine solche Kontoeinrichtung kommt bei nahezu allen Zahlungsdiensten i. S. v. § 1 Abs. 2 in Betracht, mit Ausnahme, je nach Einzelfall, bei einem Finanztransfersgeschäft (§ 1 Abs. 2 Nr. 6). Auf die Kommentierung zum Begriff des Zahlungskontos wird verwiesen (§ 1 Rn. 107).

50 **b) Annahme von Geldern von Kunden.** Weitere Voraussetzung für das Eingreifen der Beschränkungen des Satz 2 ist, dass ein Institut Gelder von Kunden annimmt. Allerdings ist diese Annahme von Geldern beschränkt auf solche Gelder, die ein Institut für Zahlungszwecke, d. h. in Abwicklung eines Zahlungsdienstvertrages gemäß § 675c Abs. 1 oder Abs. 2 BGB, entweder von dem Zahlungsdienstnutzer, d. h. dem Inhaber des Zahlungskontos, oder aber zur Gutschrift auf dem Zahlungskonto entgegennimmt. Andere, unbedingt rückzahlbare Gelder darf das Institut keinesfalls annehmen (RegBegr. ZDUG, BT-Drucks. 16/11613, S. 41f.). Von dem Zahlungsdienstnutzer zu leistende **Gebühren** oder **Kostenerstattungen** sind dagegen ohne weiteres über das Zahlungskonto abwickelbar.

51 **c) Ausschließlich die Abwicklung von Zahlungsvorgängen.** Das Institut darf über die eingerichteten Zahlungskonten ausschließlich Zahlungsvorgänge abwickeln. Es gilt das Gebot der strengen Zweckbindung (BaFin-Merkblatt v. 22.12.2011, Abschn. 5.c), das sich aus dem Trennungsprinzip (s. o. Rn. 48, s. u. Rn. 72) ableitet (RegBegr. ZDUG, BT-Drucks. 16/11613, S. 41f.; BaFin-Merkblatt v. 22.12.2011, Abschn. 5.c). Insbesondere darf das Zahlungskonto nicht als Sparkonto eingesetzt werden; das Zinsverbot des Satzes 3 ist insofern unmittelbarer Ausfluss des Gebotes der Zweckbindung (RegBegr. ZDUG, BT-Drucks. 16/11613, S. 41f.; BaFin-Merkblatt v. 22.12.2011, Abschn. 5.c). Eine weitere Beschränkung des Zahlungskontos leitet sich ab aus Abs. 3, dem Verbot der Kreditgewährung. Hierzu unten Rn. 60.

52 **d) Grundsatz der freien Verfügbarkeit.** Aus dem Gebot der strengen Zweckbindung im Zusammenhang mit dem Trennungsprinzip leitet sich der Grundsatz der freien Verfügbarkeit des Guthabens auf Zahlungskonten für den Zahlungsdienstnutzer ab (BaFin-Merkblatt v. 22.12.2011, Abschn. 5.c). Dieses Erfordernis folgt nicht zuletzt aus dem Begriff des Zahlungskontos (BaFin-Merkblatt a. a. O.; s. o. § 1 Rn. 107). Das Institut darf deshalb nicht mit dem Zahlungsdienstnutzer vereinbaren oder sonstwie festlegen, dass die auf das Zahlungskonto eingezahlten Gelder auf bestimmte Zeit festliegen (RegBegr. ZDUG, BT-Drucks. 16/11613, S. 41; BaFin-Merkblatt a. a. O.; *Findeisen* in EFN § 2 Rn. 35). Selbst wenn der Zahlungsdienstnutzer erklärt, er wolle eine Zeit lang auf die Auszahlung der Gelder freiwillig verzichten, ist er hieran nicht gebunden und das Institut muss ihm jederzeit den Zugriff auf die Gelder erlauben (RegBegr. a. a. O.; BaFin a. a. O.; *Findeisen* in EFN § 2 Rn. 35). Einen Barausgleich bzw. eine Barauszahlung darf das Institut dagegen ausschließen (RegBegr. a. a. O.; BaFin a. a. O.).

3. Verzinsungsverbot (Satz 2)

53 **a) Zweck.** Zweck des Verzinsungsverbotes ist es ebenfalls, das Trennungsprinzip, aus dem sich das Gebot der strengen Zweckbindung ableitet, zu verwirklichen

b) Verzinsungsverbot. Instituten des ZAG (§ 1 Abs. 2a) ist die Verzinsung von Guthaben auf Zahlungskonten verboten. Verboten ist dabei auch die Gewährung von Zinsen über Diskonte, indem bspw. für einen Überweisungsauftrag nicht der volle Zahlbetrag einzuzahlen wäre (RegBegr. ZDUG, BT-Drucks. 16/11613, S. 41f.). Das Zinsverbot gilt auch für Guthaben auf Kreditkartenkonten (*Findeisen* in EFN § 2 Rn. 43). Allerdings wird der Zinsbegriff des Abs. 2 Satz 2 ebenfalls nicht näher definiert. Fraglich ist deshalb, ob der Zinsbegriff i. e. S., d. h. ein laufzeitabhängiges Entgelt, das sich prozentual aus einem Kapitalstock berechnet (oben Rn. 42), zugrunde zu legen ist. Grundsätzlich käme auch in Betracht, den Zinsbegriff i. w. S. zu interpretieren, der auch sonstige laufzeitabhängige Vorteile erfasst (wie auch Abs. 1a Satz 3 Alt. 2, dazu oben Rn. 42; zu den verschiedenen Zinsbegriffen vgl. auch *Grundmann* in MüKoBGB § 246 Rn. 5f.). Aus der ZIDRL lässt sich hierzu nichts entnehmen. Aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber des Zweiten E-Geld-RLUG durch die Erwähnung der anderen Vorteile in Abs. 1a dort einen weiten Zinsbegriff verankert hat, könnte man sogar rückschließen, dass Abs. 2 Satz 2, der im Rahmen des Zweiten E-Geld-RLUG insoweit unangetastet blieb, den engen Zinsbegriff zugrunde legen will. Das Gebot der strengen Zweckbindung des für Zahlungszwecke eingebrachten Geldes legt es allerdings nahe, auch die anderweitige, laufzeitabhängige Vorteilsgewährung zu verbieten. Intention des Gesetzgebers und des Richtliniengebers ist es, den Einlagentatbestand für Institute des ZAG nur so weit zu öffnen, wie es für Zwecke der Abwicklung von Zahlungsdiensten oder E-Geld-Geschäften erforderlich ist. Würde man die anderweitige Vorteilsgewährung im Rahmen von Abs. 2 zulassen, so würde dies Sinn und Zweck des Ausnahmetatbestandes überschreiten.

c) Ausnahmen vom Verzinsungsverbot. Zum Verzinsungsverbot ist es nicht erfasst, wenn ein Institut Gelder, die es in Treuhandsammelverwahrung an ein Kreditinstitut gibt (vgl. §§ 13 Abs. 1 Nr. 1b, 13a Abs. 1 Satz 1), von diesem Kreditinstitut verzinsen lässt und die Zinsen vollständig an seine Kunden weiterreicht (hierzu oben Rn. 43). Verboten ist es dem Institut allerdings, hieraus selbst Zinsen zu ziehen oder einen Anteil der Zinsen für sich zu vereinnahmen (BaFin-Merkblatt v. 22.12.2011, Abschn. 5.c). Verzinsung ist einem Institut i. S. d. ZAG auch erlaubt, sofern es sich im Einzelfall nicht um unbedingt rückzahlbare Gelder des Publikums i. S. v. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG handelt (hierzu oben Rn. 17f.).

4. Kein Einlagengeschäft und nicht E-Geld (Satz 3)

a) Für Zahlungsvorgänge entgegengenommene Geldbeträge. aa) **56 Geldbeträge.** Zur Erörterung des Merkmals der **Geldbeträge**, die ein Institut vom Zahlungsdienstnutzer für die Durchführung von Zahlungsvorgängen entgegennimmt, s. o. Rn. 49ff.

bb) Einhaltung der zivilrechtlichen Ausführungsvorschriften. In der Literatur wird zudem gefordert, dass die zivilrechtlichen Ausführungsvorschriften für Zahlungsdienstverträge (§§ 675 c ff. BGB) im Wesentlichen einzuhalten sind (*Findeisen* in EFN § 2 Rn. 47f.; zust. *Schwennicke* in Schwennicke/Auerbach § 2 Rn. 21). In diesem Zusammenhang ist allerdings zunächst klarzustellen, die Fristenregelungen der §§ 675s, 675 t BGB (in Ausführung von Art. 69ff. ZIDRL) dem Interesse

(des Verbrauchers und der sonstigen Zahlungsdienstnutzer) an einer zügigeren gemeinschaftswirtschaftlichen Abwicklung von Zahlungen dienen (Erwägungsgrund 43 der ZDRL) und nicht Ausführungsziele verfolgen. Auch die Gesetzesbegründung zur Umsetzung der zivilrechtlichen Vorschriften der ZDRL (BT-Drucks. 16/11643, S. 111 ff.) gibt keinen Aufschluss über eine solche Intention des Gesetzgebers. Andererseits liegt es nahe, dass durch die zivilrechtlichen Ausführungsvorschriften nicht nur das volkswirtschaftliche Anliegen der Beschleunigung des Zahlungsverkehrs umgesetzt, sondern auch die Leitlinie verwirklicht werden sollte, dass für Zahlungszwecke bereitgestellte Gelder (i. w. S.) im wirtschaftlichen Eigentum des Zahlungsdienstnutzers bleiben (RegBegr. ZDUG, BT-Drucks. 16/11613, S. 41 f.). Zwar sind Verstöße gegen zivilrechtliche Ausführungsvorschriften zunächst Vertragsverstöße und können nicht als solche jeweils aufsichtsrechtliche Konsequenzen haben. Nur solche Institute, die systematisch die Ausführungsfristen verletzen, um hierdurch jeweils länger im Besitz der eingelegten Gelder zu bleiben, nehmen dann Gelder nicht mehr „zu Zahlungszwecken“ entgegen. Hierdurch kann im Einzelfall die Ausnahme des Satz 3 entfallen (im Ergebnis wohl enger *Findeisen* in EFN § 2 Rn. 49; *Schwennicke* in Schwennicke/Auerbach § 2 ZAG Rn. 21). **cc)** Nach einer Ansicht in der Literatur (*Findeisen* in EFN § 2 Rn. 50) soll die Fiktion von Satz 3 auch entfallen, wenn die **Sicherungsanforderungen der §§ 13, 13a** nicht eingehalten wurden. Dies erscheint allerdings fraglich. Zwar ist es unbestritten, dass die Sicherungsanforderungen der §§ 13, 13a in engem Zusammenhang mit dem in Abs. 2 verfolgten Trennungsprinzip stehen. Beide Regelungskomplexe haben die Zielsetzung, den Kunden vor insolvenzrechtlichen und vollstreckungsrechtlichen Gefahren des Instituts zu schützen (RegBegr. ZDUG, BT-Drucks. 16/11613, S 41 f.). Allerdings verwirklichen beide Regelungskomplexe diese Zielsetzung jeweils auf eigene Art. Abs. 2 gewährt Instituten des ZAG zur Durchführung von Zahlungsvorgängen Ausnahmen von dem ansonsten zum Schutz des Kunden geltenden Verbot der Annahme von Einlagen. Bei Überschreitung der Ausnahmenvorschriften liegt Strafbarkeit i. S. v. § 31 Abs. 1 Nr. 1 vor. Dieser Straftatbestand korreliert mit § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG, der das unerlaubte Betreiben von Bankgeschäften unter Strafe stellt. Demgegenüber stellt sich die nicht ordnungsgemäße Absicherung von Kundengeldern gemäß §§ 13, 13a als fehlerhafte Durchführung des Zahlungsdienstgeschäfts und damit als Verstoß gegen aufsichtsrechtliche Normen dar, nicht aber als grundsätzlich unerlaubter Betrieb von Einlagengeschäft. Solche Verstöße gegen die Sicherungsvorschriften der §§ 13, 13a auch als Verstoß gegen § 2 Abs. 1 und § 2 Abs. 2 Satz 3 zu werten, dürfte jedenfalls keine strafrechtlichen Folgen nach sich ziehen (gespaltene Auslegung, vgl. Einl. Rn. 45), da sie, die selbst weder in § 31 (Strafvorschriften) noch in § 32 (Bußgeldvorschriften) erwähnt sind, die zulässige Wortsinn-Auslegung, die im Rahmen der Strafnorm des § 31 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 erforderlich ist (hierzu oben Einl. Rn. 44) überschreiten würde.

- 57 **b) Nicht Einlagen und nicht E-Geld.** Soweit der Tatbestand erfüllt ist, dass es sich um Geldbeträge handelt, die ein Institut von Zahlungsdienstnutzern für die Durchführung von Zahlungsvorgängen entgegengenommen hat, liegt weder Einlagengeschäft noch E-Geld vor. Zum Tatbestand des Einlagengeschäfts s. o. Rn. 14 ff. Dass es sich bei Geldbeträgen, die ein Zahlungs- oder E-Geld-Institut zur Durchführung von Zahlungsdiensten entgegennimmt, nicht um E-Geld handelt, bedarf der Erläuterung. Durch diese, bereits im Rahmen des ZDUG eingefügte Rechtsfolge der Fiktion des Abs. 2 Satz 3 sollen nicht die von Abs. 2 Satz 3 ebenfalls erfassenden Zahlungsinstitute von der Erlaubnispflicht für den Betrieb des E-Geld-Geschäfts