

Agenten und technische Dienstleister im Bankwesenrecht

Árpád Geréd

BMA Brandstätter Rechtsanwälte GmbH
Wallnerstraße 3, 1010 Wien
arpad.gered@bma-law.com

Schlagworte: Bankwesen, Finanztransfer, Zahlungsdienste, Agenten, technische Dienstleister

Abstract: Mit dem Bankgeschäft des Finanztransfersgeschäftes wurde der Begriff des „Agenten“ in das österreichische Bankwesengesetz eingeführt. Agenten bedürfen keiner Konzession, sondern müssen lediglich von einem Finanztransferinstitut als Agent bekannt gegeben werden. Gleichzeitig dürfen sie jede Tätigkeit ausüben, welche sich aus der Betreibung des Finanztransfersgeschäftes ergibt. Der Entwurf der Richtlinie über Zahlungsdienste im Binnenmarkt hat einen gemeinsamen Zahlungsverkehrsmarkt zum Ziel. Erstmals werden auch Nicht-Banken erfasst und könnten daher Agenten betroffen sein. Der Richtlinienentwurf kennt keine „Agenten“, sondern nur „technische Dienstleister“, welche, unter bestimmten Umständen, vom Anwendungsbereich ausgenommen sind. Es sollen daher die Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen Agenten und technischen Dienstleistern aufgezeigt werden.

1. Das Finanztransfersgeschäft

Das Finanztransfersgeschäft fußt auf Überlegungen der Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF),¹ welche am 31. 10. 2001 neun Sonderempfehlungen² zur Bekämpfung illegaler Finanzströme im Zusammenhang mit Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung herausgab. Durch die für das Finanztransfersgeschäft maßgebliche Sonderempfehlung VI³

1 <http://www.fatf-gafi.org/>.

2 Special Recommendations on Terrorist Financing, „<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/8/17/34849466.pdf>“ [15. 04. 2007].

3 „Each country should take measures to ensure that persons or legal entities, including agents, that provide a service for the transmission of money or value, including transmission through an informal money or value transfer system or network, should be licensed or registered and

wurde nach Auslegung durch die Interpretationsnote⁴ die Lizenzierungs- oder Registrierungsspflicht, verbunden mit einem effektiven Aufsichtssystem und Sanktionsmöglichkeiten für Unternehmen gefordert, welche die Übertragung von Geld oder anderen Vermögenswerten anbieten. Zudem stellte die Interpretationsnote klar, dass keine rechtliche, sondern eine räumliche Übertragung erforderlich ist, weshalb die Identität des Auftraggebers sowie des Empfängers nicht die Annahme eines Finanztransfergeschäftes hindert.

In Österreich wurde die Sonderempfehlung VI durch die Einführung des Wechselstubengeschäftes⁵ sowie des Finanztransfergeschäftes⁶ in das Bankwesengesetz (BWG) umgesetzt. Diese Tätigkeiten, welche damals im Rahmen des Betriebs von Wechselstuben der Gewerbeordnung unterlagen und zudem seit 01. 08. 2002 als freies Gewerbe ausgeübt werden konnten, wurden dabei zu Bankgeschäften umgestaltet. Die neuen Regelungen traten mit 01. 01. 2004 in Kraft.

Unternehmen, welche ihre Tätigkeit zuvor ohne besondere Formalitäten, insbesondere ohne ein Mindestmaß an finanziellen Eigenmitteln,⁷ aufnehmen und ausüben durften, wurden durch die Neuqualifikation ihres Geschäftszweiges plötzlich zu Kreditinstituten und damit dem BWG und der Überwachung durch die Finanzmarktaufsicht (FMA) unterstellt. Um die Existenz dieser Unternehmen nicht zu gefährden, wurden bei den Zugangserfordernissen mannigfaltige, insbesondere finanzielle Ausnahmen zu den allgemeinen Bestimmungen des BWG eingeführt.⁸

Gleichzeitig wurde Kreditinstituten die Möglichkeit eingeräumt, sich außerhalb ihres Sitzes *„bei der Durchführung des Finanztransfergeschäftes“*

subject to all the FATF Recommendations that apply to banks and non-bank financial institutions. Each country should ensure that persons or legal entities that carry out this service illegally are subject to administrative, civil or criminal sanctions.“, ebenda, 2.

4 http://www.fatf-gafi.org/document/53/0,2340,en_32250379_3223694734261877_1_1_1_1,00.html#insrVI [15. 04. 2007]; die Interpretationsnoten wurden erst im Februar 2003 herausgegeben.

5 § 1 Abs 1 Z 22 BWG.

6 § 1 Abs 1 Z 23 BWG; dieser lautet: „der räumliche Transfer von Vermögenswerten, ausgenommen physische Transporte, durch Annahme von Geld oder sonstigen Zahlungsmitteln vom Auftraggeber und Auszahlung einer entsprechenden Summe in Geld oder sonstigen Zahlungsmitteln an den Empfänger durch unbare Übertragung, Kommunikation, Überweisung oder sonstige Verwendung eines Zahlungs- oder Abrechnungssystems“.

7 § 5 Abs 1 Z 5 BWG fordert ein Anfangskapital von zumindest € 5 Mio., jedoch bestanden bereits vor Einführung des Finanztransfergeschäftes Ausnahmen, durch welche für einzelne Bankgeschäfte das geforderte Anfangskapital auf bis zu € 1 Mio. gesenkt wurde.

8 § 3 Abs 1 Z 9 BWG; ausführlich dazu *Diwok G. / Göth P.*, Kommentar zum Bankwesengesetz I (2005), Verlag Österreich, Wien, § 3 Rz 2 ff (127f).

tes“⁹ dritter natürlicher oder juristischer Personen zu bedienen. Diese bezeichnet das BWG als Agenten. Die Agenten selbst benötigen keine Bankkonzession;¹⁰ sie müssen lediglich im Konzessionsantrag des Kreditinstitutes, welches sich ihrer bedienen möchte, als Agenten genannt werden. Dadurch erhielten Unternehmen, die zuvor das Finanztransfergeschäft als freies Gewerbe ausübten, eine zusätzliche Möglichkeit, ihre Tätigkeit weiterhin ohne Bankkonzession auszuüben.

Agenten dürfen jede Tätigkeit ausführen, welche zur Durchführung des Finanztransfergeschäftes erforderlich ist. Ebenso muss ein Kreditinstitut nicht alle Tätigkeiten selbst ausführen. Einen Agenten unterscheidet vom Kreditinstitut daher allein dessen Deklaration im Antrag auf Erteilung einer Bankkonzession. Es stellt sich daher die Frage, welche Tätigkeiten vom Finanztransfergeschäft umfasst sind.

Obwohl der Text des § 1 Abs 1 Z 23 BWG auf den ersten Blick eindeutig zu sein scheint, erweist er sich in der Praxis als ungenügend. Einerseits bereitet die Abgrenzung zu anderen Bankgeschäften¹¹ Schwierigkeiten. Andererseits stellt sich die Frage, ob sämtliche Geldtransferdienstleistungen erfasst sind.¹² Da der Begriff des Finanztransfergeschäftes erst mit der hier besprochenen Bestimmung eingeführt wurde, kann zum näheren Verständnis nicht auf die Gewerbeordnung und die zu dieser ergangenen Judikatur und Literatur zurückgegriffen werden. Auch die Gesetzesmaterialien¹³ verweisen nur auf die Sonderempfehlungen der FATF und deren Interpretationsnoten.

Die im Gesetz angeführten Kriterien, nämlich die Annahme von Vermögenswerten, deren räumliche, unbare Übertragung sowie deren Auszahlung in einem System, sind für die Abgrenzung zu anderen Bankgeschäften wenig bedeutsam, zumal sie auch auf andere Bankgeschäfte zutreffen können. Daher wurden in der Literatur weitere Unterscheidungsmerkmale ausgearbeitet.

Diwok sieht als wesentlich an, dass es sich beim Finanztransfergeschäft um ein Zielschuld- und kein Dauerschuldverhältnis zwischen dem Institut

9 § 4 Abs 3 Z 7 BWG.

10 Höllner M. / Neubauer G. / Traxler B., Das Finanztransfergeschäft als Bankgeschäft, ÖBA 2004, 897 (898); sämtliche in der Abteilung „Behördliche Aufsicht über Kreditinstitute“ der FMA tätig.

11 Insbesondere zum Girogeschäft sowie zum Einlagengeschäft.

12 In Österreich sind reine Bargeldtransfers explizit ausgenommen, in Deutschland sind hingegen auch Bargeldtransporte erfasst.

13 32 BlgNr 22. GP 2.

und dem Kunden handelt.¹⁴ Zudem liegt seiner Ansicht nach ein Finanztransfersgeschäft nur bei Durchführung eines Zahlungsauftrages nach Barerlag am Schalter vor.¹⁵ Der Auftraggeber muss über die auftragsgegenständliche Summe vollständig und zeitnah verfügen, wobei der Idealfall in der gleichzeitigen Übergabe von Geld und Erteilung des Auftrages liegt. Eine Geldübergabe bei Erteilung des Auftrages, eine Überweisung erst aufgrund zukünftiger Anweisungen zu transferieren, wäre demnach bereits ein Girogeschäft.¹⁶

Auch nach Ansicht von *Höllner, Neubauer, und Träxler* ist die zeitnahe Weiterleitung des empfangenen Betrages entscheidend, wobei dafür die Fristen des § 4 Abs 1 Überweisungsgesetz heranzuziehen wären.¹⁷ *Höllner, Neubauer* und *Träxler* vertreten die Auffassung, dass „jegliche Entgegennahme fremder Gelder entweder unter den Tatbestand des Einlagengeschäftes nach § 1 Abs 1 Z 1 BWG oder des Finanztransfersgeschäftes nach § 1 Abs 1 Z 23 BWG zu subsumieren“¹⁸ sei.¹⁹

Nach Ansicht des Autors ist dies jedoch einerseits zu weit gegriffen und andererseits auch widersprüchlich. Beispielsweise nehmen Anwälte oder Notare regelmäßig Gelder aus Kaufverträgen treuhändig entgegen. Die Auszahlung an den Verkäufer erfolgt üblicherweise erst nach Vertragsabwicklung, sodass mangels Zeitnähe ein Einlagengeschäft vorläge. Jedoch stellt nach hM die bloße Entgegennahme zur Weiterleitung kein Einlagengeschäft dar. Allein aus diesem Grunde kann daher nicht jegliche gewerbliche Entgegennahme fremder Gelder ein Bankgeschäft darstellen.

Agenten führen sohin als Zielschuld Überweisungen durch, wobei sie sämtliche der oben genannten Tätigkeiten ausüben dürfen. Ebenso können sie die dahinterstehenden Systeme betreiben.

14 *Diwok G. / Göth P.*, aaO, § 1 Rz 142 (60); dem entspricht das in Deutschland entwickelte Unterscheidungskriterium, dass der Auftraggeber beim Finanztransferinstitut über kein Konto verfügen darf; vgl dazu *Reischauer F. / Kleinhans J.* (Hrsg) Kreditwesengesetz (Dezember 2006), Erich Schmidt Verlag, Berlin, § 1 Rz 202 und 204.

15 *Diwok G. / Göth P.*, aaO, § 1 Rz 34 (27).

16 *Diwok G. / Göth P.*, aaO, § 1 Rz 140 (59).

17 *Höllner M. / Neubauer G./ Träxler B.*, aaO, 897 (898).

18 *Höllner M. / Neubauer G./ Träxler B.*, ebenda.

19 Nach Ansicht der deutschen Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht stellt das Finanztransfersgeschäft einen Auffangtatbestand zum Girogeschäft dar.

2. Die Zahlungsdienste-Richtlinie

Diese Richtlinie, welche derzeit als Kommissionsentwurf KOM (2005) 603²⁰ vorliegt, hat, verbunden mit der SEPA-Initiative²¹ des Bankensektors, die Schaffung eines gemeinsamen Zahlungsverkehrsmarktes zum Ziel. Die Kernpunkte sind die Harmonisierung der Marktzugangsvoraussetzungen für Zahlungsdienstleister außer Banken²² und die Einführung einer Konzessionspflicht für diese so genannten Zahlungsinstitute.

Nach Art 2 Abs 1 der Urfassung des Entwurfes²³ war dieser auf „*die im Anhang aufgeführten gewerblichen Tätigkeiten, die in der Ausführung von Zahlungsvorgängen im Namen einer natürlichen oder juristischen Person bestehen, nachstehend ‚Zahlungsdienste‘ genannt, und bei denen mindestens einer der Zahlungsdienstleister seinen Sitz in der Gemeinschaft hat*“ anzuwenden. Nunmehr soll sich der Anwendungsbereich der Richtlinie im Wesentlichen auf Zahlungen innerhalb der Europäischen Union beschränken.

Zahlungsinstitute sind eine vom Entwurf neu geschaffene Kategorie von Dienstleistern. Nach dem Erwägungsgrund 8 sind sie Zahlungsdienstleister, welche weder Einlagen entgegennehmen noch elektronisches Geld ausgeben. Art 4 Abs 2b definiert sie als „*juristische Personen, die nach Artikel 6 eine Zulassung für die gemeinschaftsweite Erbringung und Ausführung von Zahlungsdiensten erhalten haben*“.²⁴ Zahlungsdienste sind gemäß Art 4 Abs 2a „*die im Anhang aufgeführten gewerblichen Tätigkeiten*“.²⁵ Da allein die Tätigkeit entscheidet, sind auch Agenten iSd BWG als Zahlungsinstitute anzusehen.

20 Anlässlich der Sitzung des Rates der Europäischen Union für Wirtschaft und Finanzen am 27. 03. 2007 wurde ein Kompromisstext vereinbart, welcher dem Europäischen Parlament auf der Plenartagung vom 23. bis 26. 04. 2007 zur Abstimmung vorgelegt wurde. Dieser findet sich unter <http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/07/st07/st07665-re01.de07.pdf> [15. 04. 2007].

21 Single Euro Payment Area, Einheitlicher Euro-Zahlungsverkehrsraum, Näheres unter <http://www.europeanpaymentscouncil.eu>.

22 Gemäß Art 1 des Entwurfes werden sechs Kategorien von Zahlungsdienstleistern unterschieden.

23 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0603:FIN:DE:PDF> [15. 04. 2007].

24 Diese Formulierung ist insofern unklar, als die Erbringung von Zahlungsdiensten durch Nicht-Banken innerhalb der Europäischen Union erst nach Erlangung einer Zulassung möglich sein soll.

25 Richtigerweise müsste dies „*gewerblich ausgeübten Tätigkeiten*“ heißen.

Im Anhang des Richtlinienentwurfes werden die einzelnen Zahlungsdienste angeführt.²⁶ Bemerkenswert ist, dass nicht bloß eine Aufzählung der für den Richtlinienentwurf maßgeblichen Tätigkeiten erfolgt. Stattdessen wird eine Vielzahl an Tätigkeiten genannt, welche über die Ausnahmetatbestände des Art 3 auf den für den Richtlinienentwurf maßgeblichen Umfang eingeschränkt werden.

Für die in diesem Artikel vorgenommene Betrachtung von Finanzdienstleistern und technischen Dienstleistern sollen folgende Dienste hervorgehoben werden:

Abs 1: *„Dienste, mit denen Bareinzahlungen auf ein Zahlungskonto ermöglicht werden, sowie alle für die Führung eines Zahlungskontos erforderlichen Vorgänge“*. Abs 2 bestimmt Wortgleiches für die Barabhebung. Die ursprüngliche Fassung des Entwurfes sah lediglich Bareinzahlungen bzw Barabhebungen als Zahlungsdienste vor. Durch die Ausweitung auf die dahinterstehenden Dienste wird nunmehr auch die technische Komponente erfasst.

Abs 3: *„Ausführung von Zahlungsvorgängen einschließlich des Transfers von Geldbeträgen auf ein Zahlungskonto beim Zahlungsdienstleister des Nutzers oder bei einem anderen Zahlungsdienstleister“*.

Abs 5: *„Ausgabe von Zahlungsinstrumenten und/oder Annahme und Abrechnung (acquiring) von Zahlungsinstrumenten.“* Durch die Aufnahme des Acquiring in den aktuellen Richtlinienentwurf wird auch in diesem Fall die technische Seite der Abwicklung miterfasst.

Abs 7: *„Finanztransfer“*.²⁷ Art 4 Abs 6c des Entwurfes definiert den Finanztransfer als *„einen Zahlungsdienst, bei dem ohne Einrichtung eines Zahlungskontos auf den Namen des Zahlers oder des Zahlungsempfängers ein Geldbetrag von einem Zahler ausschließlich zur Überweisung eines entsprechenden Betrags an einen Zahlungsempfänger oder an einen anderen, im Namen des Zahlungsempfängers handelnden Zahlungsdienstleister entgegengenommen wird und/oder bei dem der Geldbetrag im Namen des Zahlungsempfängers entgegengenommen und diesem verfügbar gemacht wird“*. Im Gegensatz zum BWG wird nicht auf die Art der Übermittlung Bezug genommen. Im Falle des Verfügbarmachens fehlt trotz Bezugnahme auf die Sonderempfehlung VI der FATF im Erwägungsgrund 12 jeder Hinweis, dass eine Übertragung des Geldes und damit die Zurverfügungstel-

²⁶ Aus dem Wortlaut des Art 4 Abs 2a ergibt sich, dass diese Aufzählung taxativ ist.

²⁷ In der Urfassung folgte noch der Zusatz „wenn der Zahlungsdienstleister Bargeld, Giralgeld oder elektronisches Geld vom Zahlungsdienstnutzer nur zur Vornahme eines Zahlungsvorgangs und zum Transfer des Geldes an den Empfänger annimmt.“

lung an einem anderen Ort erforderlich ist. Damit geht der Begriff des Finanztransfers iSd Richtlinienentwurfes weiter als jener der Sonderempfehlung VI.

Abs 8: *„Ausführung von Zahlungsvorgängen, bei denen die Zustimmung des Zahlers zu einem Zahlungsvorgang über ein Telekommunikations-, Digital- oder IT-Gerät übermittelt wird und die Zahlung an den Betreiber des Telekommunikations- oder IT-Systems oder -netzes erfolgt, der ausschließlich als Zwischenstelle für den Zahlungsdienstnutzer fungiert.“* Die Urfassung des Entwurfes sah in den Abs 8 und 9 eine sehr komplizierte Unterscheidung zwischen digitalen und sonstigen Waren vor. Darüber hinaus wurde allein auf die Durchführung oder Erleichterung von Zahlungen durch den Betreiber abgestellt, sodass bei strenger Auslegung sämtliche Telekommunikations- und Internetbetreiber erfasst gewesen wären.

Im Wesentlichen sind sämtliche Formen des Geldtransfers sowie auch der Betrieb der dahinterstehenden technischen Systeme abgedeckt. Die Ausnahmen vom Anwendungsbereich und damit die Reduktion auf das eigentliche Ziel des Richtlinienentwurfes finden sich im Art 3.²⁸ Hervorzuheben sind lit h und j.

lit h: *„Dienste, die von technischen Dienstleistern erbracht werden, die zwar zur Erbringung der Zahlungsdienste beitragen, jedoch zu keiner Zeit in den Besitz der zu transferierenden Geldbeträge gelangen, wie die Verarbeitung und Speicherung von Daten, vertrauensbildende Maßnahmen und Dienste zum Schutz der Privatsphäre, Nachrichten- und Instanzenauthentisierung, Bereitstellung von IT- und Kommunikationsnetzen, Bereitstellung und Wartung der für Zahlungsdienste genutzten Endgeräte und Einrichtungen“.*

Somit stellt sich die Frage, wie das Tatbestandsmerkmal „Besitz“²⁹ zu interpretieren ist. Der Richtlinienentwurf gibt dafür keine Hinweise. Insbesondere ist nicht klar, ob der Begriff autonom³⁰ oder nach dem jeweiligen nationalen Recht auszulegen ist. § 309 ABGB besagt: *„Wer eine Sache in seiner Macht oder seinem Gewahrsam hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer.“* Nach österreichischem Recht entscheidet für den Besitz³¹ daher allein

28 Generell sind das Bargeldgeschäfte sowie Zahlungen mit oder Überweisungen aufgrund von Schecks, Wechseln oder Gutscheinen.

29 In der englischen Fassung des Richtlinienentwurfes „possession“.

30 Eine europarechtliche Definition existiert bislang aber noch nicht.

31 Die Umdeutung in „Innehabung“ würde zwar eine Erleichterung für die praktische Anwendung bedeuten, hieße aber auch, den Wortlaut zu überspannen. Die Konsequenz einer sol-

der Wille. Nun ist aber anzunehmen, dass kein technischer Dienstleister den notwendigen Willen zum Besitz aufbringen wird, insbesondere zumal er die Beträge ausdrücklich, wenn überhaupt, nur zur Bearbeitung und kurzfristigen Überweisung entgegennimmt. Darüber hinaus dürfte es unmöglich sein, einen solchen Willen – außer durch Indizien – nachzuweisen.

lit j: *„Zahlungsvorgänge, die über ein Telekommunikations-, ein Digital- oder IT-Gerät ausgeführt werden, wenn die Waren oder Dienstleistungen an ein Telekommunikations-, ein Digital- oder ein IT-Gerät geliefert werden und mittels eines solchen genutzt werden sollen, vorausgesetzt, dass der Betreiber des Telekommunikations-, Digital- oder IT-Systems oder -Netzes nicht ausschließlich als zwischengeschaltete Stelle zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Lieferanten der Waren oder Dienstleistungen fungiert“.*

Auch in diesem Fall erwies sich die Urfassung als kompliziert und schwer verständlich, jedoch stellt sich nunmehr die Frage, welche sonstigen Funktionen der Betreiber ausüben muss, damit dieser Ausnahmetatbestand zum Tragen kommt. Möglich wäre einerseits, dass der Betreiber die Waren selbst anbietet oder, wie ursprünglich gefordert, intensiv an deren Entwicklung beteiligt war.

3. Ausblick

Es ist vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten die Zahlungsdienste-Richtlinie bis 01. 11. 2009 umsetzen sollen.

In Österreich würde dies wohl zu einer Novellierung des BWG führen, welche Auswirkungen auf die Agenten sowie auf die Anforderungen zur Erlangung der Bankkonzession hätte. Agenten sind Zahlungsinstitute und bedürfen daher einer Zulassung.³² Jedoch sind die Anforderungen der Richtlinie nicht mit jenen des BWG identisch. Fraglich ist auch, ob für den Begriff des Agenten noch Platz bleibt.

Soweit Agenten jedoch, etwa als Betreiber von Abrechnungs- oder Zahlungssystemen, technische Dienstleister sind, könnten sie bei entsprechender Umsetzung des Begriffes „Besitz“ vom Ausnahmetatbestand des Art 3 lit h erfasst sein.

chen Umdeutung wäre, dass technische Dienstleister keine Verfügungsbefugnis über Gelder haben, sohin auch keine Überweisungen tätigen dürften.

32 Art 21 des Richtlinienentwurfes sieht für Zahlungsinstitute mit geringem Umsatz Ausnahmen von der Zulassungspflicht vor.