

CB-BEITRAG

Dr. Jens H. Kunz, LL.M. (UT Austin), RA

Die neue Zahlungsdiensterichtlinie (PSD II): Regulatorische Erfassung „Dritter Zahlungsdienstleister“ und anderer Leistungsanbieter – Teil 1

Im Folgenden wird ein Überblick zu besonders relevanten Änderungen gegeben, welche die PSD II auf dem Gebiet des Aufsichtsrechts mit sich bringt. Diese Änderungen sind nicht nur für derzeit regulierte Unternehmen relevant, sondern wegen der Ausweitung der erlaubnispflichtigen Zahlungsdienste sowie der Einschränkung von Ausnahmen auch für viele andere Unternehmen, die im Bereich der Zahlungsdienste Leistungen erbringen und nun prüfen müssen, ob zusätzliche Compliance-Maßnahmen erforderlich werden. Die zivilrechtlichen Neuerungen der PSD II werden dabei nicht bzw. nur insoweit beleuchtet, als sie mit aufsichtsrechtlichen Pflichten unmittelbar zusammenhängen. Der Beitrag erscheint in zwei Teilen. Während der nachfolgende erste Teil insbesondere den positiven Geltungsbereich der PSD II skizziert, wird sich der in CB 12/2016 erscheinende zweite Teil mit der Einschränkung von Ausnahmeregelungen sowie neuen Pflichten der Zahlungsdienstleister auseinandersetzen.

I. Einleitung

Die seit einiger Zeit zu beobachtende Verschärfung und Ausweitung der Regulierung im Finanzsektor hat mit der am 13.1.2016 in Kraft getretenen zweiten Richtlinie über Zahlungsdienste¹ (PSD II) auch den Bereich der Zahlungsdienste erfasst. Die PSD II soll dem Umstand Rechnung tragen, dass sich der Markt für Massenzahlungsverkehr in den letzten Jahren erheblich verändert hat. Technische Innovationen haben zu einem großen Anstieg elektronischer und mobiler Zahlungen sowie zum Aufkommen neuer Arten von Zahlungsdiensten geführt.² So hat das massive Wachstum des Onlinehandels innovative Online-Bezahlsysteme wie z. B. Paypal, giropay, SOFORT Überweisung oder iDeal begünstigt, die bislang oft keinen regulatorischen Anforderungen unterliegen.³ Mit der PSD II soll diesen technischen Entwicklungen Rechnung getragen und für den Zahlungsverkehr innerhalb der Europäischen Union ein Level-Playing-Field geschaffen werden.⁴ Dabei sollen neue Innovationen gefördert, gleichzeitig aber auch der Verbraucherschutz sowie die Sicherheit von Kundendaten gestärkt werden.⁵

Die EU-Mitgliedstaaten haben nunmehr bis zum 13.1.2018 die Vorgaben der PSD II, die zu diesem Zeitpunkt die erste Richtlinie über Zahlungsdienste⁶ (PSD) ersetzen wird, in nationales Recht umzusetzen. Dies wird nicht nur zu erheblichen Änderungen des Zahlungsdienstenaufsichtsgesetzes⁷ (ZAG) führen, mit dem die aufsichtsrechtlichen Vorgaben der PSD in deutsches Recht überführt wurden,⁸ sondern auch zahlreiche Änderungen der zivilrechtlichen Regelungen für

die Erbringung von Zahlungsdiensten erfordern, die sich derzeit in §§ 675c ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches⁹ (BGB) und Art. 248 des

- 1 RL (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der RL 2002/65/EG, 2009/110/EG und RL 2013/36/EU und der VO (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der RL 2007/64/EG (ABIEU Nr. L 337 vom 23.12.2015, S. 35 ff.).
- 2 Erwägungsgrund (3) PSD II.
- 3 Erwägungsgrund (4) PSD II.
- 4 Erwägungsgrund (3) S. 1 PSD II.
- 5 Erwägungsgründe (4) ff. PSD II.
- 6 RL 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.11.2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der RL 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der RL 97/5/EG (ABIEU Nr. L 319 vom 5.12.2007, S. 1 ff.).
- 7 Gesetz über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten vom 15.6.2009, BGBl. I 2009, 1506.
- 8 Freilich beschränkt sich das ZAG schon derzeit nicht auf die Umsetzung der aufsichtsrechtlichen Vorgaben der PSD, sondern setzt insbesondere auch die Zweite E-Geld-Richtlinie (RL 2009/110/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.9.2009 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten, zur Änderung der RL 2005/60/EG und RL 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der RL 2000/46/EG) in deutsches Recht um.
- 9 Bürgerliches Gesetzbuch i. d. F. der Bekanntmachung vom 2.1.2002 (BGBl. I 2002, 42, 2909; BGBl. I 2003, 738), das zuletzt durch Art. 3 des Gesetzes vom 24.5.2016 (BGBl. I 2016, 1190) geändert worden ist.

Einführungsgesetzes zum BGB¹⁰ finden. Wegen der Vielzahl an erforderlichen Änderungen wird dem Vernehmen nach erwogen, die PSD II in einem Rechtsakt umzusetzen und dabei auch das erst kürzlich in Kraft getretene Zahlungskontengesetz¹¹ (ZKG) zu integrieren.¹² Freilich ist bei solchen Überlegungen nicht zu verkennen, dass der Spielraum des nationalen Gesetzgebers ohnehin gering ist, weil mit der PSD II eine Vollharmonisierung angestrebt wird.¹³ Die Gestaltungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten beschränken sich damit auf die in Art. 107 Abs. 1 PSD II enthaltenen Optionsrechte. Der mit dem Gedanken eines Level-Playing-Fields zusammenhängende Ansatz einer Vollharmonisierung wird noch dadurch verstärkt, dass die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA) zur Konkretisierung verschiedener Regelungen über technische Regulierungsstandards und Leitlinien berufen ist.¹⁴ Einen einheitlichen Regulierungsrahmen für alle Arten digitaler Zahlungen schafft allerdings auch die PSD II nicht, weil es bei der Differenzierung zwischen Zahlungs- und E-Geld-Instituten bleibt. Der Rechtsrahmen für E-Geld-Institute wird weiterhin durch die Zweite E-Geld-Richtlinie gesetzt, die durch die PSD II lediglich teilweise an die neuen Vorgaben angepasst wird.¹⁵

II. Anwendungsbereich der PSD II: Bestimmungen zum positiven Geltungsbereich

Wegen der gegebenenfalls drastischen Auswirkungen für Unternehmen, die erstmals von der Regulierung erfasst werden könnten, sind aus der Compliance-Perspektive die Änderungen des Anwendungsbereichs der regulierten Zahlungsdienste nach PSD II von besonderer Bedeutung. Dabei ist rechtstechnisch zwischen dem positiven Anwendungsbereich der PSD II einerseits und dem negativen Anwendungsbereich über Ausnahmen andererseits zu unterscheiden. Diese Aufteilung findet sich bereits in der PSD und wird auch im ZAG reflektiert, wenn in § 1 Abs. 2 ZAG die Zahlungsdienste definiert werden, um dann in § 1 Abs. 10 ZAG die Ausnahmen von den Zahlungsdiensten aufzuführen. Durch die PSD II wird nun der Anwendungsbereich der vom Zahlungsdiensteaufsichtsrecht erfassten Sachverhalte sowohl in positiver als auch in negativer Hinsicht über zusätzliche Tatbestände für erlaubnispflichtige Dienstleistungen, eine örtliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs sowie die Einschränkung von Ausnahmen erheblich ausgeweitet. Im Folgenden soll zunächst auf die Änderungen des positiven Geltungsbereichs der PSD II eingegangen werden.

1. Einbeziehung „Dritter Zahlungsdienstleister“

Besonders augenfällig wird die Erweiterung des Regulierungsumfanges durch die Aufnahme der sog. „Dritten Zahlungsdienstleister“ in die PSD II. Mit diesem Begriff werden Anbieter im zahlungsdienstnahen Bereich beschrieben, die bislang nicht reguliert werden.¹⁶ Von der PSD II nunmehr erfasst und erstmals als Zahlungsdienste eingeordnet werden Zahlungsauslösedienste und Kontoinformationsdienste.¹⁷ Damit reagiert der europäische Gesetzgeber auf aktuell bereits bestehende Geschäftsmodelle,¹⁸ die den etablierten Zahlungsdienstleistern in jüngster Zeit mit innovativen Ideen Konkurrenz machen. Der Markteintritt einer neuen Kategorie von Anbietern mit zahlungsdienstbezogenen Leistungen wie z. B. soziale Netzwerke wird indes mit der PSD II nicht antizipiert.¹⁹

a) Zahlungsauslösedienste

Ausgangspunkt für das Verständnis der Zahlungsauslösedienste ist Art. 4 Nr. 15 PSD II. Dort werden die entsprechenden Leistungen als

ein Dienst definiert, der auf Antrag des Zahlungsdienstnutzers einen Zahlungsauftrag in Bezug auf ein bei einem anderen Zahlungsdienstleister geführtes Konto auslöst. Bei einem solchen Zahlungsdienst²⁰ sind demnach mit dem Zahlungsdienstnutzer, dem kontoführenden Zahlungsdienstleister²¹ und dem Zahlungsauslösedienstleister²² immer mindestens drei Parteien beteiligt. Darüber hinaus ist typischerweise noch ein Online-Händler als Zahlungsempfänger in die Abwicklung des Zahlungsvorgangs eingebunden.

In den Erwägungsgründen der PSD II wird mit Blick auf die Zahlungsauslösedienste darauf verwiesen, dass in den letzten Jahren im Bereich der Internetzahlungen neue Arten von Zahlungsdiensten entstanden seien.²³ Insbesondere seien Zahlungsauslösedienste im Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs entstanden, die eine Softwarebrücke zwischen der Website des Händlers und der Plattform des kontoführenden Zahlungsdienstleisters des Zahlers einrichteten, um auf Überweisungen gestützte Zahlungen über das Internet auszulösen. Diese Dienste ermöglichten es dem Zahlungsauslösedienstleister, dem Zahlungsempfänger Gewissheit darüber zu geben, dass die Zahlung ausgelöst worden sei, um damit den Zahlungsempfänger zu veranlassen, die Ware unverzüglich freizugeben oder die Dienstleistung unverzüglich zu erbringen.²⁴ Da solche Dienste nicht der Richtlinie 2007/64/EG unterlägen und nicht zwangsläufig beaufsichtigt würden, stellten sich eine Reihe von Fragen, z. B. in Bezug auf den Verbraucherschutz, die Sicherheit, die Haftung, den Wettbewerb und den Datenschutz.²⁵ Mit der PSD II solle nun Kontinuität im Markt gewährleistet und gleichzeitig bestehenden und neuen Dienstleistern unabhängig von ihrem Geschäftsmodell die Möglichkeit gegeben werden, ihre Dienste in einem klaren und harmonisierten Rahmen anzubieten.²⁶

10 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche i. d. F. der Bekanntmachung vom 21.9.1994 (BGBl. I 1994, 2494; BGBl. I 1997, 1061), das durch Art. 55 des Gesetzes vom 8.7.2016 (BGBl. I 2016, 1594) geändert worden ist.

11 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontoentgelten, den Wechsel von Zahlungskonten sowie den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen vom 11.4.2016 (BGBl. I 2016, 720).

12 Vgl. *Findeisen*, WM 2016, 1765, 1774.

13 Art. 107 PSD II; vergleichbar insoweit bereits Art. 86 PSD.

14 Vgl. bspw. Art. 95 Abs. 3 und Art. 98 PSD II.

15 Vgl. Art. 111 PSD II; kritisch zu diesem Ansatz *Spindler/Zahrte*, BKR 2014, 265, 267.

16 Vgl. bspw. *Kokert/Held*, BaFin-Journal, Juni 2014, 26, 27.

17 Art. 4 Nr. 15 und 16 sowie Anhang I PSD II.

18 Vgl. European Commission, Payment Services Directive: frequently asked questions (8.10.2015), wo unter „Key Benefits“ auf SOFORT Überweisung in Deutschland, iDeal in den Niederlanden und Trustly in Schweden hingewiesen wird (abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5793_de.htm?locale=en, Abruf: 10.10.2016).

19 Insoweit kritisch *Spindler/Zahrte*, BKR 2014, 265, 268.

20 Vgl. Art. 4 Nr. 3 i. V. m. Anhang I PSD II.

21 Art. 4 Nr. 17 PSD II führt diesen Begriff neu ein, um zu den unter PSD II praktisch bedeutsamer werdenden Zahlungsdienstleistern abzugrenzen, die selbst keine Zahlungskonten bereitstellen oder führen.

22 Nach Art. 4 Nr. 18 PSD II handelt es sich dabei um einen Zahlungsdienstleister, der Zahlungsauslösedienste gewerblich anbietet.

23 Erwägungsgrund (27) PSD II.

24 Erwägungsgrund (29) PSD II.

25 Erwägungsgrund (29) PSD II.

26 Erwägungsgrund (33) der PSD II.

Damit zeigt sich, dass der europäische Gesetzgeber mit Zahlungsauslösediensten bestimmte Überlegungen verbindet, die in der gesetzlichen Definition so nicht bzw. nicht ausdrücklich reflektiert sind. Vielmehr ist der in der gesetzlichen Regelung enthaltene zentrale Begriff des *Auslösens* unscharf. Fraglich ist nun, wie sich dies auf das gebotene Verständnis von Zahlungsauslösediensten auswirkt. Dies ist insbesondere für solche Anbieter von Belang, die bislang als lediglich technische Dienstleister i. S. v. § 1 Abs. 10 Nr. 9 ZAG bzw. Art. 3 lit. j) PSD eingestuft wurden und deshalb nicht als Zahlungsdienstleister gelten.²⁷ Für solche Dienstleister stellt sich künftig die Frage, ob sie die durch die PSD II neu eingeführten Zahlungsdienste erbringen. Die weiterhin bestehende Ausnahme für technische Dienstleister trägt insoweit jedenfalls nicht zur Klärung bei, weil Zahlungsauslösedienste und Kontoinformationsdienste von dieser Ausnahme nicht erfasst werden.²⁸

aa) Wortlaut und Systematik

Mit dem in der PSD II nicht näher definierten Begriff des Auslösens könnte vom Wortsinn her ein in Gang setzen, Hervorrufen oder noch allgemeiner ein Bewirken gemeint sein. Da aus der Berücksichtigung des Wortes *auslösen* an anderen Stellen der PSD II²⁹ keine weiterführenden Erkenntnisse zu ziehen sind, ist die konkrete Begriffsbedeutung in einem ersten Schritt durch eine systematische Auslegung innerhalb von Art. 4 Nr. 15 PSD II sowie durch eine am Sinn und Zweck der Norm orientierte Gesetzesinterpretation zu ermitteln.

Insoweit ist festzustellen, dass ein Zahlungsauslösedienst einen *Antrag* eines Zahlungsdienstnutzers zur *Durchführung eines Zahlungsauftrags* voraussetzt. Was unter einem Zahlungsauftrag zu verstehen ist, wird in Art. 4 Nr. 13 PSD II konkretisiert. Hiernach ist ein Zahlungsauftrag ein Auftrag, den ein Zahler oder Zahlungsempfänger seinem Zahlungsdienstleister zur Ausführung eines Zahlungsvorgangs erteilt. Zahlungsvorgang wiederum wird in Art. 4 Nr. 5 PSD II definiert als Bereitstellung, Transfer oder Abhebung eines Geldbetrags, die bzw. der von dem Zahler, im Namen des Zahlers oder vom Zahlungsempfänger ausgelöst wird, und zwar unabhängig von etwaigen zugrunde liegenden Verpflichtungen im Verhältnis zwischen Zahler und Zahlungsempfänger. Nicht näher definiert wird indes die Bedeutung des „Antrags“ i. S. v. Art. 4 Nr. 15 PSD II. Damit dürfte jedoch nur gemeint sein, dass der Zahlungsauslösedienstleister nicht selbst den ersten Anstoß für einen Zahlungsvorgang setzt, sondern dieser von dem Zahlungsdienstnutzer kommen muss. Dieser Anstoß in Form eines Antrags dürfte daher als die nach Art. 64 Abs. 1 S. 1 PSD II erforderliche Zustimmung zum bzw. Autorisierung des Zahlungsvorgangs einzustufen sein bzw. diese Zustimmung bzw. Autorisierung zumindest beinhalten. Dies dürfte weiter bedeuten, dass ein Zahlungsauslösedienstleister den Zahlungsvorgang nicht selbst ausführt, sondern diesen durch einen anderen Zahlungsdienstleister anstößt. Diese Auslegung wird auch durch Art. 66 Abs. 3 lit. a) PSD II gestützt, wonach ein Zahlungsauslösedienstleister nicht in den Besitz der Gelder des Zahlers kommen darf, sofern er nur Zahlungsauslösedienste erbringt.³⁰ Damit steht der Zahlungsauslösedienst zwischen der Autorisierung des Zahlungsvorgangs durch den Zahlungsdienstnutzer und der Ausführung des Zahlungsvorgangs durch das zahlungskontoführende Institut.

bb) Telos der Norm

Gewichtet man ferner, dass es mit den Zahlungsauslösediensten dem Zahlungsauslösedienstleister ermöglicht werden soll, dem Zahlungsempfänger die Gewissheit über die Auslösung der Zahlung zu

geben,³¹ spricht vieles dafür, eine Zahlungsauslösung i. S. d. PSD II nur dann anzunehmen, wenn der Dienstleister bis auf die Autorisierung der Zahlung alles Erforderliche in die Wege leitet, um den kontoführenden Zahlungsdienstleister zur Durchführung des Zahlungsvorgangs zu veranlassen.³² Daraus wurde bspw. jüngst abgeleitet, ein Zahlungsauslösedienst liege nicht vor, wenn ein Zahlungsdienstnutzer selbst – und nicht der dritte Dienstleister – im Online-Banking die TAN zur Autorisierung einer Zahlung eingebe, weil der Kunde selbst den Zahlungsvorgang und den Zahlungsauftrag auslöse.³³

Aus dem Hinweis in den Erwägungsgründen, dass mit einem Zahlungsauslösedienst dem Zahlungsempfänger die Gewissheit über die Auslösung der Zahlung gegeben werde,³⁴ ist überdies zu folgern, dass ein besonderes Verhältnis zwischen dem Zahlungsauslösedienstleister und dem Zahlungsempfänger besteht. Teilweise wird sogar davon ausgegangen, dieses Verhältnis sei das vertraglich prägende, während es nicht notwendigerweise einen Vertrag zwischen dem Zahler und dem Zahlungsauslösedienstleister geben müsse.³⁵ Ob man nun so weit gehen kann, mag dahinstehen. Jedoch zeigt ein Blick auf die Praxis der derzeit vorhandenen Dienstleister, die der europäische Gesetzgeber bei der Einführung des neuen Zahlungsauslösedienstes im Blick hatte, dass diese von dem Zahlungsempfänger üblicherweise auf dessen Website als Bezahlverfahren angegeben wird. Das zwischen dem Zahlungsempfänger und dem Dienstleister bestehende Verhältnis muss nun nicht unbedingt eine direkte Vertragsbeziehung sein, sondern kann auch über einen sog. Aggregator vermittelt werden. Jedenfalls besteht typischerweise und offenbar auch nach Vorstellung des europäischen Gesetzgebers eine ggf. indirekte Beziehung zwischen dem Dienstleister und dem Zahlungsempfänger.

Angesichts des Ziels der PSD II, mit der Regulierung der dritten Zahlungsdienstleister den Verbraucherschutz zu verbessern, kommt für eine teleologische Auslegung des Zahlungsauslösedienstes der Frage besondere Bedeutung zu, ob sich das Risiko von unautorisierten Zahlungsvorgängen bzw. anderweitigem Missbrauch von kontorelevanten Daten durch die Leistungen eines Anbieters strukturell erhöht. Ist dies der Fall, spricht vieles für die Einordnung als Zahlungsauslösedienstleister; andernfalls dürfte das betreffende Leistungsangebot lediglich als technische Dienstleistung i. S. v. Art. 3 lit. j) PSD II einzuordnen sein, sofern nicht die Erbringung eines anderen Zahlungsdienstes in Betracht kommt.

27 Vgl. dazu *Casper*, in: *Casper/Terlau*, ZAG, 2014, § 1, Rn. 94, wo bspw. Rechenzentren ohne kontenmäßige Verbuchung als Beispiel aufgeführt werden.

28 Vgl. Art. 3 lit. j) PSD II.

29 Vgl. bspw. Art. 45 Abs. 1 lit. a) und Abs. 2, Art. 46 S. 1, Art. 47, 64 Abs. 2 S. 2 PSD II.

30 Vgl. Erwägungsgrund (31) der PSD II.

31 Vgl. Erwägungsgrund (29) S. 1 der PSD II.

32 So auch *Terlau*, *jurisPR-BKR* 2/2016, Anm. 1, sub III.1.b)cc).

33 *Terlau*, *jurisPR-BKR* 2/2016, Anm. 1, sub III.1.c) mit Verweis auf die von Giro-pay, iDeal und eps angebotenen Dienstleistungen zur Unterstützung der Zahlungsabwicklung. Ob dies im Hinblick auf die genannten Diensteanbieter richtig ist, erscheint allerdings fraglich. Zweifel können jedenfalls bei einem Blick auf das Fact Sheet der Europäischen Kommission, *Payment Services Directive: frequently asked questions*, 8.10.2015, aufkommen, weil dort iDeal als einer der Anbieter genannt wird, der künftig als Zahlungsauslösedienstleister von der PSD II erfasst sei und bei diesem Dienst der Zahlungsdienstnutzer die für die Autorisierung der Zahlung erforderlichen Daten selbst einzugeben hat (abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5793_de.htm?locale=en, Abruf: 10.10.2016).

34 Vgl. Erwägungsgrund (29) S. 1 der PSD II.

35 Vgl. *Terlau*, *ZBB* 2016, 122, 133f.

Auf Grundlage des vorstehenden Befundes ist somit die Anschlussfrage zu beantworten, wann sich durch die Leistungen eines Anbieters das Risiko von unautorisierten Zahlungsvorgängen bzw. anderweitigem Missbrauch von kontorelevanten Daten strukturell erhöht. Dies dürfte dann der Fall sein, wenn ein Zahler aufgrund eines vom Zahlungsempfänger zumindest zur Auswahl gestellten Bezahlvorgangs sensible Zahlungsdaten übermittelt. Damit kommt der Stellung des Leistungsanbieters im Bezahlvorgang eine entscheidende Rolle zu. Steht er gänzlich im Lager des Zahlers und erbringt seine Leistung bei Durchführung eines Zahlungsvorgangs nicht aufgrund einer entsprechenden Auswahl an Bezahlvorgängen des Zahlungsempfängers, dann sollte keine relevante strukturelle Risikoerhöhung und damit auch kein Zahlungsauslösedienst vorliegen. Mit den Zahlungsauslösediensten sollen nämlich ausweislich der Erwägungsgründe der PSD II solche Leistungsangebote als Zahlungsdienste reguliert werden, die auch dem Zahlungsempfänger einen Vorteil erbringen und damit – insoweit typisch für die bisherigen Zahlungsdienstleister – zwischen dem Zahler und dem Zahlungsempfänger stehen.

Für dieses Auslegungsergebnis spricht überdies, dass ansonsten Unternehmen, deren Unterstützung bei der Verwaltung seiner Zahlvorgänge sich der Zahler seit vielen Jahren bedient, als Zahlungsauslösedienstleister einzuordnen sein könnten, obwohl sich in der PSD II keine Hinweise auf eine solche grundlegende Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Zahlungsauslösedienste finden. Ein Regulierungsbedürfnis ist in diesen Fällen auch nicht ersichtlich, weil es grundsätzlich die Entscheidung der Unternehmen ist, wie sie sich intern organisieren, insbesondere ob sie sich externer Unterstützung bei der Verwaltung ihres eigenen Rechnungswesens bedienen. Insoweit besteht strukturell ein Unterschied zur Situation, bei der ein Anbieter als Mittler zwischen dem Zahler und Zahlungsempfänger vergleichbar einem der bisherigen Zahlungsdienstleister auftritt und dem Zahlenden auch so bspw. auf der Website eines Webshops als Zahlungsempfänger präsentiert wird. In dieser Konstellation hat der Zahler gar nicht die Möglichkeit, seine Interessen an der Sicherheit seiner Daten so durchzusetzen, wie er es bei der Beauftragung eines Unternehmens zur Unterstützung des eigenen Rechnungswesens könnte.

Somit sollten künftig nur solche Dienste als Zahlungsauslösedienste eingestuft werden, die die Durchführung einer Zahlung anstoßen und dabei zwischen der Autorisierung des Zahlungsvorgangs durch den Zahlungsdienstnutzer und der Ausführung des Zahlungsvorgangs durch das zahlungskontoführende Institut stehen und überdies das Risiko von unautorisierten Zahlungsvorgängen bzw. anderweitigem Missbrauch von kontorelevanten Daten strukturell erhöhen. Andere Anbieter sollten auch künftig lediglich als technische Dienstleister i. S. v. Art. 3 lit. j) PSD II anzusehen sein, die keine Zahlungsdienste erbringen.

b) Kontoinformationsdienste

Ebenfalls neu ist die regulatorische Erfassung von Kontoinformationsdiensten. Darunter werden Online-Dienste verstanden, die dem Kunden konsolidierte Informationen über ein oder mehrere Zahlungskonten mitteilen, das bzw. die ein Zahlungsdienstnutzer bei einem oder mehreren Zahlungsdienstleistern hält.³⁶ Nach den Vorstellungen des europäischen Gesetzgebers nutzen diese Dienste Online-Schnittstellen des kontoführenden Zahlungsdienstleisters, um dem Zahlungsdienstnutzer „in Echtzeit“ einen Gesamtüberblick über seine finanzielle Situation zu einem bestimmten Zeitpunkt zu geben.³⁷

Vergleichbar den Beweggründen zur Regulierung der Zahlungsauslösedienste beabsichtigt der europäische Gesetzgeber mit der Erfassung der Kontoinformationsdienste in der PSD II, die Kontodaten der Nutzer zu schützen und Rechtssicherheit hinsichtlich des Status der Kontoinformationsdienstleister zu schaffen.³⁸

Es besteht freilich auch insoweit eine weitere Parallele zu den Zahlungsauslösediensten, als der Wortlaut von Art. 4 Nr. 16 PSD II auslegungsbedürftig ist und nicht explizit sämtliche in den Erwägungsgründen vorausgesetzten Merkmale von Kontoinformationsdiensten enthält. Ob eine Dienstleistung als Kontoinformationsdienst einzuordnen ist, kann somit im Einzelfall unklar sein. Zweifel bestehen z. B. bei Dienstleistern, die Kontoinformationen bereitstellen, ohne die Daten zusammenzufassen oder auf sonstige Weise zu bearbeiten. Nach dem Wortlaut von Art. 4 Nr. 16 PSD II (Mitteilung „konsolidierter“ Informationen) sowie den Erwägungsgründen („aggregierte“ Online-Informationen; „Gesamtüberblick“ über die finanzielle Situation)³⁹ sind solche Dienste erfasst, die eine über die bloße Übermittlung von Kontoinformationen hinausgehende Leistung erbringen. Gegen eine entsprechende Beschränkung spricht indes, dass solche zusätzlichen Leistungen bei der Information über lediglich ein Zahlungskonto – ein ausdrücklich von Art. 4 Nr. 16 PSD II erfasster Fall – oft nicht erbracht werden dürften. Der Zahlungsdienstleister erlangt bei einer bloßen Weitergabe von Kontoinformationen zudem genauso Zugriff auf die Kontodaten des Kunden wie ein Dienstleister, der die Daten zusätzlich noch bearbeitet. Der Zweck der Norm, die Kundendaten des Nutzers vor Missbrauch zu schützen, ist deshalb in beiden Fällen gleichermaßen betroffen.

Auslegungsbedürftig ist auch, wann eine „Mitteilung“ von Informationen anzunehmen ist. Denkbar ist bspw., dass ein Kunde die Informationen selbstständig im System des Zahlungsdienstleisters abrufen oder der Zahlungsdienstleister die Informationen dem Kunden aktiv anbietet.⁴⁰ Entscheidend ist auch hier eine Auslegung nach dem Sinn und Zweck der PSD II, die Kontodaten der Kunden zu schützen. An einer Mitteilung von Informationen fehlt es deshalb dann, wenn der Zahlungsdienstleister zwar den Zugang zum Zahlungskonto herstellt, aufgrund der technischen Ausgestaltung aber überhaupt keinen Zugriff auf die Kontodaten des Kunden hat.

Fraglich ist überdies, ob tatsächlich das Erfordernis besteht, dass – wie in den Erwägungsgründen erwähnt – der Nutzer des Kontoinformationsdienstes „in Echtzeit“⁴¹ einen Überblick über seine finanzielle Situation bekommen muss. Unter Schutzzweckgesichtspunkten sollte dadurch der Anwendungsbereich der PSD II nicht eingeschränkt werden, so dass auch Dienste erfasst werden, die ggf. konsolidierte Kontoinformationen nur zu bestimmten Zeitpunkten, die nicht mit der Anfrage des Kunden übereinstimmen müssen, an den Kunden übermitteln.

Für die Praxis stellt sich weiter die Frage, ob auch Dienstleister erfasst sind, bei denen die Kontoinformation nur eine Nebenleistung darstellt, z. B. als Vorstufe zu der eigentlichen Hauptleistung. So könnten auch Steuerberater als Kontoinformationsdienstleister eingeordnet werden, da diese im Auftrag ihrer Kunden Kontoauszüge

36 Art. 4 Nr. 16 PSD II.

37 Erwägungsgrund (28) PSD II.

38 Erwägungsgrund (28) S. 4 PSD II.

39 Erwägungsgrund (28) S. 2 und S. 3 PSD II.

40 So auch *Terlau/Walter*, die bank, 11/2013, 45.

41 Erwägungsgrund (28) S. 3 PSD II.

sammeln und verarbeiten.⁴² Hier wäre es wünschenswert, dass der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung der PSD II Klarheit schafft. Ähnliche Themen stellen sich bereits heute bei der Auslegung des Finanztransfersgeschäfts i. S. v. § 1 Abs. 2 Nr. 6 ZAG, für das die BaFin bei der Abwicklung von Lohnzahlungen durch Steuerberater mit dem Argument, es handele sich lediglich um eine „gelegentliche Nebenleistung“, die Anwendbarkeit des Finanztransfersgeschäfts ablehnte.⁴³ Auch hier scheint ein Ansatz denkbar, der nach strukturellen Risiken unterscheidet. Wenn der Dienstleister deutlich in die Sphäre des Kunden eingegliedert ist und sich insofern von einem „neutralen“ Anbieter von Kontoinformationsdienstleistungen unterscheidet, dann sollte man diesen Dienstleister weiterhin als lediglich technischen Dienstleister i. S. v. Art. 3 lit. j) PSD II behandeln. Der Kunde hat es in diesen Fällen selbst in der Hand, über vertragliche Abreden in seinem Auftragsverhältnis für seinen Schutz Sorge zu tragen. Überdies dürfte es ansonsten zu einer Vielzahl von Kontoinformationsdienstleistern kommen, bei denen es sich in der Sache lediglich um Auslagerungsunternehmen handelt und die der europäische Gesetzgeber nicht erfassen wollte, als er den neuen Zahlungsdienst des Kontoinformationsdienstes einführt. Für die Rechtssicherheit solcher Anbieter wäre eine entsprechende Klarstellung im Umsetzungsgesetz jedenfalls äußerst hilfreich.

2. Zahlungen mit Drittstaatbezug

Auch der räumliche Anwendungsbereich für die Regulierung von Zahlungsdiensten wird mit der PSD II erweitert.⁴⁴ Die überwiegend zivilrechtlichen Regelungen in Titel III („Transparenz der Vertragsbedingungen und Informationspflichten für Zahlungsdienste“) und Titel IV („Rechte und Pflichten bei der Erbringung und Nutzung von Zahlungsdiensten“) gelten neuerdings – mit einigen Ausnahmen – auch bei sog. „one-leg-transactions“, bei denen nur einer der beiden Zahlungsdienstleister seinen Sitz in der Union hat und die in allen Währungen getätigt werden können. Allerdings ist diese Anwendung auf die Bestandteile der Zahlungsvorgänge beschränkt, die in der Union getätigt werden.⁴⁵ Durch diese Erweiterung sollen abweichende Ansätze in den Mitgliedstaaten zum Nachteil des Verbrauchers vermieden werden.⁴⁶

3. Wegfall der Zulassungspflicht für digitalisiertes Zahlungsgeschäft

Nicht unterschlagen werden soll, dass der Katalog der Zahlungsdienste in der PSD II nicht nur ergänzt, sondern in einem Punkt auch

reduziert wurde. Der Zahlungsdienst des digitalisierten Zahlungsgeschäfts⁴⁷ wurde gestrichen, so dass § 1 Abs. 2 Nr. 5 ZAG durch die Umsetzung der PSD II entfallen wird. Unter den Tatbestand des digitalisierten Zahlungsgeschäfts i. S. v. § 1 Abs. 2 Nr. 5 ZAG fallen Zahlungsvorgänge über ein Telekommunikations-, Digital- oder IT-Gerät, bei denen der Betreiber des Telekommunikations- oder IT-Systems ausschließlich als zwischengeschaltete Stelle fungiert. Mit Wegfall dieses Zahlungsdienstes steht allerdings noch nicht fest, dass die entsprechenden Leistungen künftig erlaubnisfrei sein werden. Dagegen spricht bereits, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der PSD II erweitern wollte. So hat die BaFin bereits ihre Auffassung geäußert, wonach das digitalisierte Zahlungsgeschäft künftig, je nach konkreter Ausgestaltung der Dienstleistung, unter den Tatbestand des Finanztransfersgeschäfts i. S. v. § 1 Abs. 2 Nr. 6 ZAG oder eines anderen Zahlungsdienstes fallen könne.⁴⁸

AUTOR



Dr. Jens H. Kunz, LL.M. (UT Austin), RA, ist Partner der internationalen Sozietät Noerr LLP. Die Schwerpunkte seiner Tätigkeit liegen im Finanzaufsichtsrecht einschließlich des Rechts des Zahlungsverkehrs sowie dem Bank- und Investmentrecht.

42 Haß/Först, die bank, 6/2014, 26, 28.

43 Vgl. BaFin, Az. GW3-QF-5100-2010/0036.

44 Vgl. hierzu auch Bauer/Glos, DB 2016, 456, 457.

45 Art. 2 Abs. 4 PSD II.

46 Erwägungsgrund (8) PSD II.

47 Anhang Nr. 7 PSD, umgesetzt in § 1 Abs. 2 Nr. 5 ZAG.

48 Rieg, BaFin-Journal März 2016, 27, 28.