

Whitepaper-Pflicht besteht auch, wenn Ausnahmen von der Erlaubnispflicht eingreifen (→ Rn. 264).

MiCAR regelt einen Katalog von **Krypto-Dienstleistungen** in Art. 3 Abs. 9 MiCAR und knüpft in Art. 53 Abs. 1, Art. 54 MiCAR eine **Erlaubnispflicht** an die Erbringung. Ähnliche Erlaubnispflichten galten schon nach bisheriger Rechtslage für Kryptowerte iSd § 1 Abs. 11 S. 1 Nr. 10 KWG und für sonstige Kryptowährungen, wenn man diese als Rechnungseinheit iSd § 1 Abs. 11 S. 1 Nr. 7 Alt. 2 KWG einordnete (str.; vgl. dazu → Rn. 241, 243; vgl. dazu auch BaFin, Merkblatt ICOs v. 16.8.2019, S. 11 ff.). Die MiCAR geht aber soweit anderen nationalen und europäischen Vorschriften vor, als nicht ein Ausnahmetatbestand nach Art. 2 Abs. 3 MiCAR vorliegt, der die Anwendung der MiCAR ausschließen würde (so zB wenn ein betroffener Kryptowert ein Finanzinstrument nach MiFID II darstellen würde; näher vgl. Rennig ZBB 2020, 385 (396 f.)). Erleichterungen bestehen insofern, als ein Dienstleister, der bereits Dokumente nach Zweiter E-Geld-RL, MiFID II, PSD2 oder nationalem Recht eingereicht hat, diese nicht erneut einreichen muss, Art. 54 Abs. 3 MiCAR.

Problematisch könnte sich das Verhältnis zwischen den **erlaubnispflichtigen Krypto-Dienstleistern** der MiCAR einerseits und den erlaubnisfreien **E-Geld-Agenten** andererseits gestalten. Grundsätzlich sind die Bestimmungen zum E-Geld-Agenten, die in Titel II Zweite E-Geld-RL enthalten sind, auch nach der MiCAR für E-Geld-Token anwendbar, Art. 43 Abs. 1b MiCAR. Dies gilt insoweit, als nichts anderes in Titel IV der MiCAR (über E-Geld-Token) geregelt ist. Die Annahme und Übermittlung von Aufträgen über Kryptowerte für Dritte (Art. 3 Abs. 1 Nr. 9 lit. g MiCAR) als Krypto-Dienstleistung dürfte sich zwar mit der Vertriebstätigkeit des E-Geld-Agenten überschneiden (Groh RdZ 2021, 148 (155)). Durch die Bezugnahme auf die Zweite E-Geld-RL in Art. 43 Abs. 1b MiCAR dürften die Vorschriften der E-Geld-RL aber vorrangig sein, sodass ein „E-Geld-Token-Agent“ auch nach der MiCAR erlaubnisfrei bleiben dürfte. Die MiCAR geht nämlich den in Bezug genommenen Titeln der E-Geld-RL nur insoweit vor, als es sich um Vorschriften „dieses Titels“ der MiCAR, also des Titels zu E-Geld-Token, nicht aber zu Krypto-Dienstleistern, handelt. Nur insoweit Krypto-Dienstleistungen über die Vertriebstätigkeit des „E-Geld-Token-Agenten“ hinausgehen, wäre wiederum eine Erlaubnis nach der MiCAR erforderlich.

e) Begriff der Ausgabe (Satz 2). § 1 Abs. 2 S. 2 definiert das E-Geld-Geschäft als die Ausgabe von E-Geld. Der Begriff der „Ausgabe“ ist unklar. Der Richtliniengeber und im Anschluss daran die deutsche RegBegr sprechen von „bereitstellen“ von geldwerten Einheiten (Erwägungsgrund Nr. 7 der Zweiten E-Geld-RL; BT-Drs. 17/3023, 39). In der Literatur (Lösing ZIP 2011, 1944 (1945); Hingst/Lösing Zahlungsdienstaufsicht § 7 Rn. 24; zustimmend Ellenberger/Findeisen/Nobbe/Böger/Findeisen Rn. 538) wird die Ausgabe definiert als „Übertragung der elektronischen Werteinheiten von der ausgebenden Stelle auf denjenigen, der sie zu Zahlungszwecken einsetzen möchte“. Diese Ansicht vermag – ähnlich wie die sachenrechtliche Betrachtung der Rechtsnatur des E-Geldes (→ Rn. 218f.) – allerdings nicht zu erklären, wie und wann die Verpflichtung des E-Geld ausgebenden Instituts im Rahmen der „Ausgabe“ entsteht. Stellt man auf die „Übertragung von elektronischen Werteinheiten“ als „Ausgabe“ ab, so setzt dies solche elektronischen Werteinheiten, die eine Forderung gegen die ausgebende Stelle begründen, denknottwendig bereits voraus. Eine ähnliche Sichtweise geht mit dem Begriff „Bereitstellen von geldwerten Einheiten“, wie es die Zweite E-Geld-RL formuliert, einher. Die

Abgrenzung zwischen Ausgabe und Vertrieb (hierzu → Rn. 349) lässt sich mit dieser Definition nur schwer bewerkstelligen. Die wohl hM formuliert deshalb im Anschluss an das zu § 1 Abs. 14 KWG aF ergangene Merkblatt der BaFin (BaFin, Merkblatt v. 9. 1. 2009 (aufgehoben), Abschn. 1.e)), dass „Ausgabe“ die „Eingehung der Verpflichtung zur Leistung der E-Geld ausgebenden Stelle ggü. dem Berechtigten oder der akzeptierenden Stelle“ sei (Diekmann/Wieland ZBB 2011, 297 (299); Fett/Bentele BKR 2011, 403 (406); Schwennicke/Auerbach/Schwennicke Rn. 99; ähnlich auch Ellenberger/Findeisen/Nobbe/Böger/Findeisen Rn. 538; zustimmend Schäfer/Omlor/Mimberg/Mimberg Rn. 235). Dieser Ansicht ist zuzugeben, dass sie richtigerweise den Begriff der „Ausgabe“ mit dem Entstehen der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung der ausgebenden Stelle gleichsetzt. Die vorstehende Ansicht erklärt jedoch nicht, wie die Verpflichtung entsteht. Unklar ist insbes., wie die Verpflichtung der E-Geld ausgebenden Stelle für einen bestimmten E-Geld-Betrag ggü. einem Dritten, nämlich der akzeptierenden Stelle, entstehen soll.

- 269** Vertritt man im Rahmen der Diskussion zur Rechtsnatur von E-Geld (→ Rn. 220f.) die Ansicht, dass es sich dabei idR um einen entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag iSv §§ 662ff., 675 BGB mit einer generell-abstrakten Zahlungsanweisung, ähnlich derjenigen des Wechslausstellers an den Akzeptanten, handelt (→ Rn. 220), so ergeben sich daraus verschiedene Rückschlüsse für den Begriff der „Ausgabe“. Obschon das E-Geld nicht als Wertpapier zu qualifizieren ist (→ Rn. 217ff.), ist dann die Ausgabe von E-Geld vergleichbar mit der rechtsgeschäftlichen Einordnung der Begebung eines Wechsels (Langenbacher Zahlungsverkehr S. 311) nach der im Wertpapierrecht ganz herrschenden, sog. modifizierten Vertragstheorie (Baumbach/Hefermehl/Casper/Casper A Rn. 31 ff., 33). Nach der modifizierten Vertragstheorie im Wertpapierrecht ist für die Entstehung einer Wechselsforderung neben der Unterzeichnung des Wechsels, dem sog. Skripturakt, der einen Realakt darstellt, der Abschluss eines Begebungsvertrags zwischen dem Geber der Wechselverpflichtung und deren Nehmer oder der Rechtsschein des Abschlusses eines solchen Begebungsvertrages erforderlich (statt aller vgl. Baumbach/Hefermehl/Casper/Casper A Rn. 31 ff.). Bei der Ausgabe von E-Geld ist es naheliegend, – zB im Falle von Cybercoins – in der Erstellung verschlüsselter, mit einer digitalen Signatur versehener und durchnummerierter Datensätze einen ähnlichen Realakt, wie den im Wertpapierrecht erforderlichen Skripturakt zu sehen. Ähnlich ist die Situation, wenn lediglich ein Datensatz, der einen bestimmten Betrag verkörpert, auf den Mikro-Prozessor oder den Magnetstreifen einer Plastikkarte gespeichert wird, die sämtliche Daten zur Identifizierung der ausgebenden Stelle (BLZ, BIC, IBAN und ggf. zusätzlich sonstige Kennungen) enthält. Sodann ist entsprechend dem Abschluss eines wechselrechtlichen Begebungsvertrags im Falle von E-Geld der Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrags iSv §§ 662, 675 BGB oder aber – wie in den meisten Fällen – bei Bestehen eines Rahmenvertrages die Vereinbarung der abstrakt-generellen Weisung zwischen ausgebender Stelle und dem Nehmer des E-Geldes erforderlich, wonach sich die ausgebende Stelle verpflichtet, an jeden Inhaber der ausgegebenen, monetären Werteinheit zu zahlen, der diese der ausgebenden Stelle vorlegt (Langenbacher Zahlungsverkehr S. 309). Im Falle der Einschaltung von Vertriebsunternehmen oder bei „Ausgabe“ von E-Geld über Automaten wird die Erklärung der ausgebenden Stelle entweder in Botenschaft oder in Stellvertretung durch das Vertriebsunternehmen abgegeben. Zivilrechtlich käme auch eine Ausgabe an das Vertriebsunternehmen in Betracht, das sodann die geldwerten Einheiten weiter veräußert (Eigenhändler- oder Kommissionärs-Modell) (dazu vgl.

aber → Rn. 361 zur Ansicht der BaFin, dass der Handel mit Recheneinheiten verschiedene KWG-Tatbestände erfüllt).

Sollte der Geschäftsbesorgungsvertrag oder die abstrakt-generelle Weisung zivilrechtlich fehlerhaft sein, etwa weil ein nicht zur Vertretung oder Verfügung Berechtigter oder ein Minderjähriger die Geldkarte auflädt, stellt sich die Frage, ob für eine Verpflichtung der ausgebenden Stelle ggü. einem Zweiterwerber der digitalen monetären Werteinheit der zurechenbare Rechtschein der wirksamen Begebung genügt und was ihn trägt. Im Wechselrecht bilden der Besitz der Urkunde und eine ununterbrochene Kette von Indossamenten die Grundlage des Gutgläubensschutzes gemäß Art. 16 Abs. 2 WG (Baumbach/Hefermehl/Casper/Casper WG Art. 16 Rn. 13). Ob eine solche Legitimationsfunktion de lege lata, mittels analoger Anwendung des Art. 16 Abs. 2 WG, bereits einer elektronischen Recheneinheit zukommen könnte, erscheint nicht unproblematisch (zweifelnd auch Langenbacher Zahlungsverkehr S. 308, wobei sie das Fälschungsrisiko der elektronischen Werteinheit ggü. dem der Urkunde wohl zu Unrecht übergewichtet). Vergleicht man aber die in der Literatur bestehende Überzeugung zum Gutgläubenserwerb gemäß § 68 Abs. 2 S. 1 AktG iVm Art. 16 Abs. 2 WG der blankoindossierten, girosammelverwahrten Namensaktie (vgl. nur MüKoAktG/Bayer § 68 Rn. 23 ff. mwN) mit der hier betrachteten Situation der idR auf Schattenkonten geführten und immerhin elektronisch „verkörperten“ Recheneinheit, so liegt eine Analogie durchaus nahe. Eine beschränkte, allerdings für die Umlauffähigkeit nicht befriedigende Rechtsscheinhaftung lässt sich bereits de lege lata aus den Vertretungsregeln (§§ 172 ff. BGB) ableiten, wenn eine vollmachtlose oder eine die Vollmacht überschreitende Verfügung über Recheneinheiten stattfindet und diese auf einer Herausgabe der Zugangsdaten (PIN uä) beruht (Langenbacher Zahlungsverkehr S. 322).

Ausgabe bedeutet dementsprechend die Übertragung der die monetäre Werteinheit beinhaltenden digitalen Datensentenz mitsamt einer den Aussteller bezeichnenden Kennung und Abschluss eines die Verpflichtung der ausgebenden Stelle begründenden Geschäftsbesorgungsvertrages mit abstrakt-genereller Weisung oder Hervorrufen des zurechenbaren Rechtscheins desselben.

4. Ausnahmetatbestände (Satz 4)

a) Allgemeines, Systematik. Abs. 5 beinhaltet eine nahezu wortlautgetreue Umsetzung von Art. 1 Abs. 4 und Abs. 5 der Zweiten E-Geld-RL. Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 verweist auf die Ausnahmebestimmung des § 2 Abs. 1 Nr. 10 und Abs. 2 S. 4 Nr. 2 verweist auf § 2 Abs. 1 Nr. 11. Auch hierbei handelt es sich um die nahezu wortlautgetreue Umsetzung des Verweises der Zweiten E-Geld-RL – kraft dynamischer Verweisung – nunmehr auf Art. 3 lit. k und 3 lit. l PSD2. Mit den Erwägungsgründen Nr. 5 und 6 der Zweiten E-Geld-RL hatte der Richtliniengeber der Zweiten E-Geld-RL den Ausnahmebestimmungen recht umfangreiche Erläuterungen hinzugefügt. Diese werden nunmehr ergänzt durch die entsprechenden Erwägungsgründe der PSD2. Zuletzt erfuhren die Ausnahmetatbestände des Art. 3 lit. k PSD2 eine weitere Konkretisierung durch Leitlinien der EBA (EBA v. 24.2.2022, Leitlinien über die Ausnahme für begrenzte Netze gemäß der PSD2, EBA/GL/2022/02; näheres → § 2 Rn. 49 ff.).

Die Möglichkeit der anderweitigen Freistellung im Ermessen der BaFin, die früher nach § 2 Abs. 5 KWG aF bestand, ist ersatzlos entfallen. Über Abs. 2 Satz 4 hinausgehende Ausnahmen gibt es deshalb nicht.

- 274 Die Technik der Regelung ist es, dass bei Vorliegen des Ausnahmetatbestandes nicht nur die Erlaubnispflicht nach § 11 nicht vorliegt; vielmehr entfällt – trotz Vorliegens aller Voraussetzungen des Abs. 2 Satz 3 – der Tatbestand des E-Geldes. Dies hat zum einen zur Folge, dass auch die Regelung des § 3 nicht mehr anwendbar ist, sodass in den Fällen des Ausnahmetatbestandes des Abs. 2 Satz 4 auch die Fiktion des § 3 Abs. 2 S. 2 nicht eingreift und in der Folge der Tatbestand des **Einlagen-geschäfts** gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 des KWG einschlägig sein kann (hierzu → § 2 Rn. 110). Auch besteht in diesem Fall nicht die Erlaubnis zur Erbringung von Zahlungsdiensten iSv § 11 Abs. 2; jedoch dürfte die Erbringung von Zahlungsdiensten idR. gem. § 1 Abs. 10 Nr. 10 oder Nr. 11 ebenfalls freigestellt sein. **Zivilrechtlich** hat dies zur Folge, dass für die Ausgabe der unter die Ausnahme fallenden elektronischen Werteinheiten und für Zahlungsvorgänge hiermit die Regelungen über Zahlungsdienste der §§ 675c ff. BGB nicht zur Anwendung gelangen (vgl. § 675c Abs. 2 und Abs. 3 BGB).
- 275 **b) Abs. 2 Satz 4 im Einzelnen.** Für die Kommentierung auch der Ausnahme zum E-Geld-Tatbestand gemäß Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 iVm § 1 Abs. 1 Nr. 10 wird auf → § 2 Rn. 105ff. und für Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 iVm § 1 Abs. 1 Nr. 11 wird auf → § 2 Rn. 143ff. verwiesen.

V. Der Institutsbegriff in Abs. 3

- 276 Die Definitionsnorm des Abs. 3 entspricht Abs. 2a im ZAG 2009. Dort war sie nachträglich durch das Gesetz zur Umsetzung der Zweiten E-Geld-Richtlinie (BGBl. 2011 I 288) mit Wirkung zum 30. 4. 2011 in das ZAG eingefügt worden. Die Vorschrift steht in systematischem Zusammenhang mit Abs. 1 und Abs. 2 ist nunmehr systematisch stimmig eingeordnet worden (zur Kritik am alten Recht → 1. Aufl. 2014, § 1 Rn. 106). **Zweck der Vorschrift** ist es, unter Rückgriff auf das Regelungsvorbild in § 1 Abs. 1b KWG, für die Zwecke des ZAG eine gemeinsame Kategorie eines Instituts bestehend aus Zahlungsinstituten (Abs. 1 S. 1 Nr. 1) und E-Geld-Instituten (Abs. 2 S. 1 Nr. 1) zu bilden (so bereits zum alten Recht ReGe BT-Drs. 17/3023, 38; ebenso Schäfer/Omlor/Mimberg/Mimberg Rn. 243f.). „Institut im Sinne dieses Gesetzes“ wird damit zum Oberbegriff dieser beiden Anwendungsfälle. § 2 Abs. 1 Nr. 3 GWG nimmt auf diese Definition Bezug. Wegen der weiteren Einzelheiten des Begriffs des Zahlungsinstituts und des E-Geld-Instituts vgl. → Rn. 9ff., 13ff.

VI. Herkunftsmitgliedstaat; Aufnahmemitgliedstaat (Abs. 4)

1. Normentwicklung und Systematik

- 277 Abs. 4 enthält jeweils eine Legaldefinition zu den Begriffen Herkunfts- (S. 1) sowie Aufnahmemitgliedstaat (S. 2). Die Vorschrift hat die Aufgabe, **Art. 4 Nr. 1 und Nr. 2 PSD2** umzusetzen. Anders als die Richtlinie hat sich der deutsche Gesetzgeber dazu entschieden, die Begriffe Herkunfts- und Aufnahmemitgliedstaat in einem Absatz zu definieren. Abs. 4 S. 1 enthält zudem eine Definition des Begriffs „Mitgliedstaat“, die sich so nicht in der Richtlinie findet. Erfasst sind von diesem Begriff die Mitgliedsstaaten der EU. Gleichgestellt werden die Mitgliedsstaaten des EWR, die jedoch zur besseren Abgrenzung als Vertragsstaaten bezeichnet werden

(missverständlich Vorauf. Rn. 252). Mit dieser unter dem Aspekt der Vollharmonisierung (Art. 107 Abs. 1, 3 PSD2) unproblematischen Erweiterung des Anwendungsbereiches hat der deutsche Gesetzgeber die Übernahme der ZDRL durch die Mitgliedsstaaten des EWR vorweggenommen.

Das **ZAG 2009** kannte anders als die ZDRL 2007 (PSD1) keine Definition der Begriffe Herkunfts- und Aufnahmemitgliedstaat (vgl. Art. 4 Nr. 1, 2 ZDRL 2007/64/EG). Die damalige Gesetzesbegründung verwendet den Terminus „Herkunftsstaat“ und setzt diesen mit „Sitzstaat“ gleich (RegE BT-Drs. 16/11613, 31), der Begriff „Aufnahmemitgliedstaat“ fand keine Erwähnung. Die Definitionen der PSD1 waren jedoch bereits unter der Ägide des ZAG 2009 im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung (dazu → Einleitung Rn. 46) zu berücksichtigen. Demnach entsprechen die neu in das ZAG aufgenommenen Definitionen laut Gesetzesbegründung zur Umsetzung der Zweiten ZDRL „der geltenden Rechtslage“ (RegE BT-Drs. 18/11495, 108; vgl. auch Schäfer/Omlor/Mimberg/Mimberg Rn. 247).

Abs. 4 steht systematisch in einem engen Zusammenhang mit dem in Abs. 5 definierten Begriff der „Zweigniederlassung“, da die Termini Herkunfts- und Aufnahmemitgliedstaat vor allem bei der Gründung einer Zweigniederlassung Relevanz entfalten, sodass auch ein enger Bezug zu §§ 38, 39 besteht. Eine parallele Definition zum Herkunftsmitgliedstaat enthält § 1 Abs. 19 Nr. 19, 20 KAGB für OGAW- bzw. AIF-Verwaltungsgesellschaften. Demgegenüber knüpft die für das KWG maßgebliche Definition an die Zulassung an (§ 1 Abs. 35 KWG, Art. 4 Abs. 1 Nr. 43 VO (EU) Nr. 575/2013), weswegen diese Vorschrift im Wege einer **systematischen Auslegung** nicht ohne weiteres herangezogen werden kann.

2. Regelungsgehalt der Norm

Nach Abs. 4 S. 1 richtet sich der **Herkunftsmitgliedstaat** primär nach dem Satzungssitz des Instituts. Nur für den Fall, dass ein Satzungssitz nicht existiert, ist subsidiär auf den Ort der Hauptverwaltung zurückzugreifen. Dass mit „Sitz“ nur der **Satzungssitz** gemeint sein kann, ergibt sich bereits aus dem Umkehrschluss zu Abs. 4 S. 1 Alt. 2 und wird durch die englische sowie französische Sprachfassung der Richtlinie („registered office“, „siège statutaire“) bestätigt. Die **Hauptverwaltung** ist die Zentrale eines Zahlungsinstituts, bei der sich die Verwaltung befindet und wo die wesentlichen Leitungsentscheidungen getroffen werden. Die sprachlich missglückte zweite Alternative bezieht sich auf Institute in einer Rechtsform, für die nach nationalem Recht kein Satzungssitz vorgeschrieben ist und deren Gesellschaftsvertrag keinen Satzungssitz vorsieht (Schäfer/Omlor/Mimberg/Mimberg Rn. 250). Ein Anwendungsbeispiel für das deutsche Recht bilden Personengesellschaften nach bisherigem Recht. Dieser Deutung entspricht Art. 11 Abs. 3 PSD2. Dort heißt es: „Zahlungsinstitute, die gemäß dem nationalen Recht ihres Herkunftsmitgliedstaats einen Sitz haben müssen, müssen ihre Hauptverwaltung in demselben Mitgliedstaat haben, in dem sich dieser Sitz befindet, (...)“, sodass denklogisch zur Gegengruppe Institute zählen, die nach dem nationalen Recht keinen Sitz haben müssen.

Satz 2 hat die Aufgabe den **Aufnahmestaat** zu definieren und stellt dabei zugleich klar, dass grenzüberschreitendes Tätigwerden eines Instituts durch eine **Zweigniederlassung**, über einen **Agenten** oder im Wege des **grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs** erfolgen kann. Nicht erfasst sind also rechtlich selbständige Tochtergesellschaften, da diese eine eigene Zulassung benötigen.

Demgegenüber ist eine Zweigniederlassung iSd Abs. 5 rechtlich nicht selbständig, sondern nur eine Organisationseinheit des Instituts im Herkunftsstaat (→ Rn. 287). An dieser organisationsrechtlichen Verselbständigung fehlt es, wenn das Institut Zahlungsdienstleistungen ohne Zweigniederlassung oder Einschaltung eines Agenten im Wege eines Europäischen Passes (→ Rn. 257) unmittelbar aus dem Herkunftsstaat heraus anbietet (zB im Wege des Direktvertriebs oder über das Internet). Zwischen Zweigniederlassung und grenzüberschreitendem Dienstleistungsverkehr steht der Vertrieb über einen Agenten. Dieser wird nach Abs. 9 als „jede natürliche oder juristische Person, die als selbständiger Gewerbetreibender im Namen eines Instituts Zahlungsdienste ausführt“ definiert (zu den Details → Rn. 329ff.).

- 282 Die Definitionen des Abs. 4 weisen insbesondere für die in §§ 38 und 39 ZAG enthaltenen, auf alle drei Formen des **grenzüberschreitenden Tätigwerdens** bezogenen Regelungen Bedeutung auf. Einbezogen wird sowohl das grenzüberschreitende Tätigwerden inländischer Institute in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder des EWR, dh in dem Aufnahmemitgliedstaat (sog. outgoing institutions, § 38 ZAG), als auch das Tätigwerden von Instituten im Inland, die nicht im Inland, sondern in einem anderen Herkunftsmitgliedstaat ansässig sind (sog. incoming institutions, § 39 ZAG). Im zuletzt genannten Fall wird die Zulassung im Herkunftsmitgliedstaat für die Erbringung von Zahlungsdiensten in anderen Mitglieds- und EWR-Staaten anerkannt (§ 39 Abs. 1 ZAG, sog. „Europäischer Pass“, vgl. Erwägungsgrund 41 PSD2). Außerdem erfolgt eine Zusammenarbeit zwischen Herkunfts- und Aufnahmemitgliedstaat bei der Aufsicht, deren Erfolg va durch gegenseitigen Informationsaustausch sichergestellt werden soll (Erwägungsgrund 41 PSD2; §§ 38 Abs. 3f., 7, 39 Abs. 2, 6 ZAG). Wegen der weiteren Einzelheiten ist auf die Erläuterungen zu §§ 38, 39 zu verweisen.

VII. Zweigniederlassung (Abs. 5)

1. Normentwicklung und Systematik

- 283 Abs. 5 enthält eine Definition des Begriffs der **Zweigniederlassung** und setzt Art. 4 Nr. 39 PSD2 praktisch wörtlich um, zerlegt die Definition in der Richtlinie allerdings in zwei Sätze. Art. 4 Nr. 39 PSD2 entspricht im Wesentlichen Art. 4 Nr. 29 PSD1. Gleichwohl hatte der deutsche Gesetzgeber im ZAG 2009 noch auf eine Übernahme dieser Definition verzichtet, verwies in der Gesetzesbegründung aber bereits auf diese europäische Vorgabe (vgl. RegE BT-Drs. 16/11613, 56, die zudem auf die KWG-rechtliche Aufsichtspraxis hinwies). Das deckt sich mit dem Befund, dass die Gesetzesbegründung zum ZAG 2018 im Hinblick auf Abs. 5 von einem Gleichlauf mit „der geltenden Rechtslage“ ausgeht (RegE BT-Drs. 18/11495, 108).
- 284 § 1 Abs. 19 Nr. 38 KAGB bestimmt den Terminus der Zweigniederlassung weitgehend ähnlich wie Abs. 5, wenn auch weniger ausführlich. Gleiches gilt für die mangels KWG-Legaldefinition genutzte Definition in Art. 4 Nr. 3 BankenRL Nr. 2006/48/EG (Fischer/Schulte-Mattler/Braun KWG § 24a Rn. 36f.). Eine ähnliche Definition findet sich in der Kapitaladäquanzverordnung (VO (EU) Nr. 575/2013) in Art. 4 Abs. 1 Nr. 17. Der Begriff der Zweigniederlassung wird überdies in den §§ 13ff. HGB vorausgesetzt. Im Wege der systematischen Auslegung kann auf die Erkenntnis aus der Auslegung dieser Vorschriften zurückgegriffen werden, wobei allerdings im Einzelfall die unterschiedliche Stoßrichtung der verschiedenen Vorschriften zu berücksichtigen ist.

2. Regelungsgehalt der Norm

Die Errichtung einer Zweigniederlassung stellt eine der Formen grenzüberschreitenden Tätigwerdens dar, die den Instituten über die **Europäischen Grundfreiheiten**, konkret in der sekundären Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 Abs. 1 S. 2, 54 AEUV, zugesichert werden (zu den relevanten Grundfreiheiten vgl. auch Erwägungsgrund 41 PSD1). Abs. 5 wird ebenso wie Abs. 4 va im Rahmen der §§ 38 ff. ZAG relevant (→ Rn. 282). Abs. 5 erfasst nach seinem Wortlaut inländische wie ausländische Zweigniederlassungen; Bedeutung entfaltet er aber vor allem für ausländische Zweigniederlassungen. 285

Eine Zweigniederlassung ist von einer bloß grenzüberschreitenden Dienstleistung oder dem Tätigwerden über einen Agenten abzugrenzen. Zwar beziehen sich die §§ 38, 39 ZAG auf alle drei Formen des grenzüberschreitenden Tätigwerdens (vgl. → Rn. 282), sodass insoweit eine Abgrenzung nicht zwingend erforderlich ist. Unterschiede ergeben sich im Hinblick auf **§ 41 ZAG**, wodurch die Pflicht, eine zentrale Kontaktperson im Inland zu benennen, für ein Tätigwerden in einer anderen Form als über eine Zweigniederlassung normiert wird (→ § 41 Rn. 10 ff.). Abs. 5 setzt zunächst voraus, dass es sich um „eine Geschäftsstelle, die nicht die Hauptverwaltung ist“, handelt. Damit wird eine auf gewisse Dauer angelegte physische Präsenz in räumlicher Trennung von der Hauptverwaltung gefordert (→ § 39 Rn. 10 ff.; vgl. auch Emde/Dornseifer/Dreibus/Hölscher/Nietsch KAGB § 49 Rn. 7 f.), worin einer der Unterschiede zur Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen besteht (dazu → § 39 Rn. 14 sowie → § 41 Rn. 12). Die Forderung nach einer von der Niederlassung zu unterscheidenden Hauptverwaltung ist im Kontext mit § 10 Nr. 17 bzw. Art. 11 Abs. 3 PSD2 zu lesen. Zumindest aus einer richtlinienkonformen Auslegung ergibt sich ein **Kopplungsgebot** von Satzungssitz und Hauptverwaltung. Die Hauptverwaltung darf folglich nicht in das Land der ausländischen Niederlassung verlegt werden (dazu ausführlich Fischer/Schulte-Mattler/Vahldiek KWG § 53b Rn. 58; im Ergeb. ebenso Schäfer/Omlor/Mimberg/Mimberg Rn. 259). 286

Voraussetzung für das Vorliegen einer Zweigniederlassung ist weiter, dass sie einen „Teil eines Instituts bildet und unmittelbar sämtliche oder einen Teil der Geschäfte betreibt, die mit der Tätigkeit des Instituts verbunden sind“, ihr folglich eine gewisse **Eigenverantwortung und Entscheidungshoheit** übertragen wird (Mitteilung der EU-Kommission zu Auslegungsfragen über den freien Dienstleistungsverkehr und das Allgemeininteresse in der Zweiten Bankenrichtlinie, ABl. 1997 C 209, 12). Mit dem Zusatz, dass sie über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen darf, wird die Abgrenzung zur Tochtergesellschaft vorgenommen (→ Rn. 281). 287

Die Zweigniederlassung ist ferner von einer **Zweigstelle** iSd **§ 42** abzugrenzen. Unter einer Zweigstelle versteht man die Nebenstelle eines Instituts mit Sitz in einem Drittstaat (→ § 42 Rn. 6). Die Zweigstelle gilt nach § 42 im Gegensatz zur Zweigniederlassung als eigenes Institut. 288

Abs. 5 **S. 2** ordnet schließlich an, dass ein Institut, das **mehrere Geschäftsstellen** in einem Aufnahmemitgliedstaat unterhält, nur über eine ausländische Zweigniederlassung im rechtlichen Sinne in diesem Aufnahmemitgliedstaat verfügt. Damit soll vermieden werden, dass unter mehreren Geschäftsstellen im Aufnahmemitgliedstaat eine Hierarchiebeziehung gebildet werden muss. Ferner soll keine erneute Anzeigepflicht nach § 38 Abs. 1 S. 1 ausgelöst werden. Bei Satz 2 handelt es sich um eine Fiktion (ebenso Schäfer/Omlor/Mimberg/Mimberg Rn. 260). 289

VIII. Gruppe (Abs. 6)

1. Normentwicklung und Systematik

- 290 Abs. 6 setzt **Art. 4 Nr. 40 PSD2** um und hatte im ZAG 2009 keinen Vorläufer, obwohl die PSD1 bereits in Art. 4 Nr. 30 eine – wenn auch schlichtere – Definition der Gruppe enthielt, die für die Auslegung des Begriffs „Gruppe“ in den § 12 Abs. 2 sowie § 13 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 ZAG aF herangezogen wurde (vgl. → 1. Aufl. 2014, § 12 Rn. 11 (Otte), → § 13 Rn. 28 (Terlau)). Diese Definition ist in der neuen, ausführlicheren Definition aufgegangen (dazu → Rn. 293 ff.).
- 291 Abs. 6 ist im Gegensatz zu seiner Vorgabe in der Richtlinie **sprachlich verunglückt** (zustimmend Schäfer/Omlor/Mimberg/Mimberg Rn. 264), da er anders als die Richtlinie die vollständigen Richtlinien- und Ordnungsbezeichnungen mit allen Änderungen aufnimmt, statt diese in Fußnoten zu verbannen. Außerdem tragen die zahlreichen Verweisungen auf andere Vorschriften nicht gerade zur Transparenz bei. Vereinfacht lässt sich der Aussagegehalt von Abs. 6 wie folgt formulieren:
 „Gruppe ist ein Verbund von Unternehmen, die untereinander durch eine in Art. 22 Abs. 1, 2 oder 7 der RL 2013/34/EU genannte Beziehung verbunden sind, oder Unternehmen im Sinne der Art. 4, 5, 6 und 7 der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 241/2014, die untereinander durch eine in Art. 10 Abs. 1 oder Art. 113 Abs. 6 oder 7 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 genannte Beziehung verbunden sind.“
- 292 Das **Bankenaufsichtsrecht** enthält in § 10a KWG Definitionen unterschiedlicher Gruppen (Institutsgruppen, Finanzholding-Gruppen und gemischten Finanzholding-Gruppen), die nur wenig Ähnlichkeit mit der Definition im ZAG aufweisen, so dass sie für die Auslegung von Abs. 6 nicht herangezogen werden können. Im KAGB wird der Begriff Gruppe nicht verwendet.

2. Regelungsgehalt der Norm

- 293 Im Einklang mit der Systematik des Abs. 6 ist hinsichtlich der Gruppenzugehörigkeit zwischen nicht näher definierten **Unternehmen (Alt. 1)**, die im Sinne der Bilanz-RL verbunden sind, sowie **Unternehmen im Sinne der Art. 4, 5, 6 und 7 der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 241/2014 (Alt. 2)**, die im Sinne der Kapitaladäquanzverordnung verbunden sind, zu differenzieren.
- 294 Der Unternehmensbegriff ist in beiden Alternativen ebenso wie in Abs. 1 Nr. 1 weit zu verstehen (vgl. dazu → Rn. 9). Durch den Verweis auf **Art. 22 RL 2013/34/EU** (der sog. Bilanz-Richtlinie) bilden ein Mutterunternehmen und seine Tochterunternehmen, auf die das Mutterunternehmen über eine Mehrheitsbeteiligung oder über andere dort genannte Möglichkeit beherrschenden Einfluss (beispielsweise Kontrolle über die Zusammensetzung des Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsrates durch einen entsprechenden Vertrag oder eine Satzungsbestimmung) oder die Kontrolle ausüben kann, eine Gruppe (Abs. 1, 2). Gleiches gilt nach Abs. 7 für das Mutterunternehmen und seine nicht untereinander in einer Abhängigkeitsbeziehung stehenden Tochterunternehmen, sofern jene aufgrund eines Unternehmensvertrags oder einer Satzungsbestimmung einer einheitlichen Leitung unterstehen oder bei denen in den Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorganen Personenidentität besteht (Abs. 7). Der Aussagegehalt des Art. 22 Abs. 7 RL 2013/34/EU entspricht Art. 12 Abs. 1 der alten Bilanzrichtlinie (RL 83/249/EWG), auf den in der zweiten Alternative Bezug genommen wird.