

GSK RECHTSANWÄLTE · Karl-Scharnagl-Ring 8 · 80539 München

Deutscher Bundestag  
Finanzausschuss  
Eduard Oswald  
-Vorsitzender-  
Platz der Republik 1

11011 Berlin

Per e-mail:  
finanzausschuss@bundestag.de

05. Februar 2009

Sie erreichen Dr. Markus Escher unter  
Tel. +49 (89) 28 81 74 - 31 · Fax +49 (89) 28 81 74 - 44  
Unser Zeichen: ME-clr-04023-02

## Zahlungsdienstleistungsgesetz (BT-Drs 16/11613) sowie BT-Drs. 16/11640 Stellungnahme der IG Kreditkarten

Sehr geehrter Herr Oswald,

wir bedanken uns für die Einladung zur öffentlichen Anhörung zum Zahlungsdienstleistungsgesetz und dürfen Ihnen namens und im Auftrag der **Interessensgemeinschaft (IG) Kreditkarten** Anmerkungen zum Regierungsentwurf sowie zur

**MÜNCHEN**

Dr. Andreas Geiger\*  
Dr. Theo Waigel  
Dr. Markus Escher\*  
Dr. Wolfgang Würfel\*  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Peter M. Schmidhuber, Dipl.-Volksw.  
Dr. Thomas Haller\*  
Dr. Christian Waigel\*  
Dr. Andreas F. Bauer\*, LL.M.  
Dr. Maximilian Schilling\*  
Dr. Dirk Brückner\*  
Dr. Michael Eggersberger\*  
Dr. Mark Butt\*  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Hendrik Riedel\*, LL.M.  
Alexander Radwan  
Robert Kramer  
Stefan Dorn  
Fachanwalt für Bau- und  
Architektenrecht  
Dr. Bernhard Laas  
Dr. Oliver Glück  
Patrick Janik  
Dr. Susanne Radlsbeck  
Fachwältin für  
Miet- und Wohnungseigentumsrecht  
Andrea Robertz  
Dr. Dorothee Stober  
Monique Franke  
In Kooperation mit:  
Em. Univ.-Prof. Dr. Willi Blümel

**STUTTGART**

Dr. Peter Ladwig\*  
Dr. Thomas Lang\*, Notar  
Dr. Wolfram Sandner\*  
Dr. Eike D. Eschenfelder\*, Dipl.-Vw.  
Dr. Rainer Herschlein\*, LL.M.  
Dr. h. c. Gustav Wabro  
Dr. Anne de Boer, LL.M.  
Dr. Dirk Koch  
Licencié en Droit  
Fachanwalt für Steuerrecht  
Steuerberater  
Dr. Evelyn Klasen  
Dr. Bettina Johst  
Dr. Nicolas Daamen  
Dr. Katrin Dobler

**BERLIN**

Dr. Rainer Stockmann\*, LL.M.  
auch zugel. N.Y., U.S.A.  
Dr. Lorenz Clausen\*, Notar  
Dr. Christian R. Schmidt\*, Notar  
Stefan Aldag\*, Notar  
Dr. Ulrich Schmidt, Notar a. D.  
Dr. Oda Wedemeyer\*  
Dr. Michael Stobbe\*, M.C.J.  
Dr. Jörg Kahler\*  
Dr. Jan Kehrberg\*  
Fachanwalt für Bau- und  
Architektenrecht  
Dr. Olaf Schmechel\*  
Dr. Jörg Alshut  
Licencié en Droit  
Dr. Manteo Eisenlohr  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Martina Köglspurger  
Thomas Grund  
Dr. Nicolai von Holst  
Fachanwalt für Bank- und  
Kapitalmarktrecht  
Jörg Michael Siecke  
Wolfgang Jegodka, LL.M.  
Dr. Christian Kirschke, MJur.  
Andreas Ingendoh, LL.M.  
Fachanwalt für Bau- und  
Architektenrecht sowie für Miet-  
und Wohnungseigentumsrecht  
Dr. Andreas Möller  
Björn Honekamp  
Pascal Gatty  
Dr. Jan Bünnemeyer

**HAMBURG**

Wulf Clausen\*  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Michael-Alexander Rojnic\*  
Lars Bollensen\*  
Fachanwalt für Bau- und  
Architektenrecht  
Dr. Wolfgang Clausen  
Ine Mollenhauer-Fulda  
Dr. Volker Maaß  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Katharina Dittmann, MEUS  
Herbert Maercker  
Dr. René Poew  
Dr. Gerrit Linke  
Dr. Ortrud Aumüller  
Stephanie Adelhelm

**BRÜSSEL**

in Kooperation mit  
Nabarro, London und  
August & Debouzy, Paris

**FRANKFURT AM MAIN**

Dr. Andreas May\*  
Dr. Gregor Seikel\*, Dipl.-Kfm.  
Fachanwalt für Steuerrecht  
Dr. Rainer Werum\*  
Philipp Klingens\*  
Holger Lampe\*  
Dr. Oliver N. Moufang\*  
Fachanwalt für Bau- und  
Architektenrecht  
Dr. Josef Maria Wodicka\*  
Stefan Koser\*  
Dr. Martin Binning\*  
Steuerberater  
Dr. Wolfgang Bötsch  
Dr. Nicole Kadel  
Sascha Zentis  
Dr. Matthias Möller  
Dr. Gerhard Gündel  
Dr. Gösta Makowski, LL.M.  
Dr. Anja Weisgerber  
Dr. Daniela Daute-Weiser  
Matthias Dau, LL.M.  
Dr. Marc Diekmann, LL.M.  
Fachanwalt für Bau- und  
Architektenrecht  
Dennis Stenzel  
Janna Hoffmann  
Master of Mediation  
Karen Chautard  
Alexandra Fuchs  
Dr. Jochen Rudolph  
Dr. Alma Werner-Jensen  
Dr. Verena Aloff  
Nicole König

**DÜSSELDORF**

Dr. Christian Scholz\*  
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater  
Dr. Eckart Petzold\*  
Dr. Dirk Oldigs\*  
Dr. Karl von Hase\*  
Fachanwalt für Handels- und  
Gesellschaftsrecht  
Wolfgang Liebau  
Roberta Correnti, LL.M., Avvocato  
Birgit Neubert, LL.M.  
auch zugel. N.Y., U.S.A.  
Reinhild Ströch  
Jörn Isenberg, LL.M.  
Hendrik Jürging  
Steuerberater

**HEIDELBERG**

Dr. Peter Bringer\*, LL.M.  
Fachanwalt für Steuerrecht und Erbrecht  
Vereidigter Buchprüfer  
Dr. Uwe Jäger\*  
Fachanwalt für Handels- und  
Gesellschaftsrecht sowie für Arbeitsrecht  
Wolfgang Böhm\*  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Dr. Philipp M. Kuhn  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Uwe Pirl  
Fachanwalt für Insolvenzrecht  
Stefan Schmidtadel, LL.M.  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Angela Haab

Seite 1 von 11

HAESCHER\Mandate 2009\IG-Kreditkarten (PaySys)\Stellungnahmen\090205FA\_ZAG.doc

www.gsk.de

<b>MÜNCHEN</b> Karl-Scharnagl-Ring 8 80539 München Tel. +49 (89) 28 81 74-0 Fax +49 (89) 28 81 74-44 muenchen@gsk.de	<b>BERLIN</b> Mohrenstr. 42 10117 Berlin Tel. +49 (30) 20 39 07-0 Fax +49 (30) 20 39 07-44 berlin@gsk.de	<b>FRANKFURT/M.</b> Taunusanlage 21 60325 Frankfurt Tel. +49 (69) 71 00 03-0 Fax +49 (69) 71 00 03-144 frankfurt@gsk.de	<b>HAMBURG</b> Schleusenbrücke 1/ Neuer Wall 20354 Hamburg Tel. +49 (40) 36 97 03-0 Fax +49 (40) 36 97 03-44 hamburg@gsk.de	<b>HEIDELBERG</b> Brückenkopfstr. 1/2 69120 Heidelberg Tel. +49 (62 21) 45 66-0 Fax +49 (62 21) 45 66-44 heidelberg@gsk.de	<b>STUTTGART</b> Kronenstr. 30 70174 Stuttgart Tel. +49 (711) 220 45 79-0 Fax +49 (711) 220 45 79-44 stuttgart@gsk.de	<b>DÜSSELDORF</b> Bleichstr. 14 40211 Düsseldorf Tel. +49 (211) 86 28 37-0 Fax +49 (211) 86 28 37-44 duesseldorf@gsk.de	<b>BRÜSSEL</b> 209a avenue Louise B-1050 Brüssel Tel. +32 2 62 60 740 Fax +32 2 62 60 749 bruessel@gsk.de
---	---	--	--	---	--	--	--

\* Partner im Sinne des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes - PartGG

GSK STOCKMANN &amp; KOLLEGEN RECHTSANWÄLTE WIRTSCHAFTSPRÜFER STEUERBERATER PARTNERSCHAFTSGESELLSCHAFT, SITZ MÜNCHEN, AG MÜNCHEN PR 533

Erwiderung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zusammenfassen.

Die IG Kreditkarten ist eine rechtlich nicht verselbständigte Arbeitsgruppe von Kreditkartenunternehmen mit Sitz in Deutschland, die gemeinschaftlich ihre rechtlichen Interessen in den anstehenden Gesetzgebungsverfahren zur Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie vertreten. Hierbei beraten wir die IG Kreditkarten rechtlich. Zur IG Kreditkarten gehören Kreditkartenunternehmen, die Kreditkarten herausgeben (sogenannte „Kreditkarten-Issuer“), Unternehmen, die Händler an die Kreditkartennetze anbinden (sogenannte „Kreditkarten-Acquirer“) sowie auch Processing-Unternehmen, die mit Kreditkarten-Issuern oder Kreditkarten-Acquirern kooperieren und ergänzende Dienstleistungen anbieten.

Zum Regierungsentwurf zur Umsetzung der aufsichtsrechtlichen Vorschriften der Zahlungsdiensterichtlinie (BT-Drs 16/11613) sowie zur Gegenäußerung der Bundesregierung (BT-Drs. 16/11640) sind folgende Anmerkungen zu machen:

## **1. Zugang zu Zahlungssystemen, § 7 ZAG-E**

Die Regelung des § 7 ZAG-E setzt Art. 28 der Zahlungsdiensterichtlinie (ZDR) um, geht hierbei jedoch teilweise über die Regelungsziele der Richtlinie hinaus bzw. bleibt teilweise dahinter zurück.

### **a) Verletzung von Geschäftsgeheimnissen**

Zunächst ist auf die Regelung des § 7 Abs. 3 ZAG-E hinzuweisen, nach dem der jeweilige Zahlungsdienstleister nicht nur gegenüber dem Systembetreiber, sondern – ohne Grundlage in der Zahlungsdiensterichtlinie – gegenüber jedem Teilnehmer des Systems verpflichtet wäre, den Nachweis zu führen, dass entsprechende organisatorische Voraussetzungen und finanzielle Grundlagen vorhanden sind. Faktisch würde dies den nach Art. 14 GG erforderlichen Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in verfassungswidriger Weise unterminieren und eine Pflicht zur Offenlegung von Betriebsgeheimnissen gegenüber Wettbewerbern statuieren. Genau hiermit würde erneut der Regelungszweck des Art. 28 der ZDR, nämlich die Förderung des Wettbewerbs im Zahlungsdienstebereich, ins Gegenteil verkehrt werden. Im Übrigen lässt der Gesetzentwurf mit der Pflicht eines jeden Zahlungsdienstleisters zur Darlegung gegenüber „anderen Teilnehmern des Zahlungssystems“, das seine eigenen Vorkehrungen die objektiven Bedingungen des Betreibers des Zahlungssystems erfüllen, offen, welche Rechtsfolgen an diese Pflicht geknüpft sein sollen. Soll etwa jeder andere an dem Zahlungssystem Teilnehmende ein einklagbares Recht gegen einen beitretenden oder bereits am System teilnehmenden Zahlungsdienstleister auf „Darlegung der Erfüllung der Beitrittsvoraussetzung“ haben?

Hier schießt der Regierungsentwurf in § 7 Abs. 3 ZAG-E über das Regelungsziel der Richtlinie hinaus, die in Art. 28 ZDR an sich nur eine Selbstverständlichkeit regeln wollte, dass nämlich ein an einem Zahlungssystem teilnehmender bzw. hierzu erst beitreter Teilnehmer jederzeit gegenüber dem Systembetreiber darlegen muss, dass er – der Teilnehmer – die Teilnahmevoraussetzung erfüllt, um dem Systembetreiber gegebenenfalls auch Sanktionen oder auch eine Ausschlussklärung zu ermöglichen. Eine etwaige Darlegungspflicht gegenüber anderen Teilnehmern ist hierbei jedoch als systemfremd zurückzuweisen, so dass die Darlegungslast gegenüber den anderen Teilnehmern des Zahlungssystems in § 7 Abs. 3 ZAG-E gestrichen werden sollte. § 7 Abs. 3 sollte daher folgenden Wortlaut erhalten:

„(3) Jeder Zahlungsdienstleister und jedes andere Zahlungssystem muss vor dem Beitritt und während seiner Teilnahme an einem Zahlungssystem gegenüber dem Betreiber darlegen, dass seine eigenen Vorkehrungen die objektiven Bedingungen des Betreibers des Zahlungssystems im Sinne von Abs. 2 für die Teilnahme an dem System erfüllen.“

#### b) **Kartellrechtliche Beaufsichtigung**

§ 7 Abs. 6 ZAG-E stellt eine grundlegende Abkehr von dem noch im Diskussionsentwurf in § 9 Abs. 6 ZAG-E enthaltenen kartellrechtlichen Aufsichtsprinzip dar. Im Gegensatz zum Diskussionsentwurf des BMF vom 21.04.2008 beschränkt sich § 7 Abs. 6 ZAG-E auf zivilrechtliche Ansprüche des Betroffenen auf Beseitigung und, bei Wiederholungsgefahr, auf Unterlassung sowie auf Ersatz entstandener Schäden. Als Kontrollinstanz sind damit in erster Linie die Zivilgerichte aufgerufen, Verstöße gegen § 7 ZAG-E zu sanktionieren. Dies stellt aber eine deutlich ineffizientere und vor allem nicht rechtseinheitlich zentrale Lösung dar, die nicht geeignet ist, die rechtspolitischen Ziele des Art. 28 der Richtlinie zur Förderung des Wettbewerbs zu erfüllen.

Hiermit würde auch die Richtlinie nicht ausreichend umgesetzt werden, da Art. 28 Abs. 1 ZDR fordert: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Vorschriften für den Zugang ... zu Zahlungssystemen objektiv, nicht diskriminierend und verhältnismäßig sind ....“.

Wie auch im Regulierungsrecht bezüglich Telekommunikationsunternehmen kann bei der von der Richtlinie angestrebten Zulassung zu bisher zulassungsbeschränkten Systemen nur eine zentrale und rechtseinheitlich wahrgenommene Beaufsichtigung durch eine zuständige Behörde wie das Bundeskartellamt geeignet erscheinen, die Wettbewerbsförderung zu erzielen. Der Regelungsansatz des Diskussionsentwurfs in § 9 Abs. 5 Satz 2 und Abs. 6 mit Begründung einer Überwachungszuständigkeit des

Bundeskartellamt und ausdrücklicher Anwendbarkeitserklärung der §§ 54 ff. GWB sollte daher beibehalten werden. Anderenfalls besteht die erhebliche Gefahr, dass Ausgrenzungen und Verstöße gegen das grundsätzlich bestehende Zulassungsgebot nicht einheitlich überwacht und sanktioniert werden.

Eine Zuständigkeit des Bundeskartellamts ausschließlich für die Fälle, in denen Betreiber eines Zahlungssystems eine marktbeherrschende Stellung innehaben und die weiteren Voraussetzungen des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB vorliegen (so die Gesetzesbegründung), wird nicht geeignet sein, die rechtspolitischen Zielsetzungen des Art. 28 der Richtlinie zu erfüllen. § 7 Abs. 6 ZAG-E sollte daher folgenden Wortlaut erhalten, wie es bereits im Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Finanzen vom 21.04.2008 (S. 15, damals § 9 Abs. 6) enthalten war:

„(6) Zuständige Behörde für die Anwendung der Absätze 1-5 ist das Bundeskartellamt. Die §§ 54 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen finden entsprechende Anwendung.“

### c) **Kreditwirtschaftliche Verbundgruppen**

Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme vom 19.12.2008 angeregt, in § 7 Abs. 4 Nr. 2 ZAG-E den Begriff des „institutsinternen Sicherungssystems nach § 10c Abs. 2 KWG“ zu streichen und durch „kreditwirtschaftliche Verbundgruppe“ zu ersetzen.

aa) Zunächst erscheint bereits fraglich, ob Art. 28 Abs. 2 lit. b der Richtlinie mit der erweiterten Ausnahme von institutsinternen Sicherungssystemen ordnungsgemäss umgesetzt wird. Diese Richtlinienvorschrift bezieht sich ausschließlich auf

- (i) zu einer **Unternehmensgruppe** gehörende Zahlungsdienstleister,
- (ii) zwischen denen **Kapitalverbindungen** bestehen,
- (iii) wobei eines der Unternehmen die **tatsächliche Kontrolle** über die anderen ausübt.

Diese Voraussetzungen sind erkennbar bei kreditwirtschaftlichen Verbundgruppen in Deutschland nicht gegeben, so daß die auf Erwägungsgrund 1 der Richtlinie gestützte, erweiterte Ausnahmenvorschrift vor dem Hintergrund einer Wettbewerbsförderung fraglich erscheint.

bb) Selbst wenn sich der Gesetzgeber für diese Erweiterung auf Erwägungsgrund 1 stützen will, muss in jedem Fall in der Begründung klargestellt werden, dass es sich nur um jeweils eine **einzelne kreditwirtschaftliche Verbundgruppe** handelt und **nicht** um die Organisationsebene des Zentralen Kreditausschusses, in dem die Spitzenverbände der deutschen Kreditwirtschaft organisiert sind.

Im Gegensatz zum „institutsinternen Sicherungssystem nach § 10c Abs. 2 KWG“ ist der Begriff der „kreditwirtschaftlichen Verbundgruppe“ bislang – soweit ersichtlich – nicht gesetzlich definiert.

So führte der Zentrale Kreditausschuss (ZKA) in seiner Stellungnahme vom 27.11.2008 zur Parallelvorschrift des § 1 Abs. 10 Nr. 13 ZAG-E aus:

*„Auf dem deutschen Bankenmarkt sind sowohl private Geschäftsbanken als auch die jeweils in kreditwirtschaftlichen Verbundgruppen organisierten Genossenschaftsbanken und Sparkassen tätig. Die Regelung in § 1 Abs. 10 Nr. 13 ZAG-E stellt klar, dass es sich bei Zahlungen innerhalb von Konzernen oder zwischen Mitgliedern einer derartigen kreditwirtschaftlichen Verbundgruppe nicht um Zahlungsdienste handelt.“*

Diese Bezugnahme auf die einzelnen Verbundgruppen – soweit ersichtlich – also private Geschäftsbanken, Genossenschaftsbanken und Sparkassen sollte in die Gesetzesbegründung aufgenommen werden, um damit ggf. klarzustellen, dass die Ausnahmevorschrift des § 7 Abs. 4 Nr. 2 2. Alt. ZAG-E nur innerhalb jeweils einer Verbundgruppe, **nicht aber** „auf der höheren Ebene“ der Organisation der Spitzenverbände im ZKA greift.

Anderenfalls wäre eine Richtlinienverletzung greifbar, falls mit dieser speziell deutschen Umsetzungsvorschrift Zahlungssysteme auf der Grundlage von ZKA-Abkommen vom Anwendungsbereich des § 7 ZAG ausgenommen wären

## **2. Anwendbare geldwäscherechtliche Vorschriften – Gleichbehandlung mit Kreditinstituten**

Die neugeschaffenen Zahlungsinstitute werden – wie Kreditinstitute – als regulierte Zahlungsdienstleister künftig dem Anwendungsbereich des Geldwäschegesetzes (GwG) unterstellt. Zusätzlich erklärt nach dem Regierungsentwurf § 22 Abs. 2 ZAG-E die §§ 25f Abs. 1, 2 („verstärkte Sorgfaltspflichten“) und § 25h KWG („verbotene Geschäfte“) für Zahlungsinstitute für anwendbar.

Die IG Kreditkarten wendet sich jedoch dagegen, dass der Regierungsentwurf mit § 22 Abs. 2 ZAG-E bei der Anwendbarkeit auch von Erleichterungsvorschriften zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung von Zahlungsinstituten und Kreditinstituten führt. Insbesondere werden die §§ 25d, e KWG, die vereinfachte Sorgfaltspflichten sowie Vereinfachungen bei der Identifizierung durch Kreditinstitute in Fällen vorsehen, die von der EU-Geldwäscherichtlinie als weniger geldwäsche-

geneigt anerkannt wurden, für Zahlungsinstitute bislang nicht für entsprechend anwendbar erklärt.

#### a) Erleichterungsvorschrift nach § 25d Abs. 1 Nr. 3 KWG

Entsprechend den europäischen Vorgaben der Geldwäscherichtlinie gewährt § 25d Abs. 1 Nr. 3 KWG bislang nur Kreditinstituten die Möglichkeit, „Zahlungsprodukte“ zu entwickeln, bei denen auf ein erleichtertes Identifizierungsverfahren bezüglich der teilnehmenden Kunden zurückgegriffen werden kann. Hierbei kann unter den Voraussetzungen, dass insbesondere eine „Aufladung“ eines entsprechenden Zahlungskontos über ein bereits in Deutschland oder einem anderen EU-Mitgliedstaat umfassend nach der EU-Geldwäscherichtlinie identifiziertes Konto („Referenzkonto“) erfolgt, ein schriftlicher Vertrag für ein solches Zahlungsprodukt vorliegt sowie der verfügbare Geldbetrag eines entsprechenden Zahlungsprodukts auf maximal € 15.000,- beschränkt ist, von einem erleichterten Fall bei Durchführung der Identifizierungspflichten ausgegangen werden.

Dadurch, dass § 22 Abs.2 ZAG-E für Zahlungsinstitute diese Norm nicht für anwendbar erklärt, würden Zahlungsinstitute im Vergleich zu Kreditinstituten ungleich behandelt werden, da ihnen die Entwicklung entsprechender Zahlungsprodukte mit Erleichterung bei der Durchführung der Identifikationsprüfung nicht ermöglicht werden würde. Im Hinblick auf das von der EU-Zahlungsdiensterichtlinie angestrebte „Level Playing Field“ sollte daher auch die Erleichterungsvorschrift des § 25d Abs. 1 Nr. 3 KWG für Zahlungsinstitute wie auch für Kreditinstitute Anwendung finden, so dass Zahlungsinstitute nicht nur den KWG-Sonderregelungen zu verschärften, geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten, sondern auch – wie Kreditinstitute – den Erleichterungsnormen unterliegen.

#### b) Identifizierung nach Kontoeröffnung

In gleicher Weise fehlt in § 22 Abs. 2 ZAG-E in der Fassung des Regierungsentwurfs auch eine Anwendbarkeitserklärung des § 25e KWG für Zahlungsinstitute. Hiernach kann die Überprüfung der Identität des Vertragspartners und des wirtschaftlich Berechtigten auch unverzüglich nach der Eröffnung eines Konto abgeschlossen werden, soweit sichergestellt ist, dass vor Abschluss der Überprüfung der Identität keine Gelder von dem Konto abverfügt werden können. Diese Norm kann insbesondere bei dezentralem oder Online-Vertrieb von besonderer Bedeutung werden, wenn damit der Vertragsabschluss mit Neukunden zeitlich beschleunigt wird, ohne dass hierdurch zusätzlich geldwäscherechtliche Gefahren zu besorgen wären. Auch diese Erleichterungsmöglichkeit nach der EU-Geldwäscherichtlinie, die Kreditinstituten offensteht, sollte im Sinne eines „Level Playing Field“ für Zahlungsinstitute für anwendbar erklärt werden.

c) **§ 22 Abs. 2 ZAG sollte daher folgenden Wortlaut erhalten:**

„Die §§ 6a, 24c, 25d Abs. 1 Nr. 3, 25e, 25f Abs. 1 und 2 und § 25h des Kreditwesengesetzes sowie § 93 Abs. 7 und 8 i.V.m. § 93b der Abgabenordnung gelten für Zahlungsinstitute entsprechend.“

**3. Übergangsregelung für bislang erlaubnisfrei tätige Unternehmen - § 35 Abs. 3 ZAG-E**

- a) § 35 Abs. 3 ZAG-E setzt „an sich“ Art. 88 Abs. 1 ZDR als Übergangsregelung für Unternehmen um, die bislang nicht beaufsichtigt waren, aber im Einklang mit dem Recht des Mitgliedstaates ihre Tätigkeiten, die ab 01.11.2009 als aufsichtspflichtige Zahlungsdienste zu würdigen sind, erbracht haben. Für diese Unternehmen regelt § 35 Abs. 3 ZAG-E sowie Art. 88 Abs. 1 ZDR eine Übergangsregelung bis zum 30.04.2011, bis zu der diese Unternehmen keine gesonderte Erlaubnis nach § 8 ZAG-E benötigen. Eine entsprechende Übergangsvorschrift können nach § 35 Abs. 3 ZAG-E allerdings nur diejenigen Unternehmen in Anspruch nehmen, die vor dem 25.12.2007 ihre Tätigkeit ohne Verstoß gegen das Kreditwesengesetz aufgenommen haben.
- b) In der „Implementation Working Group“ der mitgliedstaatlichen Institutionen, die die Federführung bei der aufsichtlichen Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie haben, wurde bereits festgestellt, dass es sich bei der zeitlichen Bezugnahme in Art. 88 Abs. 2 mit dem „25.12.2007“ um einen „Schreibfehler“ handelt und hier eigentlich der 25.12.2009 gemeint war. Entsprechend will man noch im Jahre 2009 für eine Berichtigung der Richtlinie und der entsprechenden mitgliedstaatlichen Regelungen Sorge tragen.
- c) Es besteht nun folgende Regelungslücke, die in Deutschland zu einer verfassungswidrigen Belastung von Unternehmen führen kann, die bislang keiner Erlaubnis- und Aufsichtspflicht unterlagen:

Diejenigen Unternehmen nämlich, die erst nach dem 25.12.2007 ihre Tätigkeit mit Erbringung (künftig aufsichtspflichtiger) Zahlungsdienste aufgenommen haben bzw. diejenigen Unternehmen, die ihr „Angebotsspektrum“ noch um weitere Zahlungsdienste des Erlaubniskataloges nach dem 25.12.2007 erweitert haben, würden hierfür keinerlei Übergangsvorschriften in Anspruch nehmen können. Dies würde praktisch dazu führen, dass diese Tätigkeiten mit einem Schlag mit Inkrafttreten des ZAG am 01.11.2009 mangels Erlaubnis einzustellen wären. Der Ausweg, hierfür eine Erlaubnis zu beantragen, wird vermutlich praktisch verschlossen sein, da das ZAG ja auch erst zum 01.11.2009 in Kraft tritt und insofern die BaFin vor dem 01.11.2009 gar keine Erlaubnisse erteilen könnte. Hier würden also Unternehmen, die zum heutigen Tage in zulässiger Weise aufsichtsfreie Tätigkeiten erbringen,

alleine wegen dieser Gesetzgebungslücke gegebenenfalls zu Betriebs- oder Produkteinstellungen gezwungen sein. Dies wird mit Art. 14 , 12 GG nicht vereinbar sein.

- d) Nun ist es so – wie ausgeführt -, dass § 35 Abs. 3 ZAG-E ja insofern Art. 88 Abs. 1 ZDR korrekt umsetzt, als auch diese EU-Übergangsnorm ausschließlich auf eine zulässige Tätigkeit vor dem 25.12.2007 abstellt. Hier wird es daher zum Schutz derjenigen Unternehmen, die gegenwärtig gesetzeskonform tätig sind, zwei gesetzgeberische Lösungsmöglichkeiten geben:
- aa) Zum Einen könnte gegebenenfalls in der „Implementation Working Group“ auf EU-Ebene in gleicher Weise wie zu Art. 88 Abs. 2 ZDR auch zu Art. 88 Abs. 1 ZDR ein Konsens herbeigeführt werden, dass es sich nicht nur in Art. 88 Abs. 2 ZDR, sondern auch in Art. 88 Abs. 1 ZDR um einen „Schreibfehler“ handelt und dass eigentlich mit 25.12.2007 der 25.12.2009 gemeint ist. Hiermit wäre das Problem sauber und EU-weit einheitlich gelöst. Hierzu wäre selbstverständlich keine Aktion im deutschen Gesetzgebungsverfahren notwendig. Es wird aber angeregt, gemeinsam mit den deutschen Vertretern in der Implementation Working Group für eine entsprechende Klarstellung zu

sorgen, um damit letzten Endes im deutschen mitgliedstaatlichen Recht eine entsprechende Lösung bereitzuhalten.

- bb) Sollte die Ansicht bestehen, dass ein Konsens auf EU-Ebene, wie oben unter aa) beschrieben, nicht kurzfristig erreicht werden kann, halten wir es für notwendig, eine besondere, bundesdeutsche Übergangsvorschrift für die hier betroffenen Unternehmen bzw. Produkte in § 35 ZAG-E aufzunehmen, wie dies auch stets in der Vergangenheit bei Einführung neuer Aufsichtstatbestände der Fall war. So wurde jüngst mit der Unteraufsichtsstellung des Factoring- und Leasinggeschäftes in § 64j KWG eine 4-wöchige Übergangsvorschrift nach Inkrafttreten des Gesetzes aufgenommen, innerhalb derer diejenigen Unternehmen, die bislang erlaubnisfrei tätig waren, auf der Grundlage einer gesetzlich fingierten Erlaubnis tätig werden können, soweit sie innerhalb der Übergangsvorschrift/Anzeigefrist die Fortsetzung ihres Geschäftsbetriebs in gesetzlich vorgeschriebener Form und Inhalt angezeigt haben. Diese Übergangsvorschrift des § 64j KWG hatte die gleiche Regulationsstruktur wie auch die sonstigen Übergangsvorschriften im Kreditwesengesetz in der Vergangenheit, wie insbesondere bei der Einführung der Erlaubnispflicht der Anlageberatung bei Umsetzung der MiFiD zum 01.11.2007 bzw. die Einführung einiger aufsichtspflichtiger Wertpapieraktivitäten im Rahmen der 6. KWG-Novelle nach § 64e KWG zum 01.01.1998.

Sollte also ein entsprechender Konsens wie unter aa) beschrieben nicht als erzielbar erscheinen, regt die IG-Kreditkarten daher an, eine zusätzliche Übergangsvorschrift zu erlassen, die u. E. auch in Einklang mit Art. 88 Abs. 3 ZDR umgesetzt werden kann, da diese Vorschrift den Mitgliedsstaaten einen Regelungsspielraum einräumt, für eine automatische Zulassungserteilung an Unternehmen nach Art. 88 Abs. 1 ZDR zu sorgen.

Insofern könnte in § 35 Abs. 3 ZAG-E folgender zweiter Satz aufgenommen werden:

„Für Zahlungsinstitute, die nicht unter Satz 1 fallen, gilt die Erlaubnis für die Erbringung von Zahlungsdiensten als erteilt, wenn sie bis zum 31.12.2009 anzeigen, dass sie diese Tätigkeiten ausüben.“

Hierbei wurde auf den Wortlaut des § 64j Abs. 2 KWG aus dem Jahressteuergesetz 2009 mit Übergangsvorschrift für das Factoring und Finanzierungsleasing abgestellt. In gleicher Weise könnte eine Übergangsvorschrift für Zahlungsinstitute geschaffen werden, um die oben aufgezeigte Regelungslücke zu schließen.

#### **4. Anpassung des ZAG an das Jahressteuergesetz 2009 – Erlaubnispflicht des Factoring**

- a) Im Zeitpunkt der Verabschiedung des Regierungsentwurfs zum ZAG am 05.11.2008 war noch nicht bekannt, dass im Finanzausschuss Ende November 2008 im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2009 beschlossen wird, dass auch das Factoring nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG ab 01.01.2009 zu den erlaubnispflichtigen Finanzdienstleistungen nach §§ 1, 32 KWG gehören wird.
- b) Im Rahmen der Abwicklung von Kartenzahlungen und auch sonstigen elektronischen Zahlungen kommt es wiederholt vor, dass Zahlungsdienstleister, die künftig dem ZAG unterfallen werden, den angeschlossenen Unternehmen/Zahlungsempfängern Forderungen gegen deren Kunden/Zahlungspflichtige abkaufen. In allgemeiner wirtschaftsrechtlicher Würdigung wird in diesen Fällen häufig ein „Factoring“ erbracht sein, auch wenn die hierbei von den Vertragsbeteiligten verfolgte Zielstellung nicht in einer Abzielung auf eine Finanzierung, sondern eher auf eine Zahlungsabwicklung gerichtet ist, so daß sich häufig Auslegungsfragen stellen können, ob nur ein „allgemeines Factoring“ (ohne KWG-Relevanz) oder doch ein Factoring mit Finanzierungsfunktion gemäß § 1 Abs.1a S.2 Nr. 9 KWG vorliegt.
- c) Wie die BaFin in ihrem Merkblatt zur Auslegung des Tatbestands zum Factoring am 06.01.2009 herausgearbeitet hat, soll insbesondere die Frage, ob ein

Factoring zu Finanzierungszwecken erfolgt, entscheidend dafür sein, ob der neugeschaffene Finanzdienstleistungstatbestand des Factoring nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG erfüllt ist. Wie sich bereits dem Tatbestands-Merkblatt der BaFin entnehmen lässt, wird es insbesondere bei der Frage, ob eine Finanzierungsfunktion vorliegt oder nicht, zu einer Vielzahl von Auslegungsfragen kommen, wie sich den von der BaFin gebildeten Fallbeispielen im Merkblatt selbst entnehmen lässt.

Die IG Kreditkarten hält eine gegebenenfalls bestehende Doppelbeaufsichtigung von Zahlungsinstituten, die künftig eine Erlaubnis nach § 8 ZAG haben werden, einerseits sowie einer etwaigen Beaufsichtigung bei Erbringung des Factoring nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG für überflüssig bürokratisch und nicht weiter zielführend.

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass bei einer erlaubnispflichtigen Finanzdienstleistung des Factoring das jeweilige Finanzdienstleistungsinstitut keinen KWG-Anforderungen an ein zu stellendes Eigenkapital unterliegt. Ein Zahlungsinstitut hingegen, welches mit Erlaubnis nach § 8 ZAG-E ausgestattet sein wird, unterliegt dann einer laufenden Eigenkapitalbeaufsichtigung nach § 12 ZAG-E i.V.m. der Rechtsverordnung nach § 12 Abs. 6 ZAG-E. Die Beaufsichtigung über Zahlungsinstitute bei Erbringung von Zahlungsdiensten wird daher spürbar enger sein als bezüglich der Finanzdienstleistungsinstitute, die ausschließlich Factoring erbringen.

Die IG Kreditkarten plädiert daher dafür, dass für diejenigen Zahlungsinstitute, die in erlaubter Weise nach § 8 ZAG-E bzw. auch aufgrund der hier angesprochenen Übergangsbestimmung nach § 35 ZAG-E Zahlungsdienste erbringen, die Erbringung von Factoring-Tätigkeiten nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG nicht als Finanzdienstleistungstätigkeit für diese Zahlungsinstitute nach den §§ 1, 32 KWG erlaubnis- und aufsichtspflichtig wird. Hier sollte sinnvollerweise die schwächere Beaufsichtigung der Factoring-Tätigkeit subsidiär hinter die intensivere Beaufsichtigung der Zahlungsdienste nach ZAG zurücktreten. Es wird daher vorgeschlagen, in § 2 Abs. 7 KWG nach Satz 2 folgenden Satz 3 einzufügen:

„Für ein Unternehmen, das eine Erlaubnis für ein oder mehrere Zahlungsdienste nach dem Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz hat oder das nach § 35 Abs. 2 oder Abs. 3 des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes zur Fortsetzung ohne eine Erlaubnis oder mit einer fingierten Erlaubnis befugt ist, gilt die Erlaubnis für das Factoring nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG als erteilt; die Bestimmungen dieses Gesetzes finden für diese Unternehmen keine Anwendung.“

Für Rückfragen oder gerne auch ein weiteres persönliches Gespräch zu den vorgeschlagenen Änderungen stehen wir selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Markus Escher  
Rechtsanwalt