

VERWALTUNGSGERICHT FRANKFURT AM MAIN
Geschäftsnummer: 7 K 3025/14.F



Verkündet am:
09.09.2015

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Verwaltungsstreitverfahren

der J:

Klägerin,

gegen

die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht,
vertreten durch den Präsidenten Felix Hufeld,
Graurheindorfer Straße 108, 53117 Bonn

wegen Finanzdienstleistungsaufsicht

Beklagte,

hat das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, 7. Kammer, durch

Vorsitzenden Richter am VG Dr. Burkholz als Vorsitzenden,
Richterin am VG Ott,
Richter am VG Prof. Dr. Dr. Tiedemann,
ehrenamtlichen Richter Moos,
ehrenamtlichen Richter Steigerwald

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 9. September 2015 für Recht erkannt:

Die Beklagte wird verpflichtet, festzustellen, dass die Klägerin nicht den Vorschriften des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes v. 25. Juni 2009 (BGBl. I S. 1506), zuletzt geändert durch Gesetz v. 28. August 2013 (BGBl. I S. 3395), un-

terliegt, soweit sie in ihrem Restaurant und in der Spielstätte „Fair Play im Falstaff“ in Leipzig, Georgiring 6-8, im Rahmen bargeldloser Bezahlung von Waren durch Kunden im Wege von electronic-cash-Transaktionen mit PIN-Eingabe Bargeld an Kunden auszahlt, die zuvor ausdrücklich um die Auszahlung von Bargeld gebeten haben.

Die Beklagte hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der festgesetzten Kosten abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Berufung wird zugelassen.

TATBESTAND

Die Klägerin betreibt seit dem Jahr 2006 unter der Adresse Georgiring 6-8 in Leipzig ein Restaurant „Fairplay am Falstaff“; dem Restaurant räumlich angeschlossen ist eine Spielstätte mit insgesamt 5 Spielräumen. Im Restaurant können die Kunden für ihren Verzehr mit Bargeld oder mittels EC-Karte und PIN-Eingabe bezahlen. Bei dieser Bezahlung können sie auf Wunsch auch Bargeld beziehen, wobei der Auszahlungsbetrag auf der Rechnung ausgewiesen wird. In den Spielstätten befinden sich Terminals für den Geldwechsel wie auch für den Erwerb von Snacks, Getränken oder Tabakwaren, die jeweils in einer Vitrine neben dem Terminal aufbewahrt sind. Im Rahmen des Erwerbs von Waren müssen die Terminals durch einen Mitarbeiter der Klägerin freigeschaltet und bedient werden. Bei der Zahlung des gewählten Gegenstands mittels EC-Karte und PIN-Eingabe kann zusätzlich auf Wunsch des Kunden gegenüber dem jeweiligen Mitarbeiter der Klägerin Bargeld ausgezahlt werden, vorausgesetzt, es werden Waren im Wert von mindestens 5,- Euro erworben.

Im Jahr 2011 besichtigten Beschäftigte der Deutschen Bundesbank, Hauptverwaltung in Sachsen und Thüringen (ehemals Hauptverwaltung Leipzig), die Räumlichkeiten der Klägerin, um die Betriebsabläufe bei den Zahlungsvorgängen festzustellen. Vorausgegangen waren Vorermittlungen, die auf einen Hinweis des Ordnungsamts der Stadt Leipzig zurückgingen. Mit Schreiben vom 8. Juni 2012 informierte die Beklagte die Klägerin darüber, sie gehe davon aus, dass diese erlaubnispflichtig das Auszahlungsge-

schäft und somit einen Zahlungsdienst betreibe. Es sei nicht ersichtlich, dass die Klägerin sich auf eine Ausnahmeregelung nach § 1 Abs. 10 ZAG berufen könne. Da die Klägerin nicht über eine entsprechende Erlaubnis verfüge, wäre der Beklagten Anlass gegeben, der Klägerin gemäß § 4 ZAG förmlich, gebührenpflichtig und unter Zwangsgeldandrohung die Fortführung des Auszahlungsgeschäfts zu untersagen. Von dem Erlass einer Untersagungsverfügung sowie eines Auskunft- und Vorlageersuchens mit Zwangsgeldandrohung gemäß § 5 ZAG könne jedoch vorläufig abgesehen werden, wenn die Klägerin innerhalb von zwei Wochen schriftlich erkläre, das Auszahlungsgeschäft nicht mehr anzubieten, und geeignete Unterlagen zum Nachweis dessen vorlege. Andernfalls müsse die Klägerin mit den angedrohten Maßnahmen rechnen. Vorsorglich wurde der Klägerin gemäß § 28 Abs. 1 VwVfG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Mit Schreiben vom 21. Juni 2012 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass sie im Jahr 2011 mit Beschäftigten der Deutschen Bundesbank Kontakt gehabt und in einem Termin vor Ort die Funktionsweise ihrer Terminals erläutert habe. Aufgrund des seither vergangenen Zeitraums sei sie davon ausgegangen, dass der Sachverhalt geklärt gewesen sei. Die Klägerin bat ferner darum, die Beklagte solle ihr mitteilen, was sie unter geeigneten Unterlagen zum Nachweis der Einstellung des Auszahlungsgeschäfts verstehe. Die Beklagte antwortete auf dieses Schreiben nicht. Mit Schreiben vom 30. September 2013 erkundigte sich die Klägerin bei der Beklagten, ob das Verwaltungsverfahren gegen sie abgeschlossen sei; auch darauf antwortete die Beklagte nicht.

Am 7. Mai 2014 kam es zu einer erneuten Besichtigung der Räumlichkeiten der Klägerin durch Beschäftigte der Deutschen Bundesbank, die die Beklagte durch ein Telefonat vom 26. März 2014 initiiert hatte. Die Feststellungen sind in einem Schreiben der Deutschen Bundesbank an die Beklagte vom 19. Juni 2014 dokumentiert; darauf wird Bezug genommen (Bl. 47-49 und 56-60 d. Verwaltungsvorgangs). Zusätzlich zu den bereits bekannten Fakten habe die Klägerin darauf hingewiesen, dass die Bargeldauszahlung für den Kunden kostenlos sei. Komme es zu Bargeldauszahlungen im Bereich des Restaurants, werde das auszahlende Geld aus der Barkasse oder dem Kassentresor des Restaurants entnommen. Im Bereich der Spielstätte erfolge die Auszahlung direkt aus dem Terminal und dessen Bestand. Barkasse und Tresor würden ausschließlich von Mitarbeitern der Klägerin befüllt, ohne dass z. B. ein Werttransportunternehmen involviert sei. Motivation für das Angebot der Bargeldauszahlungen sei es, den Kunden einen umfassenden Service zu bieten. Wofür die Kunden das Geld benötigten, werde den

Mitarbeitern der Klägerin nicht bekannt. Im Nachgang zum Vor-Ort-Termin bei der Klägerin übersandte diese mit Schreiben vom 23. Mai 2014 (Bl. 52-54 Beiakten I) einen Grundriss zu den Örtlichkeiten im Georgiring 6-8 und erklärte dessen Abweichungen zu den tatsächlichen Verhältnissen.

Mit Schreiben vom 26. Juni 2014 legte die Klägerin die beim Ortstermin am 7. Mai 2014 festgestellten Gegebenheiten nochmals dar. Das Schreiben war zum einen an die Beklagte und zum anderen an die Deutsche Bundesbank in Leipzig adressiert, wurde jedoch zweimal an die Deutsche Bundesbank gesandt, welche das Schreiben an die Beklagte weiterleitete; diese gab es in den Geschäftsgang. In dem Schreiben bat die Klägerin darum, auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts eine Entscheidung zu treffen, dass die reverse Bargeldauszahlung in der festgestellten Art und Weise rechtskonform sei und unter die Bereichsausnahme des § 1 Abs. 10 Nr. 4 ZAG falle. Es handle sich um eine reverse Bargeldauszahlung, die sich nicht von den Abläufen in vergleichbaren Sachverhalten wie z. B. in Lebensmittelläden wie REWE unterscheide. Für den Fall der Ablehnung ihrer Sichtweise bat die Klägerin um die Übermittlung eines rechtsmittelfähigen Bescheids, um die Rechtmäßigkeit gegebenenfalls verwaltungsgerichtlich klären lassen zu können.

Die Klägerin hat am 25. September 2015 Klage erhoben. Sie macht wie bereits im Verwaltungsverfahren geltend, dass die von ihr angebotenen reversen Bargeldauszahlungen von der Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 10 Nr. 4 ZAG erfasst seien. Auch wenn sie nicht vorrangig Waren zum Erwerb anbiete, könne sie sich auf die Ausnahmenvorschrift berufen. Dies folge unter anderem aus der Vorbildfunktion des dänischen „Dankort“-Dienstes für die Regelung in § 1 Abs. 10 Nr. 4 ZAG. Dieser ermögliche reverse Bargeldauszahlungen an jedem sog. Point-of-Sale, unabhängig von der Art der Haupttätigkeit des Anbieters. Mittlerweile habe die Klägerin auf Anraten ihres Prozessbevollmächtigten die reverse Bargeldauszahlung zwar eingestellt; sie beabsichtige aber, diese nach Feststellung der Erlaubnisfreiheit wieder aufzunehmen.

Die Klägerin trägt weiter vor, dass in der Bargeldauszahlung in der Spielstätte bereits kein Auszahlungsgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 ZAG gesehen werden könne, weil mit den Kunden kein Rahmenvertrag über die Führung eines Zahlungskontos geschlossen werde. Zudem sei sie nicht als Zahlungsinstitut im Sinne des § 1 Abs. 1 ZAG anzusehen, da die Bargeldauszahlung dem übrigen Geschäftsbetrieb vollständig untergeordnet sei. § 1 Abs. 10 Nr. 4 ZAG könne auch nicht dahingehend ausgelegt

werden, dass die Vorschrift auf bestimmte Lokalitäten oder Branchen generell nicht anzuwenden sei. Entgegen der im Verwaltungsverfahren von der Beklagten vertretenen Auffassung handele es sich nicht um eine sozialpolitische Lenkungsnorm zur Bekämpfung der Spielsucht.

Die Anwendung des § 1 Abs. 10 Nr. 4 ZAG sei auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil es sich vorliegend nur um einen vorgeschobenen Erwerb handele, dessen eigentliches Ziel die Bargeldauszahlung mit dem Ziel der Verwendung in der Spielstätte sei. Ein solcher vorgeschobener Erwerb sei nicht belegt und die Norm erfordere auch nicht, dass der Warenkauf Hauptzweck sein müsse. Vielmehr werde gerade keine Gewichtung zwischen dem Wert der Bargeldauszahlung und dem Wert des Warenerwerbs vorgenommen. Die Klägerin stützt diese Sichtweise darauf, dass die Norm keine Vorgaben zur Mindesteinkaufssumme enthalte; darauf verweise sogar die Beklagte in ihrem Merkblatt 'Hinweise zum ZAG'.

§ 1 Abs. 10 Nr. 4 ZAG sei auch nicht etwa deswegen ausgeschlossen, weil es sich bei der Klägerin nicht um einen „merchant“ im Sinne der Zahlungsdiensterichtlinie (im Folgenden: PSD) handeln würde, deren Umsetzung das ZAG diene. Dieser Begriff sei mit „Händler“ und nicht - wie von der Beklagten vorgetragen - mit „Großhändler“ oder ähnlichem zu übersetzen, wobei zu beachten sei, dass die letztere Übersetzung ebenso Einzelhändler wie z. B. REWE aus dem Anwendungsbereich der Norm ausschließen würde. Der notwendige enge sachliche und zeitliche Zusammenhang zwischen Bargeldauszahlung und zugrundeliegendem Warenverkauf sei gegeben. Auf die Legalität des Mittelzuflusses komme es nicht an.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Klageschrift und die weiteren Schriftsätze der Klägerin, insbesondere die Schriftsätze vom 6. November 2014, 28. Januar 2015 und 10. Februar 2015 Bezug genommen.

Die Klägerin beantragt,

die Beklagte zu verpflichten, festzustellen, dass die Klägerin nicht den Vorschriften des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes unterliegt, soweit sie in ihrem Restaurant und in der Spielstätte „Fair Play im Falstaff“ in Leipzig, Georgiring 6-8, im Rahmen bargeldloser Bezahlung von Waren durch Kunden im Wege von electronic-cash-Transaktionen mit PIN-Eingabe Bargeld an Kunden auszahlt, die zuvor ausdrücklich um die Auszahlung von Bargeld gebeten haben.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hält die Klage bereits für unzulässig. Zwar räume § 3 Abs. 4 ZAG grundsätzlich in Zweifelsfällen einen Anspruch auf Feststellung ein, ob ein Unternehmen den Vorschriften des ZAG unterliegt. Die Klägerin habe jedoch keinen Antrag nach § 3 Abs. 4 ZAG gestellt, der die an einen solchen Antrag zu stellenden Anforderungen erfülle. Insbesondere sei erforderlich, dass auf die Norm ausdrücklich hingewiesen werde. Dies gelte umso mehr, als die Klägerin durch Rechtsanwälte vertreten sei, welche durch die Beklagte in einem anderen Verfahren bereits auf diese Norm hingewiesen worden seien. Die bloße Bitte um einen rechtsmittelfähigen Bescheid, der die Rechtmäßigkeit einer reversen Bargeldauszahlung bestätigen solle, genüge nicht. Darüber hinaus gehöre zu einem ordnungsgemäßen Antrag die Darlegung der Überlegungen, die aus Sicht des Unternehmens einen Zweifelsfall ausmachen. An einer solchen Darlegung fehle es.

Selbst wenn ein ordnungsgemäßer Antrag vorliegen sollte, fehle es noch an der Übersendung der von der Klägerin verwandten Vertragsmuster. Es lägen z. B. nicht die als „Rahmenvereinbarung“ kenntlich gemachten Abreden in der „Bestätigung Ihres Auftrages vom 04.03.2011, Kunden-Nummer: 222639“ der „TeleCash GmbH & Co. KG, Bad Vilbel“ oder eine entsprechende Erläuterung durch die Klägerin vor.

Zudem sei die Klägerin im Vor-Ort-Termin nicht kooperativ genug gewesen. So sei die Klägerin nicht bereit gewesen, den Vertretern der Deutschen Bundesbank Auskunft über die von der Klägerin neben der Spielstätte „Fair Play am Falstaff“ betriebenen Spielstätten im Freistaat Sachsen zu erteilen. Insbesondere sei keine Auskunft darüber erteilt worden, in welchen Niederlassungen ebenfalls kartengestützte Bargeldauszahlungen vorgenommen werden. Dies sei Grund dafür, dass die Beklagte noch keinen Bescheid nach § 3 Abs. 4 ZAG erlassen könne.

Soweit in der Klageschrift ein Antrag gesehen werden könne, sei die Frist nach § 75 S. 2 VwGO frühestens zum 9. Januar 2015 abgelaufen. Zudem sei nicht ersichtlich, dass die Klägerin durch einen abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsakt in ihren Rechten verletzt worden sei. Sie sei als Spielhallenbetreiber kein Händler und dementsprechend nicht Adressat des Vertragswerks „Händlerbedingungen der Deutschen Kreditwirtschaft“. Nach dem Verständnis der Beklagten würden Spielhallenbetreiber entsprechend dem Sinn der „Vereinbarung über ein institutsübergreifendes System zur

bargeldlosen Zahlung an automatisierten Kassen“ an sich gar nicht an das „electronic-cash-system der Deutschen Kreditwirtschaft“ angeschlossen.

Zudem sei die Klage nicht begründet, da die von der Klägerin beabsichtigte Geschäftstätigkeit ein Zahlungsdienst im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 1 ZAG sei, die Klägerin ein Zahlungsinstitut im Sinne des § 8 Abs. 1 S. 1 ZAG darstelle und die Bereichsausnahme des § 1 Abs. 10 Nr. 4 ZAG nicht zur Anwendung komme.

Die Klägerin sei ein Zahlungsinstitut, auch wenn sie Zahlungsdienste nur als Nebentätigkeit erbringe und dadurch keine Gewinnabsichten verwirkliche. Sie verfolge mit der Bereitstellung von Bargeld das Ziel, den Betrieb von Spielautomaten zu fördern. Es gehe der Klägerin darum, das Wohlbefinden der Spieler zu fördern und diese zum Bleiben zu veranlassen. Es werde für finanziellen Nachschub gesorgt, sodass sich die Spieler ausgiebig ihrer Spielleidenschaft widmen könnten, ohne zu ihrem Kreditinstitut gehen zu müssen. Dies verhindere, dass die Spieler auf dem Rückweg vom Kreditinstitut, mit frischem Geld versorgt, womöglich Konkurrenten der Klägerin ansteuerten.

Auf § 1 Abs. 10 Nr. 4 ZAG könne sich die Klägerin nicht berufen. Unter dem Tatbestandsmerkmal Dienste im Sinne dieser Norm seien solche von Händlern gemeint, jedenfalls aber nicht von „spielhallenbetreibenden Gastwirten“ oder „gastwirtschaftsunterhaltenden Spielhallenbetreibern“. Die historische Auslegung spreche für ein restriktives Verständnis. Die Ausnahmeregelung sei auf Betreiben Dänemarks aufgenommen worden; es sollten reverse Barzahlungen im dänischen Einzelhandel über die dänische „Dankort“-Zahlkarte ermöglicht und vergleichbare Systeme in anderen Ländern gleichgestellt werden. Die Regelung sei demnach auf Sachverhalte zugeschnitten, die sich typischerweise in Supermärkten abspielten, wo der Kunde neben seinem Einkauf noch Bargeld abhebe, welches er dann anschließend anderweitig wieder ausgabe. An eine schrankenlose Nutzung – insbesondere an „cash back“ bei „spielhallenbetreibenden Gastwirten“ oder „gastwirtschaftsunterhaltenden Spielhallenbetreibern“ – habe weder der Richtliniengeber noch der deutsche Gesetzgeber gedacht.

Die Bereichsausnahme des § 1 Abs. 10 Nr. 4 ZAG könne nur dann zur Anwendung kommen, wenn wirklich eine reverse Bargeldauszahlung vorliege. Kern des Lebenssachverhalts müsse der Erwerb der Ware oder Dienstleistung sein. Die Bargeldauszahlung müsse dem Erwerb nachgelagert sein. Hieran fehle es insbesondere dann, wenn die Bargeldauszahlung erst die Inanspruchnahme weiterer Leistungen des Verkäufers oder Dienstleisters ermöglichen soll. Denn dann stünde diese weitere Leistung im Vor-

dergrund, deren Erwerb mit dem ausgezahlten Geld erst ermöglicht wird. Vorliegend bezwecke die angebotene Bargeldauszahlung erkennbar, den Käufern das Spiel an den nur mit Bargeld zu betreibenden Automaten zu ermöglichen. Dadurch erfolge die Bargeldzahlung nicht gelegentlich des Kaufs der angebotenen Ware im Sinne der Ausnahmeregelung.

Ebenso liege keine „Aushändigung“ im Sinne des § 1 Abs. 10 Nr. 4 ZAG vor. Diese setze einen legalen Mittelzufluss von der Klägerin an den Kunden voraus. Legal sei der Mittelzufluss vorliegend jedoch nicht, denn es liege ein Verstoß gegen § 9 Abs. 2 der Verordnung über Spielgeräte und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit (Spielverordnung – SpielV) vor. Danach dürfe die Klägerin den Kunden neben der Ausgabe von Gewinnen aus der Nutzung der nach der Gewerbeordnung zugelassenen Spielgeräte keine sonstigen Gewinnchancen in Aussicht stellen und keine Zahlungen oder sonstige finanzielle Vergünstigungen gewähren. Die Bestimmung sei zwar vor allem auf Jackpotsysteme und deren Suchtpotenzial bezogen. Jedoch sei sie weit auszulegen und auf jeglichen Mittelzufluss anzuwenden, den der Aufsteller des Spielgeräts über die zulässige Ausgabe von Gewinnen hinaus den Spielern zukommen lässt. Der Spieler solle sein Geld selbst in die Spielhalle mitbringen und nicht erst dort erhalten.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Klageerwiderung vom 10. November 2014 und die weiteren Schriftsätze der Beklagten, insbesondere auf den Schriftsatz vom 31. März 2015 Bezug genommen.

Ein gehefteter Verwaltungsvorgang der Beklagten wurde zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht. Zur Ergänzung des Sach- und Streitstands wird auf den Verwaltungsvorgang sowie die Gerichtsakte Bezug genommen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Die Klage ist als Verpflichtungsklage statthaft und auch im Übrigen zulässig.

Die Klägerin begehrt die Verpflichtung der Beklagten zu einer Entscheidung nach § 3 Abs. 4 ZAG. Diese Norm begründet in Zweifelsfällen einen Anspruch auf eine Entscheidung der Beklagten über die Frage, ob ein Unternehmen im Hinblick auf seine Geschäftstätigkeit den Vorschriften des ZAG unterliegt. Bei dieser Entscheidung handelt es sich um einen Verwaltungsakt, der auch in der Form eines Negativtestats ergehen kann, wie es die Klägerin der Sache nach begehrt (so auch VG Frankfurt am Main, Ur-

teil vom 12. November 2014, AZ: 7 K 1239/14.F – juris Rn. 37, vgl. auch Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler³, KWG, § 4 Rn. 11).

Dem kann die Beklagte nicht entgegenhalten, dass sie solche Entscheidungen nur im Wege einer Auskunft trifft, die ausschließlich die Beklagte in gewissen Grenzen bindet. Denn dies widerspricht dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers. In der Gesetzesbegründung ist niedergelegt, dass eine Zweifelsfallentscheidung dann verpflichtend als Verwaltungsakt zu ergehen hat, wenn das betreffende Unternehmen eine förmliche Entscheidung beantragt (BT-Drs. 16/11613, S. 43). Zudem kann aus der Gesetzesbegründung kein Ausschluss der Möglichkeit eines Negativtestats gefolgert werden. Zwar ist in der Gesetzesbegründung davon die Rede, dass durch § 3 Abs. 4 ZAG geklärt werden soll, ob ein Geschäftsvorhaben dem Erlaubnisvorbehalt unterfällt. Dies schließt aber ein Negativtestat nicht aus, weil nur dadurch im Fall der fehlenden Erlaubnispflicht geklärt werden kann, ob eine Geschäftstätigkeit dem Erlaubnisvorbehalt unterfällt.

Der für die begehrte Entscheidung erforderliche Antrag an die Beklagte liegt vor. Die Klägerin hat mit Schreiben vom 26. Juni 2014 einen entsprechenden Antrag gestellt; die Beklagte hat darüber nicht entschieden. Dem kann die Beklagte nicht entgegenhalten, dass der Antrag nicht bei ihr, sondern lediglich bei der Deutschen Bundesbank gestellt worden sei. Denn einerseits ist das Schreiben ausdrücklich an die Beklagte gerichtet; andererseits ist es der Beklagten durch die Deutsche Bundesbank tatsächlich zugeleitet worden.

Die Beklagte kann demgegenüber auch nicht erfolgreich entgegenhalten, dass in dem Antrag § 3 Abs. 4 ZAG als einschlägige Norm nicht ausdrücklich genannt wurde, obwohl die Klägerin anwaltlich vertreten ist. Denn ein Antrag muss lediglich die der Sache nach erforderlichen Angaben und Unterlagen enthalten (Brenner in Sodan/Ziekow, VwGO⁴, § 75 Rn. 25 m. w. N.). Aus dem Schreiben vom 26. Juni 2014 ergibt sich ohne jeden Zweifel, dass die Klägerin eine Entscheidung darüber begehrte, dass die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung des § 1 Abs. 10 Nr. 4 ZAG erfüllt sind und sie im Hinblick darauf nicht den Bestimmungen des ZAG unterliegt. Das genügt für einen Antrag auf eine Entscheidung nach § 3 Abs. 4 ZAG. Im Übrigen konnte die Beklagte auch aus den Erkenntnissen aus der Vorkorrespondenz zwischen ihr und der Klägerin die Zielrichtung des Begehrens eindeutig bestimmen.

Die Beklagte hat über den Antrag nicht innerhalb einer angemessenen Frist entschieden (§ 75 S. 1 VwGO). Die Drei-Monats-Frist des § 75 S. 2 VwGO war zum Zeitpunkt

der Klageerhebung zwar noch nicht abgelaufen. Zum Zeitpunkt der Entscheidung ist die Frist jedoch seit langem verstrichen. Ein zureichender Grund für das Unterbleiben der Entscheidung ist weder von der Beklagten geltend gemacht noch ersichtlich. Insbesondere ist nicht erkennbar, dass die Vorlage der Rahmenvereinbarung, die die Beklagte in diesem Verfahren geltend gemacht hat, für die Entscheidung in der Sache von Relevanz wäre. Auf die Rahmenvereinbarung der Klägerin mit der TeleCash GmbH & Co. KG, Bad Vilbel, kommt es nicht an. Wie das Verhältnis zwischen der Klägerin und der TeleCash GmbH & Co. KG ausgestaltet ist, hat unter den hier gegebenen Umständen der Bargeldauszahlung keine Relevanz für die Frage, ob die Voraussetzungen des § 1 Abs. 10 Nr. 4 ZAG erfüllt sind. Mithin kann der Umstand, dass die Klägerin die Rahmenvereinbarung nicht vorgelegt hat, keinen zureichenden Grund dafür darstellen, dass die Beklagte über den Antrag noch nicht entschieden hat, zumal die Beklagte die Klägerin bereits im Verwaltungsverfahren zur Vorlage hätte auffordern müssen, wollte sie sich mit Erfolg darauf berufen können.

Dass die Klägerin keine Auskünfte über weitere Spielstätten erteilt hat, in denen sie womöglich ebenfalls reverse Bargeldauszahlungen anbietet oder anbieten will, ist für die Entscheidung unerheblich. Gegenstand des Antrags und der Entscheidung ist ausschließlich die Geschäftstätigkeit der Klägerin in ihrer Spielstätte „Fair Play am Falstaff“ in Leipzig. Insofern kommt der Entscheidung der Beklagten Rechtswirkung nur dahingehend zu, dass lediglich der konkret festgestellte Sachverhalt in der genannten Spielstätte nicht dem ZAG unterliegt (vgl. dazu auch *Schäfer*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, § 4 Rn. 9).

Die Klage hat in der Sache Erfolg. Die Klägerin hat im Hinblick auf § 3 Abs. 4 ZAG einen Anspruch auf eine Entscheidung der Beklagten im Sinne des Klageantrags. Die Beklagte hat es rechtswidrig unterlassen, über den Antrag der Klägerin zu entscheiden, und die Klägerin dadurch in ihren Rechten verletzt, § 113 Abs. 5 VwGO.

Die Beklagte entscheidet gemäß § 3 Abs. 4 ZAG in Zweifelsfällen, ob ein Unternehmen den Vorschriften des ZAG unterliegt. Ein Zweifelsfall im Sinne der Norm ist hier gegeben, denn bei objektiver Betrachtung bestehen ernsthafte Zweifel, ob die Klägerin im Hinblick auf die von der betriebene bzw. beabsichtigte Bargeldauszahlung im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit dem ZAG unterliegt (zu diesem Maßstab vgl. Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler³, KWG, § 4 Rn. 4). Zum einen hatte die Beklagte mit ihrem Schreiben vom 8. Juni 2012 zum Ausdruck gebracht, sie gehe davon aus, dass die

Klägerin erlaubnispflichtig das Auszahlungsgeschäft und somit einen Zahlungsdienst betreibt. Eine Ausnahmeregelung nach § 1 Abs. 10 ZAG sah die Beklagte nicht als einschlägig an. Zum anderen hat die Klägerin in diesem Verfahren ein Rechtsgutachten eines Hochschullehrers vorgelegt, das zu der gegenteiligen Einschätzung gelangt. Dies reicht für die Annahme eines Zweifelsfalls aus (Schäfer, a. a. O. Rn. 5).

Dieser Zweifelsfall betrifft auch einen Sachverhalt, der durch eine Entscheidung nach § 3 Abs. 4 ZAG gerade einer Klärung zugeführt werden soll. § 1 Abs. 10 Nr. 4 ZAG statuiert eine Bereichsausnahme, welche im Fall ihrer Anwendbarkeit auf den Sachverhalt dazu führt, dass das betroffene Unternehmen keine Zahlungsdienste anbietet. Damit unterläge das Unternehmen nicht den Vorschriften des ZAG. Genau diese Entscheidung begehrt die Klägerin.

Da die Klägerin als Unternehmen ein Geschäftsmodell betrieb und auch zukünftig wieder betreiben will, über das Zweifel bezüglich der Erlaubnispflicht bestehen, hat die Klägerin auch ein berechtigtes Interesse an einer Entscheidung über den Zweifelsfall. Dem kann die Beklagte nicht entgegen halten, dass die Klägerin auf anwaltlichen Rat die fragliche Geschäftstätigkeit bis zur verwaltungsgerichtlichen Klärung des Streitgegenstands nicht mehr ausübt. Denn die Zweifelsfallentscheidung erstreckt sich ausweislich der Gesetzesbegründung ebenso auf Geschäftsvorhaben (s. BT-Drs. 16/11613, S. 43), ist also nicht an eine gegenwärtige Ausführung gebunden. Zudem hat die Klägerin erklärt, die Bargeldauszahlung künftig wieder anbieten zu wollen, wenn ihr Begehren Erfolg hat.

Die Klägerin hat auch einen Anspruch auf die begehrte Entscheidung. Sie unterliegt im Hinblick auf die von ihr betriebene bzw. beabsichtigte Bargeldauszahlung nicht den Vorschriften des ZAG. Dabei kann dahinstehen, ob die Klägerin ein Zahlungsinstitut im Sinne der §§ 1 Abs. 1, 8 Abs. 1 S. 1 ZAG ist oder ob sie das Auszahlungsgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 ZAG betreibt. Denn ihre Geschäfts- und Bargeldauszahlungstätigkeit erfüllt den Tatbestand des § 1 Abs. 10 Nr. 4 ZAG, sodass sie jedenfalls keinen nach dem ZAG erlaubnispflichtigen Zahlungsdienst betreibt.

Gemäß § 1 Abs. 10 Nr. 4 ZAG sind solche Dienste keine Zahlungsdienste im Sinne des ZAG, bei denen der Zahlungsempfänger dem Zahler Bargeld im Rahmen eines Zahlungsvorgangs aushändigt, nachdem ihn der Zahlungsdienstnutzer kurz vor der Ausführung eines Zahlungsvorgangs zum Erwerb von Waren oder Dienstleistungen ausdrücklich hierum gebeten hat. Diese Voraussetzungen sind hier im Hinblick auf die – zwi-

schen den Beteiligten nicht streitigen – tatsächlichen Umstände der bargeldlosen Zahlungsvorgänge in den Geschäftsräumen der Klägerin erfüllt. Zu einer Bargeldauszahlung kann es nur im Rahmen des Erwerbs von Speisen, Getränken oder Waren mit einem Mindestwert von 5,- Euro und nach einer entsprechenden ausdrücklichen Bitte des Kunden (Zahlers) kommen; da der Zahlvorgang die Eingabe einer PIN-Nummer voraussetzt, tritt die Klägerin auch zu keinem Zeitpunkt als Darlehensgeber auf. Im Restaurant übergibt die Klägerin dem Kunden durch ihre Beschäftigten das Bargeld, welches aus der Barkasse oder dem Kassentresor entnommen wurde und händigt es somit dem Zahler im Sinne der Norm aus. In gleicher Weise sind die Vorgänge im Bereich der Spielstätte zu bewerten. Da die Terminals lediglich von Beschäftigten der Klägerin freigeschaltet werden können, welche anschließend auch das Terminal bedienen, kann der Wunsch nach einer Geldauszahlung gegenüber der Klägerin vor dem EC-Zahlungsvorgang geäußert werden. Da die Terminals insoweit durch Beschäftigte der Klägerin bedient werden und diese auch das Bargeld übergeben, erfolgt die Auszahlung auch insoweit im Wege der Aushändigung durch den Zahlungsempfänger an den Zahler.

Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten ist die Anwendung des § 1 Abs. 10 Nr. 4 ZAG auf die Auszahlungsvorgänge bei der Klägerin nicht deshalb ausgeschlossen, weil ein Dienst im Sinne dieser Norm von einem „Händler“ betrieben werden müsste und die Klägerin nicht als Händler angesehen werden könne. Der Wortlaut der Bestimmung enthält eine derartige Einschränkung nicht. Die Beklagte kann sich zur Begründung ihrer Auffassung auch nicht auf die von ihr in Bezug genommenen Äußerungen der Europäischen Kommission berufen. Danach sind Dienste im Sinne des Art. 3 lit. e) der Zahlungsrichtlinie solche, die von „merchants at point of sales“, also von Händlern in Verkaufsstellen erbracht werden (vgl. Europäischen Kommission, „Your Questions on PSD“, Antwort auf Frage Nr. 24 vom 18. Juni 2008, von den Beteiligten in das Verfahren eingeführt). Ein Händler ist allgemein als Verkäufer von Waren zu definieren, (vgl. Hennig in Gabler Wirtschaftslexikon, „fliegender Händler“). Dies schließt die Geschäftstätigkeit der Klägerin ein. Die Klägerin bietet in ihrem Restaurant ebenso wie in der Spielstätte in nicht lediglich unerheblichem Umfang unter anderem Speisen und Getränke zum Erwerb an, in der Spielstätte zudem Kleinwaren. Demnach ist sie als Händler zu klassifizieren.

Die Einstufung als Händler kann nicht etwa deshalb abgelehnt werden, weil der Richtlinien- oder der Gesetzgeber Unternehmen wie das der Klägerin aus dem Anwendungs-

bereich der Bereichsausnahme habe ausnehmen wollen, wie die Beklagte vorträgt. So klassifiziert Erwägungsgrund 41 der Richtlinie den Zahlungsempfänger allgemein als Händler. Zudem ist der Anwendungsbereich von Art. 3 lit. e) der Richtlinie nicht auf Supermärkte, Groß- und Einzelhändler beschränkt. Dies wiegt umso schwerer, weil z. B. Erwägungsgrund 7 der Richtlinie (wie auch die Begründung in den Gesetzesmaterialien zu § 1 Abs. 10 Nr. 4 ZAG, BT-Drs. 16/11613, S. 38) diese Gruppen explizit im Zusammenhang mit den Regelungen zum Finanztransfergeschäft nennt.

Der Anwendung des § 1 Abs. 10 Nr. 4 ZAG steht nicht der Umstand entgegen, dass die Regelung auf den Wunsch des Richtliniengebers zurückzuführen ist, den dänischen „Dankort“-Dienst zu berücksichtigen. Vielmehr sind auch andere Sachverhalte von der Regelung erfasst, solange sie – wie die Bargeldauszahlungstätigkeit der Klägerin – den Tatbestand der Ausnahmebestimmung erfüllen. Weder aus dem Wortlaut noch aus den Materialien ergibt sich ein Anhaltspunkt für die Annahme, dass die Ausnahmebestimmung nur dann anwendbar sein soll, wenn die betroffene Unternehmenstätigkeit diesem Dienst im wesentlichen oder in allen Einzelheiten entspricht. Vielmehr ist der Anwendungsbereich des § 1 Abs. 10 Abs. 4 ZAG gerade nicht auf Supermärkte beschränkt (so ausdrücklich Findeisen in Ellenberger/Findeisen/Nobbe, Kommentar zum Zahlungsverkehrsrecht, § 1 ZAG, Rn. 506). Hätten der Richtlinien- oder der Gesetzgeber reverse Bargeldauszahlungen ausschließlich in Supermärkten zulassen wollen, so hätten sie dies ausdrücklich regeln müssen, was sie indes nicht getan haben. Auch die Materialien geben dafür nichts her.

Dass der der Bargeldauszahlung vorgelagerte Erwerb von Waren oder Dienstleistungen nicht den Kern der Geschäftstätigkeit der Klägerin in den Räumen Georgiring 6-8 darstellt, steht dem Anspruch ebenfalls nicht entgegen. Auch die Rechtsauffassung der Beklagten, wonach ein solcher Erwerbsvorgang im Vordergrund stehen und den Kern der vom Unternehmen entfalteten Tätigkeit darstellen müsse, findet in § 1 Abs. 10 Nr. 4 ZAG keine Stütze. Die Klägerin bietet zudem auch keine Wertgutscheine für die Spielautomaten an, welche als nachträglich erbrachte Dienstleistungen der Bargeldauszahlung nachgelagert wären, sondern Waren, wie sie in Spielstätten regelmäßig verbraucht werden. Dass die Kunden diesen Anlass nutzen, um im Rahmen des Zahlungsvorgangs noch Bargeld abzuheben, ist vom Tatbestand des § 1 Abs. 10 Nr. 4 ZAG erfasst. Es kommt hingegen für die Gesetzesanwendung nicht darauf an, ob, wann und für welche Zwecke das abgehobene Geld verbraucht werden soll. Die Mittelverwendung ist für die

Qualifizierung der Bargeldauszahlung als Nicht-Zahlungsdienst vielmehr ohne jede Bedeutung.

Insbesondere stellt § 1 Abs. 10 Nr. 4 ZAG keine sozialpolitische Lenkungsnorm dar, die es der Beklagten ermögliche, nach eigener Einschätzung bestimmte Auszahlungsvorgänge als erwünscht, andere hingegen als unerwünscht anzusehen mit der Folge, dass letztere entgegen dem Wortlaut der Vorschrift doch als Zahlungsdienste zu qualifizieren seien mit der weiteren Folge, dass sie dem Aufsichtsregime der Beklagten unterlägen. Schon der Wortlaut der Bestimmung lässt keinen Raum für eine derartige Differenzierung nach (ebenfalls nicht im Gesetz festgelegten) Wertungsgesichtspunkten. Folglich kann der Beklagten auch nicht gefolgt werden, soweit sie die Auffassung vertritt, dass die Aushändigung im Sinne von § 1 Abs. 10 Nr. 4 ZAG einen legalen Mittelzufluss erfordere und dass es hieran fehle. Auch für diese Auslegung findet sich im Wortlaut der Vorschrift nicht der mindeste Anhaltspunkt. Im Übrigen beruft sich die Beklagte zur Begründung ihrer Einschätzung, die Bargeldauszahlung sei hier als rechtswidrig anzusehen, auf gewerberechtliche Gesichtspunkte, deren Berücksichtigung ihr verwehrt ist. Die Aufsichtstätigkeit der Beklagten kann sich zulässigerweise nur an Gesichtspunkten und Erwägungen orientieren, die in einem Zusammenhang mit dem ZAG stehen. Erwägungen, die nicht auf das ZAG und die rechtlichen Maßstäbe für die Aufsicht über Finanzdienstleistungen zurückgeführt werden können, insbesondere allgemeine oder spezielle ordnungsrechtliche Erwägungen – wie hier –, sind der Zuständigkeit der Beklagten entzogen und können mithin weder Maßnahmen der Beklagten noch deren Ablehnung rechtfertigen. Es bedarf mithin hier keiner Entscheidung, ob die Bargeldauszahlungen durch die Klägerin im Hinblick auf die für die Ausübung von Glücksspielen geltenden Vorschriften womöglich als rechtswidrig anzusehen sind.

Die Sache ist spruchreif im Sinne des § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO, denn die in die Kompetenz des Gerichts fallenden Feststellungen und Überlegungen ermöglichen eine abschließende Entscheidung über das Klagebegehren (Kopp/Schenke, VwGO¹⁷, § 113 Rdnr.193). Die Klägerin hat einen Anspruch auf die begehrte Zweifelsfallentscheidung und der Beklagten steht im Hinblick auf § 3 Abs. 4 ZAG ein Ermessensspielraum nicht zu. Die Vorlage weiterer Unterlagen, wie sie die Beklagte fordert, ist für die Entscheidung über die Erfüllung der Voraussetzungen des § 1 Abs. 10 Nr. 4 ZAG nicht erforderlich, da hier durch die Notwendigkeit der PIN-Eingabe vor der Ausführung der Bargeldauszahlung jeweils sichergestellt ist, dass durch den Zahlungsvorgang nur die Rechtsbeziehungen zwischen dem Zahler und seinem Finanzinstitut berührt werden.

Als unterliegende Beteiligte hat die Beklagte die Kosten des Verfahrens zu tragen (§ 154 Abs. 1 VwGO).

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i. V. m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Die Berufung ist nach § 124a Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zuzulassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat. Zwar wird hier nur über die Anwendung des ZAG auf die konkrete Geschäftstätigkeit der Klägerin entschieden. Die Beteiligten haben aber deutlich gemacht, dass vielfach vergleichbare Geschäftsmodelle praktiziert werden.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die zugelassene Berufung zu. Sie ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils bei dem

Verwaltungsgericht Frankfurt am Main
Adalbertstraße 18
60486 Frankfurt am Main

einulegen. Die Berufung muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Die Berufung ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht zugleich mit der Einlegung der Berufung erfolgt, bei dem

Hessischen Verwaltungsgerichtshof
Brüder-Grimm-Platz 1 - 3
34117 Kassel

einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten sowie die im Einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe).

Vor dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof besteht gemäß § 67 Abs. 4 VwGO Vertretungszwang. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren beim Hessischen Verwaltungsgerichtshof eingeleitet wird. Ein Beteiligter, der nach Maßgabe des § 67 Abs. 4 Sätze 3 und 5 VwGO zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.

Bei den hessischen Verwaltungsgerichten und dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof können elektronische Dokumente nach Maßgabe der Verordnung der Landesregierung über den elektronischen Rechtsverkehr bei hessischen Gerichten und Staatsanwaltschaften vom 26. Oktober 2007 (GVBl. I, S. 699) eingereicht werden. Auf die Notwendigkeit der qualifizierten digitalen Signatur bei Dokumenten, die einem schriftlich zu un-

terzeichnenden Schriftstück gleichstehen, wird hingewiesen (§ 55a Abs. 1 Satz 3 VwGO).

Dr. Burkholz

Ott

Prof. Dr. Dr. Tiedemann

R80.13

Vorstehende Abschrift stimmt mit der Urschrift überein.

Beglaubigt:

Frankfurt am Main, den 16.09.2015

Geßner
Justizbeschäftigte

