



Deutscher Notarverein

Der Präsident

Deutscher Notarverein, Kronenstraße 73/74, 10117 Berlin

Bundesministerium der Finanzen
Referat VII A 3
Herrn Ministerialrat M. Findeisen
Wilhelmstraße 97

10117 Berlin

Kronenstraße 73/74
10117 Berlin
Tel: 030 / 20 61 57 40
Fax: 030 / 20 61 57 50
E-Mail: kontakt@dnotv.de
<http://www.dnotv.de>

Berlin, 1. Juni 2010

Referentenentwurf des Gesetzes zur Umsetzung der Zweiten E-Geld-Richtlinie; Konsultation der Spitzenverbände und der Wirtschaft

GZ: VII A 3 – WK 5634/09/10004:002; DOK: 2010/0377114

Sehr geehrter Herr Findeisen,

der Deutsche Notarverein dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme und für die gewährte Fristverlängerung wegen Urlaubsabwesenheit des Unterzeichners.

1. Konzessionierung als Eintragungsvoraussetzung

Für die notarielle und registerrechtliche Praxis von großer Bedeutung sind der neue Abs. 8 des § 8 und der neue § 8a Abs. 6 E-Zahlungsdienstaufsichtsgesetz (Art. 1 Nr. 9 und 10 des RefE). Nach diesen Bestimmungen dürfen

„soweit für das Erbringen von Zahlungsdiensten (§ 8 Abs. 8) bzw. das Betreiben des E-Geld-Geschäfts (§ 8a Abs. 6) eine Erlaubnis nach Abs. 1 erforderlich ist, (...) Eintragungen in öffentliche Register nur vorgenommen werden, wenn dem Registergericht die Erlaubnis nachgewiesen ist.“

Aus nachgenannten Gründen regt der Deutsche Notarverein an, diese Bestimmungen im weiteren Gesetzgebungsverfahren noch einmal zu überprüfen. Sie brechen mit der Rückkehr zum Regelfall des § 7 HGB, die das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur

Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008¹ durch Aufhebung der inhaltlich entsprechenden Bestimmungen in den §§ 8 GmbHG, 37 AktG a.F. vollzogen hat².

Seit dem 1. November 2008 gab es zu § 7 HGB u.W. nur drei Ausnahmenvorschriften, nämlich § 43 KWG und (als „lebende Fossile“ des Konzessionssystems) §§ 15 VAG, 22 BGB. Noch nicht einmal eine Versicherungs-Aktiengesellschaft im Sinne des § 7 VAG bedarf zu ihrer Eintragung in das Handelsregister der Erlaubnis nach § 5 VAG (natürlich aber zur Aufnahme des Geschäftsbetriebs).

Die früheren allgemeinen Genehmigungsvorbehalte nach §§ 8 GmbHG, 37 AktG gehen zurück auf Art. 210 Abs. 2 Nr. 4 ADHGB i.d.F. des Gesetzes vom 18.07.1884 (sog. „Aktienrechtsreform 1884“). Ohne vorherige Erörterung wurde diese Bestimmung in den damaligen Regierungsentwurf aufgenommen³.

Die Rückkehr zum vor 1884 bestehenden Rechtszustand war ein jahrzehntelanges Desiderat der notariellen und gerichtlichen Praxis. Die Genehmigungsverfahren haben die Eintragung erheblich verzögert und dadurch unnötig Raum für unmittelbare Haftung der Geschäftsführer, Vorstände und Gesellschafter nach den Grundsätzen der Handelnden- und der Differenzhaftung geschaffen. Zudem überfrachteten die Vorschriften das Handelsregister mit Aufgaben eines Gewerbeaufsichtsamts. Allgemein war daher anerkannt, dass dieses Erfordernis ein im Grundsatz unnötiges bürokratisches Hemmnis darstellte, das in großem Maße zum schlechten Abschneiden Deutschlands in internationalen Vergleichsstudien zur Dauer der Eintragung in das Handelsregister beigetragen hat.

Die o.g. Ausnahmen, insbesondere § 43 KWG, sind sicher aufgrund der dahinter stehenden hohen Schutzgüter (Vertrauen in Bankwesen, Abwehr nicht genehmigter Bankgeschäfte) gerechtfertigt. Bereits die Tatsache, dass das Schutzniveau bei Versicherungsgeschäften nicht so hoch ist, führt jedoch zu einem kritischen Blick auf die Vorschriften unter dem Aspekt einer verhältnismäßigen Zweck-Mittel-Relation. In diesem Zusammenhang sind drei Aspekte von Bedeutung:

¹ BGBl. I, S. 2026.

² Zur neuen Rechtslage *Leitzen*, GmbH-Rundschau 2009, 480-484.

³ Hierzu *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft Band 4, 1985, S. 396 linke Spalte (Entwurfstext) und S. 446 rechte Spalte (Amtl. Begründung). In den vorangehenden Expertenanhörungen ist diese Frage nie diskutiert worden. Es steht daher zu vermuten, dass sie ein Zugeständnis Bismarcks an die rechts von den Nationalliberalen stehenden Reichstagsfraktionen darstellt, auf die er sich nach der Spaltung der Nationalliberalen seit 1879 stützen musste („Bismarcks 2. Reichsgründung“ oder „Bismarcks Rechtsschwenk in der Innenpolitik“). Sie trägt der durch die Gründerkrise verstärkten konservativen Kapitalismuskritik Rechnung. Parallelen zur heutigen Rechtspolitik in der Finanzkrise sollen an dieser Stelle jedoch nicht weiter vertieft werden.

- (1) Die Prüfung, ob ein Unternehmen nicht unter § 43 KWG, wohl aber unter die §§ 8, 8a Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz fällt, ist für den Notar und Registerrichter nicht gerade alltäglich und daher sehr aufwändig und zeitraubend. In den meisten Fällen wird sich wahrscheinlich nach intensiver Beschäftigung mit *prepaid*-Systemen, *payback*-Punkten und *miles-and-more*-Absatzstrategien herausstellen, dass *in casu* die Ausnahmetatbestände des § 1a E-Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz verwirklicht sind. Diese Vorschrift hat schon den Unterzeichner, der sich – vielleicht zu Unrecht – für einen passablen Juristen hält, offen gestanden an den Rand der Verzweiflung gebracht. Ein Praktiker über 30 wird wahrscheinlich sachverständige Teenager heranziehen müssen, um die technischen Tatsachengrundlagen überhaupt annähernd zu erfassen⁴. Folge werden erhebliche und nicht gerechtfertigte Eintragungsverzögerungen sein.
- (2) §§ 8 Abs. 8, 8a Abs. 6 des E-Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes erfassen ohnedies nur E-Geld-Unternehmen mit Sitz im Inland. Angesichts der Globalität des Internet machen die Vorschriften an der Bundesgrenze halt und wirken nachgerade anachronistisch. Das Einschleusen von E-Geld über ausländische E-Geld-Unternehmen wird nicht verhindert. Wozu noch auf das deutsche Handelsregister warten, wenn man über eine irische oder zypriotische „Limited“ *de facto* sanktionslos sofort mit den Geschäften beginnen kann und die Genehmigung zumindest in einigen Staaten auch in der EU mit eher unorthodoxen Methoden rascher erhält als hierzulande?
- (3) Die allermeisten E-Geld-Unternehmen werden ohnedies von § 43 KWG erfasst sein. Der Deutsche Notarverein kann keinen nennenswerten praktischen Anwendungsbereich für derartige „Hobby“-E-Geld-Unternehmen erkennen. Der logistische, personelle und finanzielle Aufwand, der zum E-Geld-Geschäft erforderlich ist, wird regelmäßig einen derartigen Umfang einnehmen, dass ein nicht gewerbsmäßiges Vorgehen nahezu ausgeschlossen ist. Angesichts dessen erscheint eine (schmeichelhafte) Aufwertung der Notare und Registergerichte zu Außenstellen der BAFin als Überregulierung.

Hier die Vorlage der Genehmigung (oder eines Negativzeugnisses) als Eintragungsvoraussetzung vorzusehen, erscheint daher größtenteils überflüssig und ansonsten unverhältnismäßig. Der Deutsche Notarverein schlägt daher vor, § 8 Abs. 8 und § 8a Abs. 6 E-Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz zu streichen und in die Gesetzesbegründung einen Hinweis auf § 43 KWG aufzunehmen.

⁴ Immerhin ist es dem Unterzeichner (Jahrgang 1958) einmal gelungen, einen Klingelton auf das Handy seiner Ehefrau zu laden und unter Ausnutzung einer Meilengutschrift einen Flug im Rahmen seiner verbandspolitischen Tätigkeit zu buchen (der Begründung des RefE konnte er dann entnehmen, dass er sich zumindest dabei nicht strafbar gemacht hat).

2. § 8a E-Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz und § 1 KWG

Mangels vorhandener eigener Expertise dürfen wir – mit der gebotenen Vorsicht und der Bitte um Nachsicht – noch auf einen weiteren rechtssystematischen Aspekt hinweisen.

Der Anwendungsbereich des gesamten § 8a E-Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz erscheint weitgehend deckungsgleich mit dem des § 1 KWG. Eine Schutzlücke besteht wohl nur insoweit, als § 32 KWG Gewerbsmäßigkeit und einen Inlandssitz erfordert. E-Geld-Institute sind nach dem Wortlaut des § 1a Abs. 1 r. 5 E-Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz allerdings nur „Unternehmen“. Damit ist der Begriff der auf Gewinnerzielung gerichteten nachhaltigen Teilnahme am Marktgeschehen (Gewerbebegriff) bereits impliziert. § 32 KWG erscheint unmittelbar anwendbar. Für inländische E-Geld-Institute bestünde somit gar keine Schutzlücke.

Eine Schutzlücke bestünde allenfalls für ausländische E-Geld-Institute, die im Inland E-Geld emittieren. Ob das Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz exterritorial angewendet werden soll, ist uns nicht hinreichend klar geworden. Solches würde zum einen u.U. in Widerspruch zu den Grundfreiheiten des EU-Vertrages stehen und entspräche zum anderen auch nicht dem Stil deutscher Politik (anders z.B. das US-Kapitalmarktrecht).

Eine Schutzlücke besteht sonst allenfalls noch für Privatpersonen, die E-Geld emittieren, ohne Unternehmen zu sein. Das erscheint jedoch reichlich konstruiert.

Falls der Unternehmensbegriff im Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz anders zu verstehen ist als in der deutschen Rechtsordnung, wäre allenfalls eine Vorschrift denkbar, die nur auf §§ 32 ff., 43 KWG verweist, auch soweit das E-Geld-Geschäft nicht gewerbsmäßig betrieben wird. Ohnedies dürften die Fallzahlen gering sein.

Für Rückfragen (mangels anderweitiger Expertise bitte nur zu den notariellen und registerrechtlichen Fragen) stehe ich Ihnen gern jederzeit zur Verfügung und verbleibe im Übrigen

mit freundlichen Grüßen



Dr. Oliver Vossius