

Erlaubnispflichten für IP-Management Dienstleister nach dem Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz und dem Kreditwesengesetz

Rechtsanwalt Christian Walz, Rechtsanwältin Marina von Wallenberg-Pachaly, Annerton Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, München

Der Aufsatz zeigt am praktischen Beispiel der PAVIS GmbH, unter welchen Voraussetzungen IP-Management-Dienstleister eine Erlaubnis nach dem Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG) und nach dem Kreditwesengesetz (KWG) benötigen. Er legt dar, welche Anforderungen an die Erlangung einer solchen Erlaubnis bestehen. Schließlich zeigt er auf, wie sich betroffene IP-Management-Dienstleister eine Erlaubnis „leihen“ können.

I. Einführung

Inhaber geistigen Eigentums (Intellectual Property, IP) können ihre damit verbundenen gewerblichen Schutzrechte durch Anmeldung von Patenten, Marken, Gebrauchsmustern und Designs schützen. Die Aufrechterhaltung von gewerblichen Schutzrechten kann für die Schutzrechtsinhaber viel Aufwand bedeuten, insbesondere wenn diese über ein umfassendes Portfolio an Schutzrechten verfügen. Ein global wirksamer Schutz muss verschiedene Jurisdiktionen, Gebühren und Fristen berücksichtigen. Aufgrund dieses Aufwands greifen Inhaber geistigen Eigentums auf externe Dienstleister zurück, die das sog IP-Management als Dienstleistung anbieten.

Bestandteil des IP-Managements ist oftmals die Entgegennahme von Schutzrechtsgebühren von den Schutzrechtsinhabern sowie deren Einzahlung beim zuständigen Zahlungsempfänger (zB einem Patent- oder Markenamt). Diese Tätigkeit kann mit Erlaubnispflichten verbunden sein. Die Einzahlung von Schutzrechtsgebühren wird als Zusatz-Service von einer Reihe von IP-Management-Dienstleistern sowie von Patentanwaltskanzleien angeboten. Die PAVIS GmbH ist ein solcher IP-Management-Dienstleister und war daher mit rechtlichen Anforderungen im Hinblick auf die Abwicklung von Zahlungen in Bezug auf Schutzrechtsgebühren konfrontiert.

II. Mögliche Erlaubnispflicht nach dem ZAG

Zunächst kann eine Erlaubnispflicht gem. § 10 ZAG vorliegen. Einer Erlaubnis der BaFin bedarf nach § 10 I 1 ZAG, wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Zahlungsdienste erbringen will, wenn der Erbringer der Leistung nicht über eine umfassendere Erlaubnis (zB als Kreditinstitut) verfügt.

1. Inlandsbezug und Gewerbsmäßigkeit

Eine Erlaubnispflicht nach § 10 I 1 ZAG besteht nur für die Erbringung von Zahlungsdiensten im Inland. Wenn ein Unternehmen nicht über einen Sitz oder eine Nie-

derlassung in Deutschland verfügt, stellt sich die Frage, unter welcher Voraussetzung eine von ihm erbrachte Tätigkeit im Inland erbracht wird. Dies wird regelmäßig zu bejahen sein, wenn das Unternehmen seine Dienste zielgerichtet an den inländischen Markt richtet (Walz in Ellenberger/Findeisen/Nobbe/Böger, Kommentar zum Zahlungsverkehrsrecht, 3. Aufl. 2020, § 10 ZAG Rn. 8). Zahlungsdienste werden gewerbsmäßig erbracht, wenn sie auf eine gewisse Dauer angelegt sind und mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden (Findeisen in Ellenberger/Findeisen/Nobbe/Böger, Kommentar zum Zahlungsverkehrsrecht, 3. Aufl. 2020, § 1 ZAG Rn. 114). Die für gewerbliche Betätigung erforderliche Gewinnerzielungsabsicht muss sich nicht zwingend auf die Zahlungsdienste beziehen. Es genügt, wenn die Zahlungsdienste die Gewinnerzielungsabsicht im Rahmen des Hauptgeschäfts fördern (LG Köln MMR 2011, 815 [816]).

2. Vorliegen eines Zahlungsdienstes

Für das Vorliegen einer Erlaubnispflicht müsste die Entgegennahme und Weiterleitung der Schutzrechtsgebühren ein Zahlungsdienst nach § 1 I 2 ZAG sein.

a) Überweisungsgeschäft nach § 1 I 2 Nr. 3 c) ZAG

Die Entgegennahme und Weiterleitung von Schutzrechtsgebühren könnte nach § 1 I 2 Nr. 3 c) ZAG ein Zahlungsgeschäft in Form des Überweisungsgeschäfts sein. Ein Überweisungsgeschäft liegt bei Ausführung von Zahlungsvorgängen einschließlich der Übermittlung von Geldbeträgen auf ein Zahlungskonto beim Zahlungsdienstleister des Zahlungsdienstnutzers oder bei einem anderen Zahlungsdienstleister durch die Ausführung von Überweisungen einschließlich Daueraufträgen vor. Ein Unternehmen, das – ohne Zahlungskonten für den Zahler oder den Zahlungsempfänger zu führen – ein Kreditinstitut beauftragt, Gelder für einen Schutzrechtsinhaber auf ein Zahlungskonto des Zahlungsempfängers zu überweisen, erbringt nicht das Überweisungsgeschäft, weil es die Überweisung nicht ausführt, sondern nur bei seinem Kreditinstitut gem. § 675 f I BGB anstößt (BaFin, Merkblatt – Hinweise zum Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz [ZAG], Stand: 29.11.2017, Ziff. 2 b), abrufbar unter https://www.ba-fin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_111222_zag.html).

b) Finanztransfergeschäft nach § 1 I 2 Nr. 6 ZAG

Es könnte zudem ein Finanztransfergeschäft vorliegen. Das Finanztransfergeschäft gem. § 1 I 2 Nr. 6 Alt. 1 ZAG ist ein Dienst, bei dem ohne Einrichtung eines Zahlungskontos auf den Namen des Zahlers oder des Zahlungsempfängers Zahlungen ausgeführt werden. So-

weit die Geschäftstätigkeit von IP-Management-Dienstleistern die Entgegennahme und Weiterleitung von Zahlungsbeträgen an Zahlungsempfänger zum Zwecke der Verlängerung von gewerblichen Schutzrechten umfasst, erfüllt dies den Tatbestand des Finanztransfergeschäftes, wenn nicht bereits das Überweisungsgeschäft vorliegt.

c) Ausnahmetatbestände

Gem. § 2 I ZAG ist eine Tätigkeit trotz der Erfüllung eines Tatbestands nach § 1 I 2 ZAG kein Zahlungsdienst, wenn einer der dort aufgeführten Ausnahmetatbestände einschlägig ist.

aa) Ausnahme nach § 2 I Nr. 2 ZAG für Handelsvertreter

Zahlungsvorgänge zwischen Zahler und Zahlungsempfänger über einen Handelsvertreter, der aufgrund einer Vereinbarung befugt ist, den Verkauf oder Kauf von Waren oder Dienstleistungen nur im Namen des Zahlers oder nur im Namen des Zahlungsempfängers auszuhandeln oder abzuschließen, sind keine Zahlungsdienste (vgl. § 2 I Nr. 2 ZAG).

Handelsvertreter in diesem Sinne sind Handelsvertreter nach § 84 I HGB, mithin Personen, die als selbstständige Gewerbetreibende ständig damit betraut sind, für einen anderen Unternehmer Rechtsgeschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. Zudem fallen nach der Verwaltungspraxis der BaFin alle Personen unter die Ausnahme nach § 2 I Nr. 2 ZAG, die befugt sind, Verträge für eine andere Partei auszuhandeln oder in deren Namen, also im Wege der offenen Stellvertretung, abzuschließen.

Die Pflicht zur Zahlung von Schutzrechtsgebühren resultiert aus einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis und nicht aus einem privatrechtlichen Rechtsgeschäft. Ferner kann der IP-Management-Dienstleister die Höhe der Schutzrechtsgebühren nicht „aushandeln“, weil diese in der Regel gesetzlich festgelegt sind. Das Tatbestandsmerkmal des „Abschließens“ ist nicht gegeben, weil die Verlängerung eines Schutzrechts kein Rechtsgeschäft ist. Der IP-Management-Dienstleister gibt somit keine Willenserklärungen für den Schutzrechtsinhaber ab. Reine Botentätigkeiten werden nicht von der Ausnahmegvorschrift erfasst (BaFin, ZAG-Merkblatt, Ziff. 3 b)). Folglich ist die Ausnahme nach § 2 I Nr. 2 ZAG für Handelsvertreter auf die vorliegende Sachverhaltskonstellation nicht anwendbar.

bb) Ausnahme für Zahlungsinstrumente für eine sehr begrenzte Auswahl an Waren oder Dienstleistungen

Nach § 2 I Nr. 10 b ZAG sind Dienste, die auf Zahlungsinstrumenten beruhen, die für den Erwerb eines sehr begrenzten Waren- oder Dienstleistungsspektrums eingesetzt werden können, keine Zahlungsdienste. Ein sehr begrenztes Waren- oder Dienstleistungsspektrum liegt vor, wenn sich die angebotenen Waren und Produkte einem bestimmten Verwendungszweck zuordnen lassen (BaFin, ZAG-Merkblatt, Ziff. 3 j)). Für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Norm fehlt es jedoch bereits an einem Zahlungsinstrument nach § 1 XX ZAG, das nur für die Zahlung von Schutzrechtsgebüh-

ren verwendet werden kann. Die Zahlung von Schutzrechtsgebühren erfolgt in aller Regel mittels Überweisungen. Überweisungen können jedoch nicht nur für die Zahlung von Schutzrechtsgebühren eingesetzt werden.

cc) Nebentätigkeitsprivileg

Die BaFin hat in ihrer Verwaltungspraxis einige wenige Sachverhaltsgruppen anerkannt, bei denen sie davon ausgeht, dass trotz der Erfüllung der Kriterien eines Zahlungsdienstes und des Fehlens eines Ausnahmetatbestands nach § 2 I ZAG kein erlaubnispflichtiger Zahlungsdienst vorliegt. Bei diesen Fallgruppen handelt es sich um die Annahme und Weiterleitung von Geldern im Rahmen eines Mandats als Rechtsanwalt oder Steuerberater, die Eintreibung zahlungsgestörter Forderungen, Nachnahmezahlungen und die Einziehung von Arzthonoraren durch privatärztliche Abrechnungsstellen (BaFin, ZAG-Merkblatt, Ziff. 2 e)). Die Entgegennahme und Weiterleitung von Schutzrechtsgebühren durch Unternehmen, die keine Rechtsanwälte oder Steuerberater sind, gehört nicht zu diesen Fallgruppen.

Der Katalog der Ausnahmetatbestände des § 2 I ZAG ist abschließend. Auch die Richtlinie (EU) 2015/2366 (Zweite Zahlungsdiensterichtlinie) sieht kein solches allgemeines Nebendienstleistungsprivileg vor (Reschke in Ellenberger/Findeisen/Nobbe/Böger, Kommentar zum Zahlungsverkehrsrecht, 3. Aufl. 2020, § 2 ZAG Rn. 5). Der Zahlungsdienst muss nicht der Hauptzweck einer Dienstleistung sein, um als Zahlungsdienst qualifiziert zu werden. Es genügt, wenn die Zahlungsdienste die Gewinnerzielungsabsicht eines (anderen) Hauptgeschäfts fördern (LG Köln MMR 2011, 815 [816]).

d) Zwischenergebnis

Damit ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass IP-Management-Dienstleister, die für Schutzrechtsinhaber Schutzrechtsgebühren entgegennehmen und weiterleiten, eine Erlaubnis zum Erbringen von Zahlungsdiensten benötigen. Diese Anforderung bestand demnach auch für die PAVIS GmbH.

III. Mögliche Erlaubnispflicht nach dem KWG

Zudem könnte eine Erlaubnispflicht gem. § 32 I 1 KWG greifen. Danach bedarf der schriftlichen Erlaubnis der zuständigen Aufsichtsbehörde, wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen will. Hinsichtlich der Merkmale des Inlandsbezuges und der Gewerbsmäßigkeit wird auf die Ausführungen in II. 1. Bezug genommen. Des Weiteren müsste ein Bankgeschäft vorliegen. In Betracht kommt in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation das Einlagengeschäft nach § 1 I 2 Nr. 1 KWG. Ein solches ist die Annahme fremder Gelder als Einlagen oder anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums, sofern der Rückzahlungsanspruch nicht in Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen verbrieft wird.

Unter Bezugnahme auf die Verwaltungspraxis der BaFin schließen sich die bürgerlich-rechtliche Geschäfts-

besorgung und das bankaufsichtsrechtliche Einlagengeschäft aus, solange die Geldverwahrung nur ein Teilaspekt des übrigen Geschäftsbesorgungsverhältnisses und diesem klar untergeordnet ist (BaFin, Merkblatt Einlagengeschäft, Stand: 11.3.2014, Ziff. I. 5 d), abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_140311_tatbestand_einlagengeschaeft.html). Bei sogenannten Weiterleitungsfällen ist die Dienstleistung insgesamt als Geschäftsbesorgung und nicht als Einlagengeschäft zu werten, solange die treuhänderische Verwaltung des Kaufpreises lediglich Nebenzweck der Dienstleistung und dieser klar untergeordnet ist. Ein solcher Fall liegt in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation in der Regel vor, weil der Hauptzweck der Tätigkeit von IP-Management-Dienstleistern in der Vornahme aller erforderlichen Tätigkeiten bezüglich der Verlängerung von Schutzrechten liegt. Das vorübergehende Stehenlassen des Betrages, der zur Zahlung der Schutzrechtsgebühr verwendet wird, auf einem Zahlungskonto des IP-Management-Dienstleisters ist diesem Hauptzweck untergeordnet.

Damit ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass IP-Management-Dienstleister, die für Schutzrechtsinhaber Schutzrechtsgebühren entgegennehmen und weiterleiten, in der Regel keine Erlaubnis nach § 32 I 1 KWG benötigen.

IV. Rechtsfolgen des unerlaubten Erbringens von Zahlungsdiensten

Die Rechtsfolgen des unerlaubten Erbringens von Zahlungsdiensten reichen von Auskunftsbefugnissen seitens der BaFin und der Deutschen Bundesbank über Unterlassungsansprüche durch bspw. Mitbewerber oder Verbraucherverbände bis hin zu strafrechtlichen Sanktionen. Wer ohne Erlaubnis Zahlungsdienste nach dem ZAG erbringt, kann gem. § 63 ZAG zudem mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft werden.

V. Lösungsalternativen für IP-Management-Dienstleister

Besteht eine Erlaubnispflicht, muss der IP-Management-Dienstleister, um seine Dienstleistungen rechtmäßig anzubieten, entweder eine solche Erlaubnis besitzen oder mit einem Zahlungsdienstleister, der über eine solche Erlaubnis verfügt, kooperieren. Die PAVIS GmbH hat sich für die Beantragung einer Erlaubnis entschieden und zu diesem Zweck die PAVIS Payments GmbH gegründet, die die Verantwortung für die Zahlungsabwicklung in Bezug auf die Schutzrechtsgebühren übernommen hat.

1. Erlaubnis Antrag

Die notwendigen Angaben und Nachweise für die Beantragung einer Erlaubnis nach § 10 I 1 ZAG beschreibt § 10 II ZAG. § 2 ZAG-Anzeigenverordnung (ZAGAnzV) konkretisiert die Anforderungen an Erlaubnis anträge. Zudem wendet die BaFin die Leitlinien der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde zur Zulassung

und Eintragung (EBA/GL/2017/09) an. Die Erteilung einer Erlaubnis ist gebührenpflichtig. Rechtsgrundlage für die Gebühren ist das Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (FinDAG) iVm der Verordnung über die Erhebung von Gebühren und die Umlegung von Kosten nach dem Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAGKostV).

Die Vorbereitung des Erlaubnis antrags ist mit erheblichem zeitlichem und finanziellem Aufwand verbunden. Die von den Antragstellern bereitgestellten Unterlagen und Nachweise müssen wahr, vollständig, präzise sowie aktuell sein und sind in zweifacher Ausfertigung bei der BaFin einzureichen. Zu den Erlaubnisvoraussetzungen gehören insbesondere ein tragfähiger Geschäftsplan, die fachliche Eignung und die Zuverlässigkeit der Geschäftsleiter sowie die Zuverlässigkeit der Inhaber bedeutender Beteiligungen. Der Antragsteller muss eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation, eine angemessene Unternehmenssteuerung und interne Kontrollmechanismen nachweisen. Zudem müssen Zahlungsinstitute die ihnen anvertrauten Kundengelder gegen Insolvenz sichern. In der Praxis erfolgt die Kundengeldsicherung bei Zahlungsinstituten durch eine Hinterlegung auf offenen Treuhandkonten.

2. Zusammenarbeit mit einem Zahlungsinstitut

Anstelle der Beantragung einer Erlaubnis zum Erbringen von Zahlungsdiensten hätte die PAVIS GmbH auch mit bereits zugelassenen Zahlungsdienstleistern kooperieren können. Diese Art der Zusammenarbeit wird in der Praxis oft als „Erlaubnisleihe“ bezeichnet. Im Rahmen einer solchen Zusammenarbeit wird ein unmittelbarer Zahlungsdienstvertrag zwischen dem Zahlungsdienstleister und dem Schutzrechtsinhaber bestehen. Eine Unterbeauftragung des Zahlungsdienstleisters durch den IP-Management-Dienstleister ist nicht ausreichend. Der Zahlungsdienstvertrag kann jedoch neben dem IP-Management-Vertrag zwischen dem Schutzrechtsinhaber und dem IP-Management-Dienstleister bestehen. Abhängig von den kaufmännischen Erwartungen der beteiligten Parteien kann der IP-Management-Dienstleister im Verhältnis zu dem Zahlungsdienstleister entweder als Handelsvertreter oder als Auftraggeber einer Geschäftsbesorgung nach § 675 BGB tätig werden.

VI. Fazit

Mit Blick auf die Rechtsfolgen des unerlaubten Erbringens von Zahlungsdiensten sollten IP-Management-Dienstleister prüfen, ob sie für ihre Tätigkeit eine Erlaubnis zum Erbringen von Zahlungsdiensten benötigen. Ist dies der Fall, kann der IP-Management-Dienstleister entweder eine solche Erlaubnis selbst beantragen oder mit einem Zahlungsdienstleister kooperieren.

Nicht zuletzt wegen der Verpflichtung von Zahlungsdienstleistern, die ihnen anvertrauten Gelder gegen eine Insolvenz abzusichern, haben auch Schutzrechtsinhaber ein Interesse daran, mit IP-Management-Dienstleistern zu arbeiten, welche über die erforderlichen Erlaubnisse verfügen und von einer Behörde beaufsichtigt werden. ■