

# Zur Abgrenzung von Zahlungsauslösedienst und »technischem Infrastrukturdienst« – dargestellt am Beispiel des geplanten liechtensteinischen Zahlungsdienstegesetzes<sup>1</sup>

NICOLAS RASCHAUER

## Abstract

Seit Inkrafttreten der ersten Zahlungsdiensterichtlinie 2007 sind neue Zahlungsdienste entstanden, vor allem im Bereich der Internetzahlungen und des elektronischen Geschäftsverkehrs. Angesprochen ist unter anderem der Zahlungsauslösedienst. Um diesen Marktentwicklungen Rechnung zu tragen, hielt es der EU-Gesetzgeber für erforderlich, diese neuen Kategorie von Zahlungsdienste zu regulieren und in die 2015 total revidierte Zahlungsdiensterichtlinie (»PSD 2«) aufzunehmen.

Infolge der Aufnahme des Zahlungsauslösedienstes in die Zahlungsdiensterichtlinie sind neue Abgrenzungsfragen entstanden; vor allem das Verhältnis zwischen Zahlungsauslösedienst und technischem Infrastrukturdienst, der von der Richtlinie ausgenommen ist, bleibt nach der lex lata unklar. Das gegenständliche Manuskript beleuchtet anhand eines fiktiven Sachverhalts die Relation der beiden Dienste.

## Schlagworte

Zahlungsauslösedienstleister, technischer Dienstleister, Zahlungsauftrag, Zahlungsdienstnutzer, Zahlungsdienstleister

## Rechtsquellen

Art 2 f PSD 2; Art 2–4; 7 ZDG

## Inhaltsübersicht

I.	Allgemeines .....	2
II.	Zum Anwendungsbereich des ZDG .....	2
	A. Zahlungsdienste (Sachlicher Anwendungsbereich des ZDG) .....	2
	B. Im Besonderen: Abgrenzung von Zahlungsinstituten und sonstigen Zahlungsdienstleistern .....	3
	C. Örtlicher Geltungsbereich des ZDG .....	4
	D. Systematik des ZDG .....	4
	E. Zahlungsauslösedienste und ZDG .....	5
III.	Zahlungsauslösedienste, neue Geschäftsmodelle und Bewilligungspflicht nach ZDG .....	6
	A. Allgemeines .....	6
	B. E-Rechnung und Zahlungsdiensteaufsichtsrecht .....	6
IV.	Beurteilung nach ZDG .....	6
	A. Der Zahlungsauslösedienst .....	6
	B. Technische Infrastrukturdienstleister gem Art 3 Abs 1 Bst f ZDG .....	7
V.	Umlegung auf gegenständliches Geschäftsmodell .....	9
VI.	Zusammenfassung .....	10

<sup>1</sup> Stand des Manuskripts: 16. 8. 2018. Nachfolgende Änderungen konnten nicht berücksichtigt werden.

## I. Allgemeines

Der EU-Gesetzgeber sah sich 2011/2012<sup>2</sup> zur Überarbeitung der ersten Zahlungsdiensterichtlinie PSD 1 (RL 2007/64/EG) veranlasst. Seit Inkrafttreten der PSD 1 entwickelte sich der europäische Zahlungsverkehrsmarkt in technischer Hinsicht erheblich weiter: Zum einen drängten neue Zahlungsdienste mit innovativen Lösungen auf den Markt. Zum anderen erhöhte sich durch zahlreiche technische Neuerungen auch die Sicherheitsrisiken bei elektronischen Zahlungen.

Diese Entwicklungen machten eine Überarbeitung des bisherigen Aufsichtsregimes für Zahlungsdienstleister notwendig. Die Bestrebungen des EU-Gesetzgebers mündeten in der Erlassung der zweiten ZahlungsdiensteRL 2015/2366/EU (»2. Payment Services Directive« – PSD 2<sup>3</sup>), durch welche die PSD 1 mit 13. Januar 2018 aufgehoben wurde.<sup>4</sup>

Die PSD 2 wird nach aktuellem Stand<sup>5</sup> durch das (total zu revidierende) Zahlungsdienstegesetz (ZDG) sowie durch Novellen zum BankG, EGG, FMAG und PostG in nationales Recht umgesetzt.<sup>6</sup>

## II. Zum Anwendungsbereich des ZDG

### A. Zahlungsdienste (Sachlicher Anwendungsbereich des ZDG)

Das ZDG reguliert die gewerbsmässige Erbringung von Zahlungsdiensten durch Zahlungsinstitute in Liechtenstein.

Art 2 Abs 1 ZDG zählt die Zahlungsdienste auf, die schon bisher zum Teil durch das ZDG 2009 reguliert wa-

ren. Sie können aufgrund einer Bewilligung durch die FMA in Liechtenstein ausgeübt werden (Art 2 Abs 1 Bst a bis c und e bis h ZDG). Er nennt zudem jene Dienstleistungen, die bislang nicht reglementiert waren, aber nunmehr als bewilligungs- bzw registrierungspflichtige Zahlungsdienste eingestuft wurden (konkret sind das der Zahlungsauslöse- und der Kontoinformationsdienst).

Für den Kontoinformationsdienst (Art 2 Abs 1 Bst d ZDG) wird lediglich eine Registrierungspflicht statuiert. Weiterführende Legaldefinitionen finden sich in Art 4 Abs 1 ZDG; die dort enthaltenen, zahlreichen Definitionen stimmen grosso modo mit jenen des ZDG 2009 überein und sind bei der Auslegung von Rechtsfragen zum ZDG neu »begleitend« hinzu zu lesen.

Details zum Registrierungs- und Bewilligungsverfahren für Zahlungsinstitute, die Zahlungsdienste gewerbsmässig erbringen, finden sich in den Art 7 ff ZDG.

Der Begriff Zahlungsdienst,<sup>7</sup> wie er dem ZDG und der PSD 2 zugrunde liegt, ist technologieneutral auszulegen. Dadurch sollen auch neue Arten von Zahlungsdiensten noch Jahre nach Inkrafttreten des ZDG interpretativ erfasst werden können. Art 2 Abs 1 ZDG umfasst hauptsächlich solche Zahlungsdienste, die elektronisch erbracht werden (ErwG 21 PSD 2).

Die in Art 2 Abs 1 Bst a bis c und f bis h ZDG aufgezählten Zahlungsdienste waren schon bisher vom ZDG 2009 reguliert worden und werden nunmehr in das neue Gesetz übernommen (vgl Art 3 Ziff 20 Bst a bis e ZDG 2009: »Auszahlungsgeschäft«; »Einzahlungsgeschäft«; »Finanztransfergeschäft«; »Zahlungsgeschäft«; »Zahlungsgeschäft mit Kreditgewährung«; »Zahlungsinstrumentengeschäft«).

Die seit Verabschiedung der PSD 1 entstandenen neue Zahlungsdienste wie Zahlungsauslösedienste und Kontoinformationsdienste werden in das ZDG aufgenommen. In Art 2 Abs 1 ZDG werden daher der »Zahlungsauslösedienst« und der »Kontoinformationsdienst« als bewilligungs- bzw registrierungspflichtige Zahlungsdienste neu erfasst (Art 2 Abs 1 Bst d und e ZDG).

Zahlungsauslösedienste nach Art 2 Abs 1 Bst e ZDG (siehe auch die korrespondierenden Legaldefinitionen in Art 4 Abs 1 Ziff 39 und 40 ZDG) unterlagen bisher nicht der PSD 1 – eine harmonisierte Rechtsaufsicht in den EWR-Mitgliedstaaten existierte daher nicht. Das führte zum Aufkommen einer Reihe von Zweifelsfragen in Bezug auf den Konsumentenschutz, die Sicherheit der Tätigkeit, die Haftung, den Wettbewerb und den Datenschutz. Die Ausdehnung der Bewilligungspflicht auf Zahlungsauslösedienste führt diese Aspekte im Interesse

2 Basierend auf dem Grünbuch der Kommission vom 11.1.2012, »Ein integrierter europäischer Markt für Karten-, Internet- und mobile Zahlungen«.

3 Richtlinie (EU) 2015/2366 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG, ABl (EU) 2015 L 337, 35 (»PSD 2«; noch nicht in das EWR-Abkommen übernommen).

4 Vgl Art 114 PSD 2. Die Aufhebung bezieht sich formal derzeit nur auf das Gebiet der »EU 28«. Die PSD 2 wurde noch nicht in das EWR-Abkommen übernommen (siehe FN 3). Die EU-Mitgliedstaaten hatten bis zum 13.1.2018 jene Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen, die erforderlich sind, um die PSD 2 in nationales Recht umzusetzen. Diese Vorschriften sind seit dem 13.1.2018 anzuwenden. Für die EWR-Mitgliedstaaten besteht derzeit noch keine Umsetzungspflicht. Dennoch hat sich Liechtenstein dazu entschlossen, die PSD 2 »vorab« in nationales Recht zu transformieren – offen ist derzeit, ob die PSD 2 nur »vorübergehend« zum Bestandteil des nationalen Rechts erklärt wird (vgl dazu StGH 2015/81).

5 Stand der berücksichtigten Rechtslage: 16. August 2018.

6 Das Manuskript basiert auf dem Vernehmlassungsbericht betreffend den Erlass eines Gesetzes über die Zahlungsdienste (Zahlungsdienstegesetz; ZDG) sowie die Abänderung weiterer Gesetze, LNR Nr 2017/865 vom 4.9.2017. Der nachfolgende BuA wurde bislang nicht veröffentlicht.

7 »Zahlungsdienst« bezeichnet gem Art 4 Abs 1 Ziff 41 ZDG eine der in Art 2 Abs 1 angeführten Tätigkeiten, zB den Zahlungsauslösedienst.

des Konsumentenschutzes und der Rechtssicherheit einer entsprechenden Klärung zu (vgl ErwG 29 PSD 2).

Sollen Zahlungsdienste in Liechtenstein gewerbmässig erbracht werden, hat das jeweilige Zahlungsinstitut – soweit keine Ausnahmebestimmung gem Art 3 Abs 1 ZDG anwendbar ist – eine Bewilligung durch die zuständige Behörde, die FMA, einzuholen (Art 7 ff ZDG); ausgenommen hiervon ist der Kontoinformationsdienst, für den nur eine Registrierungspflicht vorgeschrieben wurde (Art 11 ZDG).<sup>8</sup>

Zur Auslegung des Gewerbmässigkeitsbegriffs ist auf verwandte Regelungen im BankG (Art 3 Abs 1) und in anderen Gesetzen zurückzugreifen. Argumentum e contrario bedarf die nicht-kommerzielle Erbringung von Zahlungsdiensten, etwa durch Vereine für ihre Mitglieder, daher weder einer Bewilligung bzw Registrierung, noch sind die sonstigen Bestimmungen des ZDG anwendbar. Nur dann, wenn ein Unternehmen durch das Anbieten und die Erbringung eines Zahlungsdienstes die Absicht verfolgt, wirtschaftliche Vorteile (Erträge) zu erzielen, unterliegt diese Dienstleistung der Bewilligungs- oder Registrierungspflicht. Beispielsweise wäre die Barentgegennahme von Mitgliedsbeiträgen durch einen Verein samt anschliessender Überweisung auf ein Zahlungskonto mit dem Zweck der Begleichung von Ausgaben durch den Verein mangels Ertragszielungsabsicht nicht bewilligungspflichtig (so ausdrücklich Art 3 Abs 1 Bst d ZDG).

Von der Gruppe der Personen, die nicht gewerbmässig Zahlungsdienste erbringen, ist die Tätigkeit jener Unternehmen zu unterscheiden, die zwar gewerbmässig – nicht notwendigerweise aber als Haupttätigkeit – Zahlungsdienste erbringen oder dazu beitragen, deren Tätigkeit jedoch unter einen der Ausnahmetatbestände nach Art 3 Abs 1 ZDG fällt und daher bewilligungsfrei gestellt ist (zB Dienstleister, die ihre Tätigkeit im Rahmen eines »begrenzten Netzes« erbringen [Bst g] oder die bereits angesprochenen »technischen Infrastrukturdienstleister« [Bst f]).

## B. Im Besonderen: Abgrenzung von Zahlungsinstituten und sonstigen Zahlungsdienstleistern

Ein Unternehmen, das zumindest einen der in Art 2 Abs 1 ZDG aufgezählten Dienste gewerbmässig er-

bringt, gilt als Zahlungsinstitut und hat dafür (mit Ausnahme des Kontoinformationsdienstes nach Art 2 Abs 1 Bst d iVm Art 4 Abs 1 Ziff 25 ZDG) eine Bewilligung der FMA einzuholen. Dies gilt, sofern es nicht bereits nach anderen Gesetzen zur Erbringung von Zahlungsdiensten berechtigt ist (wie etwa Banken nach Art 3 Abs 1 BankG oder E-Geld-Institute nach Art 5 Abs 2 Bst a EGG).

Eine wesentliche Neuerung des ZDG ist die Streichung des Tatbestandes »digitalisiertes Zahlungsgeschäft«.<sup>9</sup> Auch wenn dieses Geschäft nicht mehr ausdrücklich vom Katalog des Art 2 Abs 1 ZDG umfasst ist, sind bestehende Geschäftsmodelle dahingehend zu überprüfen, ob sie nicht unter andere bewilligungspflichtige Zahlungsdienste wie etwa das Zahlungsgeschäft gem Art 2 Abs 1 Bst f ZDG fallen.

Art 2 Abs 2 ZDG nennt neben Zahlungsinstituten auch (taxativ) andere Unternehmen bzw Institutionen, die als »Zahlungsdienstleister« definiert werden. Dabei handelt es sich um Unternehmen/Institutionen, die ermächtigt sind, aufgrund einer sonstigen Berechtigung Zahlungsdienste nach Art 2 Abs 1 ZDG auszuüben. Zahlungsdienstleister sind beispielsweise Banken, E-Geld-Institute, privatwirtschaftlich tätige Gebietskörperschaften bzw öffentliche Stellen, registrierte Kontoinformationsdienstleister und Zahlungsinstitute.

Allerdings unterliegt nur eine Gruppe der Zahlungsdienstleister, die in Liechtenstein Zahlungsdienste ausüben möchte, der Bewilligungspflicht nach Art 7 ZDG und hat daher vor Aufnahme der Tätigkeit eine Bewilligung bzw Registrierung der FMA zu erwirken. Das sind die sog »Zahlungsinstitute« nach Art 2 Abs 2 Bst l bzw Art 4 Abs 1 Ziff 47 ZDG. Diese Unternehmen haben die Teile II (Aufsichtsrecht) sowie III und IV des Gesetzes (Zivilrecht einschliesslich Schlussbestimmungen) einzuhalten (Art 7 Abs 9 ZDG).

Zahlungsinstitute sind juristische Personen, die aufgrund einer Bewilligung (nach Art 7 ZDG) oder aufgrund einer Registrierung (nach Art 11 ZDG) zur gewerbmässigen Erbringung und Ausführung von Zahlungsdiensten in Liechtenstein berechtigt sind. Zu dieser Gruppe

<sup>8</sup> Von der Bewilligungspflicht sind zudem sonstige Zahlungsdienstleister gem Art 2 Abs 2 ZDG, die keine Zahlungsinstitute sind, wie etwa Banken oder E-Geld-Institute, ausgenommen (Art 7 Abs 9 ZDG). Ob und inwieweit letztere Institute Zahlungsdienste in Liechtenstein erbringen können, ist nicht im aufsichtsrechtlichen Teil des ZDG, sondern in anderen Spezialgesetzen wie dem BankG oder dem EGG geregelt. Auf diese Dienstleister sind nur die zivilrechtlichen Vorschriften des ZDG (Art 48 ff) anwendbar. Dazu noch unten II.B.

<sup>9</sup> Das digitale Zahlungsgeschäft erfasst Zahlungsvorgänge, bei denen der Zahler den Zahlungsvorgang über ein Telekommunikations-, Digital- oder IT-Gerät (zB ein Smartphone oder ein Laptop) auslöst und die Zahlung zunächst an den Betreiber eines Telekommunikations- oder IT-Systems oder IT-Netzes (zB ein Mobilfunkbetreiber) erfolgt. Der Tatbestand des digitalen Zahlungsgeschäfts ist praktisch relevant für die Bezahlung von Dienstleistungen oder Waren (zB Fahrkarte des öffentlichen Nahverkehrs) über die Telefonabrechnung an den Mobilfunknetzbetreiber, dem Adressaten der Regelung. Das digitale Zahlungsgeschäft liegt jedoch nur vor, soweit zB ein Mobilfunkbetreiber ausschliesslich als zwischengeschaltete Stelle (Abrechnungsstelle) zwischen dem Zahlungsdienstnutzer (Zahler) und dem Lieferanten der Waren oder Dienstleistungen (Zahlungsempfänger) tätig ist.

gehören auch Zahlungsauslösdienstleister gem Art 2 Abs 1 Bst e iVm Art 4 Abs 1 Ziff 40 ZDG.

Für die sonstigen Zahlungsdienstleister nach Art 2 Abs 2 ZDG gelten hingegen, abgesehen von den allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes (Art. 1 bis 6), nur Teil III und IV des Gesetzes (Art 7 Abs 9 ZDG). Aufsichtsrechtlich unterliegen sonstige Zahlungsdienstleister (etwa Banken und E-Geld-Institute) anderen Gesetzen wie dem BankG oder dem EGG. Dem entspricht die Systematik der PSD 2 (vgl dort Art 38 ff.).

Natürlichen Personen ist aufgrund der Vorgaben der PSD 2 (vgl Art 4 Ziff 4; Art 11 Abs 1; ErwG 26) und des ZDG die Erbringung von Zahlungsdiensten nach Art 2 Abs 1 Bst a bis c und e bis h ZDG verwehrt. Allerdings haben natürliche Personen die Möglichkeit, sich als Kontoinformationsdienstleister (Art 4 Abs 1 Ziff 26 ZDG) im Zahlungsdiensteregister nach Art 15 ZDG registrieren zu lassen, sofern sie keine anderen Haupttätigkeiten erbringen. Kontoinformationsdienste dürfen daher von juristischen und natürlichen Personen angeboten werden.

Handeln die in Art 2 Abs 2 ZDG genannten öffentlichen Rechtsträger (zB Zentralbanken) in ihrer Eigenschaft als Währungsbehörde, stellen sie keine Zahlungsdienstleister im Sinne dieses Gesetzes dar.

An dieser Stelle wird angemerkt, dass im Zuge der Totalrevision des ZDG Zahlungsdienstleistungen nach Art 2 Abs 1 ZDG – im Gleichklang mit der Rechtslage in den Nachbarstaaten Liechtensteins – auch als »Bankgeschäfte« typisiert werden sollen (beachte die anstehende Novelle zu Art 3 Abs 3 BankG). Allerdings ist nach jetzigem Stand nicht geplant, Banken oder andere Finanzintermediäre ex lege zur Erbringung von Zahlungsdiensten zu berechtigen (anders, als dies etwa gem § 1 Abs 3 österr BWG für österreichische Kreditinstitute der Fall ist). Dh, dass liechtensteinische Banken, die Zahlungsdienste erbringen wollen, dies gesondert bei der FMA zu beantragen haben und eine entsprechende »erweiterte Bewilligung« erwirken müssen.

### C. Örtlicher Geltungsbereich des ZDG

Das Gesetz sieht in Umsetzung der PSD 2 explizite Einschränkungen seines örtlichen Geltungsbereichs vor, was insbesondere hinsichtlich Zahlungsvorgängen von Bedeutung sind, an denen ein Drittstaat »beteiligt« ist (zB, wenn der Zahlungsempfänger oder ein technischer Dienstleister in der Schweiz residiert).

Das ZDG ist jedenfalls anzuwenden, wenn ein Zahlungsinstitut seine Tätigkeit in Liechtenstein erbringt oder Drittstaatsdienstleister nationale Institute bei der Erbringung von Zahlungsdiensten unterstützen.

Die Art 49 und 88 ZDG sehen darüber hinaus vor, dass das ZDG – vor allem sein zivilrechtlicher (dritter) Teil

(Art 49 ff) – dann anzuwenden ist, wenn entweder ein Zahlungsdienstleister seinen Sitz in Liechtenstein hat oder wenn ein Teil eines Zahlungsvorganges in Liechtenstein abgewickelt wird (zB ein Währungsumtausch). Daher werden insb auch sog »one leg-out«-Transaktionen, die von Liechtenstein ausgehend in einem Drittstaat abgewickelt werden, vom ZDG erfasst.

### D. Systematik des ZDG

Zum besseren Verständnis der nachfolgenden Ausführungen ist kurz auf den systematischen Aufbau des ZDG-Sammelgesetzes einzugehen. Das ZDG (als Art 1 des entsprechenden Sammelgesetzes, durch das die PSD 2 in nationales Recht transformiert werden soll), enthält in Einklang mit der PSD 2 vier Teile:

- ▷ Der erste (allgemeine) Teil des Gesetzes enthält die üblichen Zielbestimmungen und Hinweise auf die umgesetzten Rechtsakte des EU-Rechts.
- ▷ In Teil II, dem »aufsichtsrechtlichen Teil« des ZDG (hier folgt das Gesetz der Systematik des bestehenden ZDG 2009), werden die Rahmenbedingungen präzisiert, unter denen Zahlungsinstitute in Liechtenstein Zahlungsdienste erbringen können. In diesem Teil werden zentrale Fragen wie die Bewilligungs- und Registrierungspflicht, Aspekte der erforderlichen Eigenmittelausstattung der Institute, Aufgaben und Kompetenzen der FMA im Bereich der Beaufsichtigung von Zahlungsinstituten und die Führung des Zahlungsdiensteregisters geklärt. Hervorzuheben ist, dass dieser Teil nur für Zahlungsinstitute im engeren Sinn, nicht aber für sonstige Zahlungsinstitute wie Banken oder E-Geld-Institute gilt, die ebenfalls berechtigt sind, Zahlungsdienste zu erbringen.

Der Begriff »Zahlungsinstitut« im Sinn des Art 2 Abs 2 Bst l iVm Art 4 Abs 1 Ziff 47 ZDG ist im Vergleich zum Begriff »sonstiger Zahlungsdienstleister« nach Art 2 Abs 2 enger. Er umfasst lediglich solche Unternehmen, die von der FMA, gestützt auf das ZDG, bewilligt wurden, bestimmte Zahlungsdienste nach Art 2 Abs 1 ZDG als deren Hauptdienstleistung zu erbringen (zB den Zahlungsauslösedienst). Sie dürfen, anders als Banken, keine Einlagen entgegennehmen und, anders als E-Geld-Institute, kein E-Geld ausgeben (ErwG 26 PSD 2).

Der Begriff »Zahlungsdienstleister« (Art 2 Abs 2), der technologieneutral gefasst wurde (ErwG. 22 PSD 2), umfasst demgegenüber sowohl Zahlungsinstitute als auch andere Finanzintermediäre wie etwa Banken oder E-Geld-Institute, die ebenfalls berechtigt sind, Zahlungsdienste zu betreiben. Die Anforderungen für die Beaufsichtigung von anderen Zahlungs-

dienstleistern als Zahlungsinstitute und die öffentlich-rechtlichen Bedingungen für die Ausübung von Bank- und E-Geldgeschäften sind im BankG und im EGG, nicht aber im ZDG geregelt (siehe auch ErWG 23 und 24 PSD 2).

- ▷ Im Anschluss folgt Teil III des Gesetzes (Zivilrecht). Er regelt wesentliche Informations- und Verhaltenspflichten von Zahlungsdienstleistern. Dieser Teil gilt für alle Zahlungsdienstleister (daher nicht nur Zahlungsinstitute), die berechtigt sind, in Liechtenstein Zahlungsdienste zu erbringen (einschliesslich EWR-Dienstleistern).<sup>10</sup> In diesem Teil werden etwa verbindliche Vorgaben für die Vertragsgestaltung, für die Ausführung von Zahlungsvorgängen und das Risikomanagement von Zahlungsdienstleistern festgeschrieben. Davon getrennt enthält Teil III umfassende Haftungsbestimmungen, die determinieren, unter welchen Voraussetzungen die an einem Zahlungsvorgang beteiligten Zahlungsdienstleister für Fehler im Zusammenhang mit Zahlungsvorgängen einzustehen haben.
- ▷ Der finale Teil IV (»Schlussbestimmungen«) enthält in Durchführung von Art 103 Abs 1 PSD 2 umfassende Sanktionstatbestände und die üblichen Übergangsbestimmungen.

Die Gesetzesvorlage zur Umsetzung der PSD 2 in Liechtenstein (die ua zu einer Totalrevision des ZDG führt) ist als »Sammelgesetz«<sup>11</sup> konzipiert. Im Anschluss an das ZDG finden sich zudem die erforderlichen Begleitmassnahmen zur Aktualisierung des BankG. Kerngedanke der vorgeschlagenen Änderung der Novelle zum BankG ist es, im Einklang mit den Vorgaben der Richtlinie 2013/36/EU (CRD IV) und der PSD 2 sowie der Rechtslage in den Nachbarstaaten Deutschland und Österreich, auch anderen nationalen Zahlungsdienstleistern – konkret Banken – einen möglichst umfassenden europaweiten Marktzugang im Bereich Zahlungsdienste zu ermöglichen (siehe ferner § 1 Abs 3 österr BWG; §§ 10 und 11 deutsches ZAG). Dadurch soll die Effektivität des nationalen Finanzplatzes und die grenzüberschreitende Wettbewerbsgleichheit gewährleistet werden.

Zudem wurden entsprechend den Vorgaben der PSD 2 auch Begleit Anpassungen im EGG vorgenommen. Damit sind jedoch keine inhaltlichen Änderungen verknüpft. Es wurden lediglich erforderliche Verweisanpassungen eingefügt.

Das FMAG wurde vor allem im Hinblick auf die mit der PSD 2 neu eingeführten Kontoinformationsdienstleister geändert.

### E. Zahlungsauslösedienste und ZDG

Zahlungsauslösedienstleister gem Art 4 Abs 1 Ziff 40 ZDG knüpfen mit ihren Diensten am Internet-Banking von bestehenden Zahlungsdienstleistern an. Sie übermitteln Daten zwischen Kunden, Zahlungsdienstleistern und Händlern, ohne selbst in den Besitz von Kundengeldern zu gelangen.

Beim Zahlungsauslösedienst beauftragt der Kunde den Dienstleister, extern für ihn bei seinem kontoführenden Zahlungsdienstleister eine Überweisung auszulösen, beispielsweise, wenn er im Online-Shop eines Händlers einkauft. In der Gewissheit, dass die Zahlung ausgelöst wurde, ist der Händler eher bereit, seine Ware unverzüglich freizugeben bzw seine Dienstleistung zu erbringen.

Bislang waren Zahlungsauslösedienstleister im aufsichtsrechtlichen »Graubereich« tätig. Mit der PSD 2 – sowie darauf aufbauend: dem ZDG – werden Zahlungsauslösedienstleister nun explizit als Zahlungsdienstleister erfasst und reguliert:

- ▷ Zahlungsauslösedienstleister benötigen eine Bewilligung der FMA nach Art 7 ZDG;
- ▷ Die Dienstleister haben statt der Verpflichtung, Eigenmittel in bestimmter Höhe zu halten, eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschliessen oder eine »gleichwertige Garantie« vorzuweisen (Art 8 Abs 2 Bst u ZDG).
- ▷ Zahlungsauslösedienstleister erhalten über die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit (den sog »EU-Pass«) einen EWR-weiten Zugang zum europäischen Zahlungsverkehrsmarkt (vgl Art 27 ZDG).
- ▷ Zahlungsauslösedienstleister haben mit Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers das Recht auf Zugriff zum Zahlungskonto des Kunden (Art 72 ZDG). Allerdings sind sowohl der Zugriff auf als auch die Verwendung der dadurch erlangten Informationen durch Datenschutz- und Sicherheitsvorschriften beschränkt.

Näheres zu Zahlungsauslösedienstleistern noch unten im Text.

<sup>10</sup> Daher unterliegt die Überprüfung der Einhaltung der zivilrechtlichen Bestimmungen des Teils III des ZDG durch EWR-Dienstleister in Liechtenstein den nationalen Gerichten, nicht aber den Gerichten des Herkunftsstaates.

<sup>11</sup> Zur (prinzipiellen) verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit solcher »Sammelgesetze« vgl etwa österr VfGH 17.173/2004; dessen Auffassung kann auf die liechtensteinische Verfassungsrechtslage übertragen werden.

### III. Zahlungsauslösedienste, neue Geschäftsmodelle und Bewilligungspflicht nach ZDG

#### A. Allgemeines

Mehrere in Drittstaaten ansässige Unternehmen (zB der Schweiz, Vanuatu etc) planen, mit ihren innovativen Dienstleistungen im Bereich Zahlungsdienste in Liechtenstein Fuss zu fassen. Exemplarisch soll folgendes Geschäftsmodell herausgegriffen und näher beleuchtet werden:<sup>12</sup>

#### B. E-Rechnung und Zahlungsdiensteaufsichtsrecht

Ein liechtensteinisches Zahlungsinstitut und ein Schweizer Unternehmen beabsichtigen, gemeinsam ein neues Geschäftsmodell für liechtensteinische Zahlungsdienstnutzer zu implementieren. Über das Webportal eines Schweizer Unternehmens soll es Kunden des liechtensteinischen Zahlungsinstituts ermöglicht werden, elektronische Rechnungen über das Webportal des Zahlungsinstituts zu empfangen, zu selektieren, zu bezahlen oder abzulehnen.

Kunden des Zahlungsinstituts, die die Applikation nutzen wollen, haben sich vorab via Webportal des Zahlungsinstituts für die Applikation anzumelden (Registrierung bzw Freischaltung).

Wollen Nutzer elektronische Rechnungen bezahlen oder ablehnen, erfolgt die weitere technische Abwicklung der Rechnungsadministration über das Webportal des Schweizer Unternehmens. Dabei wird das Webportal des Zahlungsinstituts verlassen. Die Datenübermittlung bzw Weiterleitung zwischen den jeweiligen Webportalen erfolgt über verschlüsselte Kanäle.

Kunden des Zahlungsinstituts haben mit dem Schweizer Unternehmen, unabhängig vom Vertragsverhältnis zwischen Zahlungsinstitut und Kunden, einen separaten Vertrag abzuschliessen, um zB die Datenverarbeitung und -übermittlung nach DSGVO zu legitimieren.

Die Analyse des fingierten Geschäftsmodells erfolgt ausschliesslich nach Massgabe der PSD 2 und des (geplanten) ZDG neu. Sonstige finanzmarktrechtliche oder datenschutzrechtliche Aspekte sind nicht Gegenstand der nachfolgenden Analyse.

12 Angaben entnommen der Webseite <https://www.llb.li/de/private/ebanking/support/releases/2018/e-bill> (abgerufen am 16. August 2018). Details über die technische Funktionalität dieser Dienstleistung sind noch nicht öffentlich bekannt; für die Zwecke der weiteren Untersuchung hat sich der Verfasser am bestehenden Schweizer Geschäftsmodell »E-Rechnung« ([www.e-rechnung.ch](http://www.e-rechnung.ch)) orientiert (abgerufen am 16. August 2018). Details dieser Applikation wurden der weiteren Untersuchung zugrunde gelegt.

### IV. Beurteilung nach ZDG

Im Anschluss ist zu untersuchen, ob der zuvor geschilderte Sachverhalt als Zahlungsauslösedienst nach Art 2 Abs 1 Bst e iVm Art 4 Abs 1 Ziff 39 ZDG<sup>13</sup> oder als technische Infrastrukturdienstleistung nach Art 3 Abs 1 Bst f ZDG zu qualifizieren ist.

Für die Beurteilung wurde begleitend das Merkblatt der dt BaFin zum dt ZAG herangezogen,<sup>14</sup> geht dieses derzeit als einziges aufsichtsbehördliches Rundschreiben der DACH-Aufsichtsbehörden auf die Rechtslage nach PSD 2 ein.<sup>15</sup> Angaben im zitierten Leitfaden wurden weitgehend übernommen und an die liechtensteinische Rechtslage angepasst.

#### A. Der Zahlungsauslösedienst

Der Zahlungsauslösedienst stellt nach PSD 2 und ZDG einen bewilligungspflichtigen Zahlungsdienst dar. Nach der (geplanten) Legaldefinition gem Art 4 Abs 1 Ziff 39 ZDG ist der Zahlungsauslösedienst ein Dienst, bei dem auf Veranlassung des Zahlungsdienstnutzers<sup>16</sup> extern ein Zahlungsauftrag<sup>17</sup> in Bezug auf ein bei einem anderen Zahlungsdienstleister<sup>18</sup> geführtes Zahlungskonto<sup>19</sup> ausgelöst wird, zB über das Buchungsportal eines Verkehrsunternehmens oder über die Verkaufsplattform eines Online-Händlers.

Art 2 Abs 1 Bst e iVm Art 4 Abs 1 Ziff 39 ZDG setzen Art 4 Nr 3 iVm Anhang I Nr 7 PSD 2 um. Der neue Tatbestand wird in Art 4 Nr 15 PSD 2 definiert. Danach handelt es sich bei Zahlungsauslösediensten um Dienste, die einen Zahlungsauftrag mit dem Ziel der Übermittlung von Geld von einem Zahlungskonto auf ein anderes Zahlungskonto auslösen. Zahlungsauslösedienste (wie

13 ZDG-Zitate beziehen sich jeweils auf das ZDG in der Fassung des unter FN 6 verwiesenen Vernehmlassungsberichts.

14 »Hinweise zum Anwendungsbereich des Gesetzes über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten (Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz – ZAG)«, idF vom 29.11.2017; abrufbar unter <[https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb\\_111222\\_zag.html?nn=9450978#fn42](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_111222_zag.html?nn=9450978#fn42)>.

15 Zudem ist zu ergänzen, dass die dt Rechtslage insoweit der geplanten liechtensteinischen Rechtslage nach ZDG neu gleicht; das dt Merkblatt zum ZAG kann daher zur Analyse des gegenständlichen Sachverhalts herangezogen werden.

16 »Zahlungsdienstnutzer« ist gem Art 4 Abs 1 Ziff 43 ZDG eine natürliche oder juristische Person, die einen Zahlungsdienst als Zahler und/oder Zahlungsempfänger in Anspruch nimmt.

17 »Zahlungsauftrag« ist gem Art 4 Abs 1 Ziff Art 38 ZDG ein Auftrag, den ein Zahler oder Zahlungsempfänger seinem Zahlungsdienstleister zur Ausführung eines Zahlungsvorgangs erteilt.

18 Dabei handelt es sich um Rechtsträger gem Art 2 Abs 2 ZDG (Banken, E-Geld-Institute, Zahlungsinstitute etc).

19 »Zahlungskonto« ist gem Art 4 Abs 1 Ziff 51 ZDG ein auf den Namen eines oder mehrerer Zahlungsdienstnutzer(s) lautendes Konto, das für die Ausführung von Zahlungsvorgängen genutzt wird.

etwa »sofortüberweisung.de«) beruhen darauf, dass sie Zugang zu den Konten des Zahlers haben.

Erbringt ein Zahlungsauslösedienstleister (Art 4 Abs 1 Ziff 40 ZDG) ausschliesslich Zahlungsauslösedienste, so ist er zu keinem Zeitpunkt der Zahlungskette im Besitz der Gelder des Zahlungsdienstnutzers (Art 72 Abs 2 Bst a ZDG).

Der Zahlungsauslösedienstleister führt den Zahlungsvorgang nicht selbst aus, sondern »stösst« ihn extern mit verbindlicher Wirkung für einen kontoführenden Zahlungsdienstleister<sup>20</sup> an. Er steht insofern zwischen der Autorisierung des Zahlungsvorgangs durch den Zahlungsdienstnutzer und der Ausführung durch den zahlungskontoführenden Zahlungsdienstleister.<sup>21</sup>

Der Zahlungsauslösedienstleister erbringt seine Dienste in der Regel gegenüber dem Zahlungsdienstnutzer. Ein Vertragsverhältnis zwischen dem kontoführenden Zahlungsdienstleister und dem Zahlungsauslösedienstleister zum Zwecke der Erbringung des Zahlungsauslösedienstes ist nicht erforderlich, aber auch nicht ausgeschlossen.<sup>22</sup>

Ziel der zuvor angesprochenen Vorschriften des ZDG ist es, im Kern das Risiko unautorisierter Zahlungsvorgänge zu minimieren. Der kontoführende Zahlungsdienstleister darf die Nutzung eines Zahlungsauslösedienstes nicht davon abhängig machen, dass ein Zahlungsauslösedienstleister zu diesem Zweck einen Vertrag mit ihm abschliesst (Art 72 Abs 4 ZDG).

Kernaufgabe eines Zahlungsauslösedienstleisters gem Art 4 Abs 1 Ziff 40 ZDG ist die Übermittlung von Zahlungsaufträgen iSd Art 4 Abs 1 Ziff 38 ZDG an kontoführende Zahlungsdienstleister. Die Übermittlung von Autorisierungsanfragen<sup>23</sup> wäre für sich nicht tatbestandsgemäss. Auch die Information des Zahlers und ggfalls des Zahlungsempfängers über Zahlungsdaten ist nicht Tatbestandsvoraussetzung, sondern lediglich Teil seiner bei Erfüllung des Tatbestandes sich aus dem Vertrag mit dem Kunden ergebenden Verpflichtungen.

## B. Technische Infrastrukturdienstleister gem Art 3 Abs 1 Bst f ZDG

Abzugrenzen sind Zahlungsauslösedienste von technischen Infrastrukturdienstleistern im Sinne von Art 3 Abs 1 Bst f ZDG.

Diese Dienstleister erbringen sog »technische Infrastrukturdienste« im Sinne des Art 3 Abs 1 Bst f ZDG für Zahlungsdienstleister, betreiben aber selbst keine Zahlungsdienste gem Art 2 Abs 1 ZDG. Technische Infrastrukturdienstleister tragen zwar zur Erbringung von Zahlungsdiensten gem Art 2 Abs 1 ZDG bei, kommen jedoch zu keiner Zeit in den Besitz zu übertragender Gelder (Art 72 Abs 2 Bst a ZDG) und haben auch zu keinem Zeitpunkt Zugriff auf ein Kundenkonto.

Technische Infrastrukturdienste sind ausweislich der demonstrativen Aufzählung in Art 3 Abs 1 Bst f ZDG die Verarbeitung und Speicherung von (Zahlungs)Daten, vertrauensbildende Massnahmen und Dienste zum Schutz der Privatsphäre, Nachrichten- und Instanzenauthentisierung, Bereitstellung von Informationstechnologie- und Kommunikationsnetzen sowie Bereitstellung und Wartung der für Zahlungsdienste genutzten Endgeräte und Einrichtungen<sup>24</sup> oder die Herausgabe von Kredit- und Debitkarten.<sup>25</sup> Darüber hinaus kann auch die blosse Weiterleitung von Transaktionsdaten für sich genommen noch als eine technische Dienstleistung qualifiziert werden, solange die Schwelle zum Erbringen von Zahlungsauslöse- bzw Kontoinformationsdiensten nicht überschritten wird. Diese ist überschritten, wenn beispielsweise der Dienstleister mit Hilfe der personalisierten Sicherheitsmerkmale des Zahlungsdienstnutzers auf das Zahlungskonto zugreifen kann.

Hervorzuheben ist, dass sowohl PSD 2 als auch das ZDG (Art 3 Abs 1 Bst f) Zahlungsauslösedienste explizit von den technischen Infrastrukturdiensten ausklammern. Ein Dienstleister kann daher nicht parallel Zahlungsauslösedienste und technische Infrastrukturdienste betreiben.

Art 3 Abs 1 Bst f ZDG setzt Art 3 Bst j PSD 2 um. Technische Dienstleister gelangen – wie Zahlungsauslösedienste und Kontoinformationsdienste – zu keiner Zeit in den Besitz<sup>26</sup> zu übermittelnder Gelder. Dabei ist nicht

20 »Kontoführender Zahlungsdienstleister« ist gem Art 4 Abs 1 Ziff 24 ZDG ein Zahlungsdienstleister, der für einen Zahler ein Zahlungskonto bereitstellt und führt. Der Begriff »Zahler« ist in der PSD 2 und im ZDG nicht legal definiert. Der Zahler gehört zu der Gruppe der Zahlungsdienstnutzer gem Art 4 Abs 1 Ziff 43 ZDG. Nach Duden Online ist ein Zahler eine Person, die in einer bestimmten Weise Rechnungen begleicht.

21 Siehe in diesem Zusammenhang die Vorgaben des Art 72 Abs 2 und 3 ZDG.

22 Freilich darf nicht übersehen werden, dass der Abschluss eines Vertrages aus datenschutzrechtlicher Perspektive erforderlich sein könnte.

23 Beispielsweise dahingehend, dass ein Zahlungsdienstnutzer seine Zustimmung für eine Zahlung mittels eines bestimmten Zahlungsauffertigungsinstrumentes erteilt. Zahlungsauffertigungsinstrumente sind ua das PIN- und das TAN-Verfahren.

24 ZB der Vertrieb von Prozessoren für Kartenzahlungen.

25 Im Hinblick auf Art 4 Abs 1 Ziff 4 ZDG ist zu präzisieren, dass die Ausgabe von Kreditkarten im Auftrag von anderen Zahlungsdienstleistern zu erfolgen hat, sonst ist Art 3 Abs 1 Bst f ZDG nicht anwendbar. Erbringt der Dienstleister nämlich zusätzlich zur Kartenemission noch Zahlungsdienste für Zahlungsdienstnutzer, zB, indem er offene Zahlungen akquiriert oder mit den Zahlungsinstrumenten Zahlungen ausgelöst werden, die dem Zahlungsdienstleister zugerechnet werden können, liegt ein bewilligungspflichtiger Zahlungsdienst gem Art 2 Abs 1 Bst f oder h ZDG vor.

26 »Besitz« an Geldern kann ein Dienstleister auch dann erlangen, wenn er zwar selbst nicht Inhaber von Zahlungskonten

ausgeschlossen, dass der technische Dienstleister unmittelbar mit dem Zahler/Zahlungsdienstnutzer in direkte vertragliche Beziehungen tritt.<sup>27</sup> Entscheidend ist im Einzelfall, dass der Dienstleister gegenüber dem zahlungsausführenden Zahlungsdienstleister zu keinem Zeitpunkt eines Zahlungsvorganges irgendeine Kontrolle über die zu transferierenden Gelder hat<sup>28</sup> (dies muss aufgrund der Vertragsgestaltung explizit ausgeschlossen werden können).<sup>29</sup>

Art 3 Abs 1 Bst f ZDG erfasst Anbieter, die ausschliesslich technische Infrastrukturdienstleistungen erbringen, welche die Ausführung von Zahlungsdiensten gem Art 2 Abs 1 ZDG unterstützen. Technische Infrastrukturdienstleister müssen drei Voraussetzungen erfüllen, um in den Genuss der Legalausnahme gem Art 3 Abs 1 Bst f ZDG zu gelangen:

**Erste Voraussetzung:** Technische Dienstleister fallen dann unter Art 3 Abs 1 Bst f ZDG, wenn sie den Betrieb eines Zahlungsdienstleisters durch Erbringung einer spezifischen »begleitenden Dienstleistung« unterstützen; sie »begleiten«<sup>30</sup> einen Zahlungsdienstleister bei der Erbringung von Zahlungsdiensten.<sup>31</sup> Dh, die in Art 3

ist, über die Gelder fliessen, aber dem ausführenden Zahlungsdienstleister gegenüber Weisungsbefugnisse ausüben kann und ihm daher bestimmte Handlungen/Transaktionen rechtlich/funktionell zuzurechnen sind.

27 Etwa, um im Hinblick auf Art 6 Abs 1 Bst a DSGVO die Frage der Zulässigkeit der Verarbeitung von personenbezogenen Zahlungsdaten zu legitimieren. Zu präzisieren ist im Hinblick auf die ratio der Ausnahmebestimmung des Art 3 Abs 1 Bst f ZDG, dass sich eine vertragliche Absprache zwischen technischem Dienstleister und Zahler nicht (auch) auf die Erbringung von Zahlungsdiensten gem Art 2 Abs 1 ZDG beziehen darf; sonst wäre die Bewilligungspflicht der erbrachten Dienstleistung zu prüfen. Vgl auch *Haslhofer-Jungwirth* ua in Weilinger (Hrsg), *ZaDiG* § 2 Rz 44 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

28 Da es sich bei Buchgeldbeträgen begrifflich um Forderungen an das kontoführende Institut handelt, ist »Besitz« in diesem Zusammenhang als Verfügungsbefugnis zu verstehen. Das zu übermittelnde Geld darf nicht nur nicht über ein Zahlungskonto laufen, das auf den Namen des technischen Dienstleisters lautet (Eigenkonto); es darf auch nicht über ein Fremdkonto laufen, über das der Dienstleister eine Verfügungsbefugnis hat. Es darf nicht einmal auf einem Konto zwischengeparkt werden, auf das der technische Dienstleister auf der Basis einer (jederzeit widerrufbaren) Kontovollmacht zugreifen kann. Dem technischen Dienstleister darf daher nicht einmal vorübergehend eine Kontovollmacht für ein Zahlungskonto eingeräumt sein, über das zu übertragende Gelder geleitet werden.

29 Nach der ratio legis darf nur der Zahlungsdienstnutzer (bzw der ausführende Zahlungsdienstleister) eine entsprechende Kontrolle über das Zahlungskonto ausüben.

30 Dies muss sich aus der vertraglichen Absprache zwischen Zahlungsdienstleister und Dienstleister (der Auftragsverarbeiter im Sinne der DSGVO ist), ausdrücklich ergeben (Art 28 DSGVO).

31 Gegenüber Zahlungsdienstnutzern darf ein technischer Dienstleister daher nur in subsidiärer Rolle in Erscheinung treten. Der Hauptgeschäftskontakt und der wesentliche Bestandteil des für einen Zahlungsdienstnutzer erbrachten Zahlungsdienstes muss von Zahlungsdienstleister erbracht werden.

Abs 1 Bst f ZDG genannten Dienstleistungen werden regelmässig und hauptsächlich gegenüber einem bewilligten/registrierten Zahlungsdienstleister erbracht, der seinerseits Zahlungsdienste im Sinne des Art 2 Abs 1 ZDG für Zahlungsdienstnutzer anbietet. Gleichwohl können Anbieter rein technischer Dienstleistungen einen Zahlungsdienstleister auch dann unterstützen, wenn sie parallel mit einem Zahlungsdienstnutzer (wenngleich in bloss untergeordnetem Ausmass) in vertragliche Beziehungen treten und sich aufgrund dieser vertraglichen Absprache (etwa betreffend Datenverarbeitung) insoweit (weiterhin) auf das Erbringen rein technischer Dienste beschränken.<sup>32</sup>

**Zweite Voraussetzung:** Der technische Dienstleister darf zu keiner Zeit in den Besitz der zu übertragenden Gelder gelangen und darf zu keinem Zeitpunkt Zugriff auf das Zahlungskonto eines Zahlungsdienstnutzers haben (siehe oben im Text).

Bietet ein Anbieter bspw auf der Grundlage von vertraglichen Abreden (dh aufgrund eines »Akzeptanzvertrages«) mit Zahlungsempfängern (zB Händlern) die Dienstleistung der Abwicklung von Kartenzahlungen und sonstigen Zahlungsvorgängen an, liegt keine technische Dienstleistung, sondern ein bewilligungspflichtiger Zahlungsdienst vor (»Akquisitionsgeschäft«).

**Dritte Voraussetzung:** Schliesslich darf die Dienstleistung des technischen Dienstleisters nicht als Zahlungsauslöse- oder Kontoinformationsdienst eingeordnet werden (vgl den Wortlaut des Art 3 Abs 1 Bst f ZDG). Mit dieser gesetzlichen Klarstellung soll die Dienstleistung der Zahlungsauslösung und der Kontoinformation – die eine gemeinsame Schnittmenge mit den rein technischen Diensten hat – typologisch aus dem Anwendungsbereich der Bereichsausnahme des Art 3 Abs 1 Bst f ZDG herausgehoben und dem Bewilligungs- bzw Registrierungsvorbehalt der Art 7 ff ZDG unterworfen werden, obgleich Zahlungsauslösedienstleister per Definition nicht mit den Geldern der Kunden in Berührung kommen (Art 72 Abs 2 Bst a ZDG), aber Zugriff auf Zahlungskonten haben.

Kommen Dienstleister allerdings an irgendeiner Stelle des Zahlungsvorgangs<sup>33</sup> in den Besitz der Kundengelder oder haben sie die Verfügungsbefugnis über

32 Der technische Infrastrukturdienstleister fällt daher nur dann aus dem Anwendungsbereich des ZDG, wenn er seine vertragliche Beziehung zu Zahlungsdienstnutzern auf rein technische Dienstleistungen beschränkt (zB die Vermietung oder den Verkauf und die Wartung von Zahlungsverkehrsterminals und die blosses Weiterleitung der Transaktionsdaten von den Zahlungsverkehrsterminals an einen Zahlungsdienstleister).

33 »Zahlungsvorgang« ist gem Art 4 Abs 1 Ziff 54 ZDG die bzw der vom Zahler im Namen des Zahlers oder vom Zahlungsempfänger ausgelöste(r) Bereitstellung, Transfer oder Abhebung eines Geldbetrages, unabhängig von etwaigen zugrunde liegenden Verpflichtungen im Verhältnis zwischen Zahler und Zahlungsempfänger.

die zu transferierenden Geldbeträge, so können sie sich nicht mehr auf die Ausnahme für technische Dienstleister im Sinne von Art 3 Abs 1 Bst f ZDG berufen und es sind im Einzelfall – je nach Ausgestaltung der Geschäftsmodelle – andere klassische Zahlungsdienste, zB nach Art 2 Abs 1 Bst f oder h ZDG zu prüfen.

Keine Zahlungsauslösedienste erfüllen Netzbetreiber, die bei der Zahlung im Giroverfahren die elektronische Datenverbindung zwischen dem Terminal des Zahlungsempfängers an der Ladenkasse vor Ort und dem kartenausgebenden Zahlungsdienstleister herstellen. Zwar muss der Zahler bei diesem Verfahren seine persönlichen Sicherheitsmerkmale (zB Karte und PIN) vor Ort eingeben. Der weitere Zahlungsvorgang wird bei diesem Verfahren aber nicht über den Zugang zum Online-Banking Konto des Zahlers abgewickelt.

Auch bei der Nutzung spezifischer technischer Schnittstellen im Zahlungsverkehr (etwa die »E-BICS Schnittstelle« in Deutschland) liegt für sich kein Zugang zum Zahlungskonto eines Zahlungsdienstnutzers vor.

Nicht unter die Zahlungsauslösedienste fällt das elektronische Lastschriftverfahren (ELV). Beim ELV handelt es sich um einen durch den Zahlungsempfänger – nicht durch den Zahler – ausgelösten Zahlungsvorgang (der Zahler erteilt nur ein SEPA-Mandat); es erfolgt kein Zugang des Zahlungsempfängers oder seines technischen Dienstleisters auf das Zahlungskonto über die von der kontoführenden Stelle im Internet-Banking des Zahlers zur Verfügung gestellten Schnittstellen. Im ELV beschränken sich die Netzbetreiber auf die Übertragung der elektronischen Lastschriftdateien vom Zahlungsempfänger an dessen Zahlungsdienstleister (Inkassostelle).

## V. Umlegung auf gegenständliches Geschäftsmodell

Vorweg ist klarzustellen, dass der gegenständliche Sachverhalt in den Anwendungsbereich der PSD 2 (vgl Art 2) und des ZDG fällt (vgl zB Art 1; 49 ZDG). Die Tätigkeit des Schweizer Dienstleisters soll Zahlungsdienstleistern und Zahlungsdienstnutzern mit Sitz in Liechtenstein angeboten werden; zudem bezieht sich das in Rede stehende Geschäftsmodell auf liechtensteinische Zahlungskonten. Ausserdem können über das Webportal des Schweizer Unternehmens, das von Liechtenstein aus abrufbar ist, Zahlungsvorgänge in Liechtenstein initiiert werden.<sup>34</sup>

34 Zu präzisieren ist, dass das gegenständliche Geschäftsmodell von einem Drittstaatsunternehmen gemeinsam mit einem FL-Zahlungsdienstleister, ggfalls über ausländische Infrastruktur/Server und unter Einbeziehung der CH-Zahlungsinfrastruktur, abgewickelt werden soll. Nach einhelliger höchst-

Ein Zahlungsauslösedienst ist, wie gezeigt wurde, ein Dienst, bei dem der Zahlungsdienstleister einen Zahlungsauftrag mit dem Ziel der Übermittlung von Geld von einem Zahlungskonto auf ein anderes Zahlungskonto auslöst. Diese Voraussetzung könnte im Fall des Schweizer Dienstleisters erfüllt sein, da über das Schweizer Webportal elektronische Rechnungen sortiert und ausgewählt werden können. Entscheidend ist in rechtlicher und technischer Hinsicht, ob Zahlungsdienstnutzer Rechnungen über das Schweizer Webportal für eine online-Zahlung (über das Internetbanking des liechtensteinischen Zahlungsinstitut) nur vorselektieren, um nach der Auswahl der via Internetbanking zu begleichenden Rechnungen wieder in das Webportal des liechtensteinischen Zahlungsinstituts zurückzukehren und um dort die Zahlungsaufträge final zu autorisieren, oder ob die Kunden die jeweilige Zahlung über das Schweizer Webportal zB durch entsprechende PIN-/Tan-Eingabe odgl autorisieren/initiiieren (und das Schweizer Unternehmen dadurch legitimiert wäre, auf das liechtensteinische Zahlungskonto des Kunden zuzugreifen). Je nach technischer Gestaltung wäre das vom Schweizer Unternehmen betriebene Webportal entweder als Zahlungsauslösedienst (nach Art von »sofortüberweisung.de«) oder als technischer Infrastrukturdienst anzusehen.

Das Modell Zahlungsauslösedienst würde vorliegen, wenn der Zahlungsvorgang/der Zahlungsauftrag mit bindender Wirkung im Webportal des Schweizer Unternehmens autorisiert/initiiert würde und das Schweizer Unternehmen Zugriff auf das liechtensteinische Zahlungskonto hätte. Dies, weil der Schweizer Dienstleister diesfalls zwar den Zahlungsvorgang nicht selbst ausführen, ihn aber ausserhalb der liechtensteinischen Zahlungsinfrastruktur mit bindender Wirkung für das liechtensteinische Zahlungsinstitut als kontoführendem Zahlungsdienstleister anstossen würde. Das Schweizer Unternehmen würde im Sinne der Legaldefinition des Art 4 Abs 1 Ziff 39 und 40 ZDG zwischen der Autorisierung des Zahlungsvorgangs durch den Zahlungsdienstnutzer und der Ausführung durch den zahlungskontoführenden Zahlungsdienstleister stehen und wäre als Zahlungsauslösedienstleister zu qualifizieren (dies hätte eine entsprechende Bewilligungspflicht des Schweizer Unternehmens zur Folge). Insoweit wäre das Geschäftsmodell so auszulegen, dass das Schweizer Unternehmen überwiegend für Kunden des liech-

gerichtlicher Judikatur und in Einklang mit den Vorgaben der PSD 2 (Art 2) gelangt in vergleichbaren Fällen, in denen ein Drittstaatsunternehmen grenzüberschreitend agiert, (auch) das Aufsichtsrecht des beteiligten »Aufnahmestaats« (in dem sich die Tätigkeit des Unternehmens »auswirkt«, hier FL) zur Anwendung: Siehe ua österr OGH 6 Ob 110/06d, SZ 2006/124 (Bankenaufsicht); EuGH 20.12.2017, C-434/15 (UBER), ECLI:EU:C:2017:981 (Verkehrsdienstleistungen, Gewerbebereich).

tensteinischen Zahlungsinstituts tätig wäre, nicht aber ausschliesslich für das Institut selbst, wie es für technische Infrastrukturdienstleister gem Art 3 Abs 1 Bst f ZDG typisch ist. Dass das Schweizer Unternehmen in Rahmen seiner Tätigkeit nicht mit Kundengeldern in Kontakt kommt und keine Verfügungsgewalt darüber erlangt, wird hier der Vollständigkeit halber unterstellt.

Würde das Schweizer Webportal jedoch derart gestaltet, dass ein liechtensteinischer Zahlungsdienstnutzer über das Schweizer Webportal nur die zu begleichenden Rechnungen vorselektieren kann, und wird der Kunde im Anschluss an den entsprechenden Selektionsprozess in das Internetbanking des liechtensteinischen Zahlungsdienstleisters »zurückgeleitet«, um dort den finalen verbindlichen Zahlungsauftrag für die zuvor selektierten »E-Rechnungen« direkt zu erteilen, ist davon auszugehen, dass das Schweizer Webportal nur als technische Infrastrukturdienstleistung konzipiert ist, die unter die Ausnahmebestimmung des Art 3 Abs 1 Bst f ZDG fallen würde, soweit das Schweizer Unternehmen nicht auf Zahlungskonten von liechtensteinischen Zahlungskonten zugreifen kann. Dadurch wird der vom liechtensteinischen Zahlungsinstitut angebotene Zahlungsdienst nach Art 2 Abs 1 ZDG funktionell nur unterstützt/effektuiert. Das Schweizer Unternehmen wäre bei dieser Auslegung primär für das Zahlungsinstitut als kontenführenden Zahlungsdienstleister, nicht aber (jedenfalls nicht in erster Linie) für liechtensteinische Zahlungsdienstnutzer tätig.<sup>35</sup> Zwischen Zahlungsinstitut und Schweizer Dienstleister würden insoweit nur relevante Zahlungsdaten ausgetauscht, die erforderlich sind, damit der Kunde als Zahlungsdienstnutzer gegenüber dem Zahlungsinstitut als kontoführendem Zahlungsdienstleister einen Zahlungsauftrag erteilen kann (vgl daran anknüpfend die Art 54 ff ZDG). Daher findet bei entsprechender Gestaltung des Geschäftsmodells bzw bei dementsprechender Auslegung gerade keine Übermittlung von Zahlungsaufträgen iSd Art 4 Abs 1 Ziff 38 ZDG vom Schweizer Unternehmen an das liechtensteinische Zahlungsinstitut als kontoführendem Zahlungsdienstleister statt; es wird kein externer Zahlungsauftrag ausserhalb der liechtensteinischen Zahlungsinfrastruktur erteilt. Unterstellt wird, dass die allenfalls zwischen Zahlungsdienstnutzern und Schweizer Unternehmen zu schliessenden Verträge auf die Erbringung technischer Infrastrukturdienste, insb Fragen der Datenverarbeitung, zu beschränken wären.

Unabhängig vom bisher Gesagten sei auf die Haftungsregelungen der Art 79 ff, 93 ff ZDG verwiesen, welche die Haftung bei Rechtsverstössen im Verhältnis Zahlungsdienstleister, Zahlungsauslösedienstleister,

technische Dienstleister und Zahlungsdienstnutzer klar regeln.

## VI. Zusammenfassung

Zusammenfassend sind für eine finale aufsichtsrechtliche Beurteilung vergleichbarer Geschäftsmodelle folgende Fragen entscheidungserheblich:

- ▷ Hat das Schweizer Unternehmen Zugriff auf Kundengelder bzw kommt dem Unternehmen eine Verfügungsgewalt über Zahlungskonten der liechtensteinischen Kunden zu?
- ▷ Hat der Schweizer Unternehmer Zugriff auf liechtensteinische Zahlungskonten?
- ▷ Wo wird der Zahlungsauftrag verbindlich erteilt? Über die Schweizer Webplattform, daher extern; dann wird der Zahlungsauftrag an das liechtensteinische Zahlungsinstitut weitergeleitet, oder innerhalb des E-Banking-Portals des Zahlungsinstituts? Dient daher die Schweizer Webplattform nur der Vorselektion von online zu zahlenden Rechnungen oder kann der Kunde über diese Plattform auch einen externen Zahlungsauftrag auslösen, der dann im Anschluss an das liechtensteinische Zahlungsinstitut weitergeleitet wird?
- ▷ Für wen ist der Schweizer Dienstleister hauptsächlich tätig? Für das liechtensteinische Zahlungsinstitut als kontoführenden Zahlungsdienstleister oder für seine Zahlungsdienstnutzer?
- ▷ Welche Daten werden zwischen liechtensteinischem Zahlungsinstitut und dem Schweizer Dienstleister ausgetauscht? Nur Daten über E-Rechnungen, die über das Internetbanking des Zahlungsinstituts bezahlt werden sollen, oder auch – additiv – Daten über einen vorab extern ausgelösten Zahlungsauftrag (vgl Art 54 f ZDG)?
- ▷ Was ist Vertragsgegenstand zwischen liechtensteinischem Zahlungsinstitut und Schweizer Dienstleister einerseits und Schweizer Dienstleister und liechtensteinischen Zahlungsdienstnutzern andererseits? Im letzten Fall darf sich der Vertrag im Hinblick auf Art 3 Abs 1 Bst f ZDG nur auf technische Infrastrukturdienste beziehen.

Korrespondenz:

Prof. Dr. Nicolas Raschauer, Propter Homines  
Lehrstuhl für Bank- und Finanzmarktrecht, Institut  
für Wirtschaftsrecht, Universität Liechtenstein,  
Fürst Franz Josef Strasse, 9490 Vaduz.  
Mail: finanzmarktrecht@uni.li, Tel: +423-265 11 11.

<sup>35</sup> Datenschutzrechtlich wäre das Schweizer Unternehmen als Auftragsverarbeiter (Art 28 DSGVO) zu qualifizieren.