

SOFORT GmbH ■ Theresienhöhe 12 ■ 80339 München

An die Vorsitzende des Finanzausschusses

MdB Ingrid Arndt-Brauer

Deutscher Bundestag

Platz der Republik 1

11011 Berlin

Per E-Mail an: finanzausschuss@bundestag.de

21. April 2017

Ihr Geschäftszeichen: PA 7-18/11495

Zusage zur Teilnahme an der öffentlichen Anhörung zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung "Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Zahlungsdiensterichtlinie" – BT-Drucksache 18/11495

Schriftliche Stellungnahme der Sofort GmbH

Sehr geehrte Frau Abgeordnete Arndt-Brauer,
sehr geehrte Damen und Herren,

vielen Dank für die Einladung zur öffentlichen Anhörung am 26.04.2017, die wir gerne annehmen. Von Seiten der Sofort GmbH wird der Unterzeichner, Geschäftsführer Dr. Jens Lütcke, teilnehmen.

Ferner danken wir für die Gelegenheit zur Abgabe einer schriftlichen Stellungnahme, welche wir hiermit übermitteln.

Im Folgenden möchten wir in einem ersten Schritt auf den Hintergrund und die Zielsetzungen der neuen Zahlungsdiensterichtlinie 2015/2366/EU vom 25. November 2015 (PSD2) eingehen und darauf basierend zu zwei Empfehlungen des Bundesrats (Drucksache 158/1/17 vom 20.03.2017) Stellung beziehen (dazu unter 1). Im zweiten Schritt möchten wir auf Punkte eingehen, die unseres Erachtens im Entwurf der Bundesregierung noch der Ergänzung bedürfen, um eine vollständige Umsetzung der PSD2 sicherzustellen (dazu unter 2). Schlussendlich haben wir uns erlaubt, auch die bereits veröffentlichte Stellungnahme der Deutschen Kreditwirtschaft zu kommentieren (dazu unter 3).

SOFORT GmbH
Theresienhöhe 12
80339 München
T +49 89 20 20 889 -0
F +49 89 20 20 889 -120
E info@sofort.com
W www.sofort.com

Geschäftsführung
Marc Berg
Dr. Jens Lütcke
Georg Schardt

Sitz der Gesellschaft
München
Deutschland
Amtsgericht
München, HRB 218 675
USt-IdNr.
DE248376956

Bankverbindung
Commerzbank
München
BIC COBADEFFXXX
IBAN DE74 7004 0041 0154 4444 00

I Hintergrund und Zielsetzungen der PSD2; Stellungnahme zu Empfehlungen des Bundesrates

a) PSD2 schützt PIS und AIS als Antwort auf kartellrechtswidrige Behinderung durch Banken

Die gesetzgeberische Einbeziehung von Zahlungsauslösediensten (PIS, Payment Initiation Services) und Kontoinformationsdiensten (AIS, Account Information Services) in die Zweite Zahlungsdiensterichtlinie (PSD2) wurde im Wesentlichen durch Kartellverfahren des Bundeskartellamts und der Europäischen Kommission ausgelöst. Das Bundeskartellamt hat im Jahr 2010 gegen die „Deutsche Kreditwirtschaft“ (DK; www.die-dk.de) ein Kartellverfahren eröffnet, weil die DK durch neue AGB der deutschen Banken und Sparkassen die Nutzung von bankunabhängigen Zahlungsauslösediensten untersagt hatte. Dies führte zu einer Unterlassungsklage durch den bankeigenen Zahlungsauslösedienst giropayi gegen die SOFORT GmbH vor dem Landgericht Köln. Um die drohende Marktabschottung gegenüber Nichtbanken abzuwenden, ist das Bundeskartellamt vor dem Landgericht Köln als *amicus curiae* eingeschritten und hat zusätzlich gegen die DK ein Kartellverfahren eröffnet (Az. B4-71/10). Der Beschluss des Bundeskartellamts vom 29.06.2016 ist im Internet veröffentlicht.² Hierin stellt das Bundeskartellamt fest, dass DK ihr Privileg für die Festsetzung gemeinsamer AGB der deutschen Banken und Sparkassen dazu missbraucht hat, den Zugang zum Markt für Online-Bezahlverfahren für bankunabhängige Zahlungsauslösedienste wettbewerbsbeschränkend und damit kartellrechtswidrig zu verschließen.

Im Jahr 2011 hat die Europäische Kommission (DG COMP) zudem ein Parallelverfahren gegen den Europäischen Bankenverband EPC eröffnet, weil eine geplante Rahmenvereinbarung der Europäischen Banken innerhalb des EPC wiederum die Nutzung von bankenunabhängigen Zahlungsauslösediensten unmöglich gemacht und diese Dienste aus dem Markt ausgeschlossen hätte (Az: COMP.39.876 – EPC online payments).³ Das Verfahren wurde eingestellt, nachdem der EPC sein Vorhaben zurückgezogen und der Europäischen Kommission zugesichert hatte, vergleichbare Behinderungsmaßnahmen auch auf nationaler Ebene zu unterlassen. Seitdem sammelt die Europäische Kommission in einem weiteren Untersuchungsverfahren (Az. COMP.40.125 – ePayments: Barriers to non bank players) laufend Hinweise auf weitere Behinderungen und Abschottungen gegenüber bankunabhängigen PIS, sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene.

Ausgelöst durch diese Behinderungen hat der europäische Gesetzgeber im Rahmen der Überarbeitung der ersten Zahlungsdiensterichtlinie 2007/64/EG vom 13.11.2007 (PSD I) beschlossen, PIS und AIS in die Re-

¹ Ein Gemeinschaftsunternehmen der deutschen Genossenschaftsbanken, der deutschen Sparkassen und der Postbank.

² http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Kartellverbot/2016/B4-71-10.pdf?__blob=publicationFile&v=2, noch nicht bestandskräftig.

³ Vgl. dazu die Pressemeldung zur Eröffnung und Einstellung des Verfahrens auf der Webseite der Kommission: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39876

gulierung aufzunehmen, um dadurch den Marktzugang für diese bankunabhängigen Dienste dem gesetzlichen Schutz (inkl. EU Pass-Porting) zu unterstellen. Vor dem Hintergrund der Kartellverfahren hat der europäische Gesetzgeber klargestellt, dass die Banken ihre AGB nicht dazu missbrauchen dürfen, die Nutzung von bankunabhängigen Diensten unmöglich zu machen oder zu behindern. Dies wird im Erwägungsgrund 69 PSD2 klargestellt:

„Die Geschäftsbedingungen oder andere dem Zahlungsdienstnutzer durch Zahlungsdienstleister auferlegte Pflichten zum Schutz personalisierter Sicherheitsmerkmale vor unbefugtem Zugriff sollten jedoch nicht so abgefasst sein, dass Zahlungsdienstnutzer davon abgehalten werden, die Vorteile der durch andere Zahlungsdienstleister angebotenen Dienste, einschließlich Zahlungsauslösedienste und Kontoinformationsdienste, zu nutzen. Ferner sollten solche Geschäftsbedingungen keine Bestimmungen enthalten, die die Nutzung von Zahlungsdiensten anderer gemäß dieser Richtlinie zugelassener oder registrierter Zahlungsdienstleister in irgendeiner Weise erschweren.“

Nach Erwägungsgrund 33 zielt die PSD2 darauf ab, „die Kontinuität im Markt sicherzustellen und gleichzeitig bestehenden und neuen Dienstleistern unabhängig von ihrem Geschäftsmodell die Möglichkeit zu geben, ihre Dienste in einem klaren und harmonisierten Rechtsrahmen anzubieten“. Diese Kontinuität im Markt schützt insbesondere bankunabhängige PIS und AIS in ihrer Möglichkeit „eine Softwarebrücke zwischen der Website des Händlers und der Plattform des kontoführenden Zahlungsdienstleisters des Zahlers einrichten, um auf Überweisungen gestützte Zahlungen über das Internet auszulösen“ (Erwägungsgrund 27). In Artikel 66 Abs. 1 PSD2 wird deshalb ausdrücklich das Recht der Kontoinhaber verankert, PIS und AIS zu verwenden. Die bisher im Markt vorhandenen bankunabhängigen PIS und AIS basieren auf diesem direkten Zugang über die Online-Banking-Webseiten, über die der Kontoinhaber unmittelbar auf sein Konto und seine Kontodaten zugreifen kann (direct access).

Integraler Bestandteil der Funktionsweise der geschützten Nutzung von PIS und AIS ist die **Weitergabe der personalisierten Sicherheitsmerkmale durch PIS und AIS**, siehe Erwägungsgrund 30:

„Die personalisierten Sicherheitsmerkmale, die für die sichere Kundenauthentifizierung durch den Zahlungsdienstnutzer oder durch den Zahlungsauslösedienstleister verwendet werden, sind in der Regel diejenigen, die vom kontoführenden Zahlungsdienstleister zur Verfügung gestellt werden. Zahlungsauslösedienstleister treten nicht notwendigerweise in ein Vertragsverhältnis mit den kontoführenden Zahlungsdienstleistern ein,

und unabhängig vom Geschäftsmodell der Zahlungsauslösedienstleister sollten die kontoführenden Zahlungsdienstleister es ihnen ermöglichen, sich auf die Authentifizierungsverfahren des kontoführenden Zahlungsdienstleisters zur Auslösung einer bestimmten Zahlung im Namen des Zahlers zu verlassen.“

Folglich schützt Artikel 97 Abs. 5 PSD2 diese sichere Weitergabe der Sicherheitsmerkmale durch die bankunabhängigen Dienstleister und verpflichtet die Mitgliedsstaaten sicherzustellen, „dass der kontoführende Zahlungsdienstleister dem Zahlungsauslösedienstleister und dem Kontoinformationsdienstleister gestattet, sich auf die Authentifizierungsverfahren zu stützen, die er dem Zahlungsdienstnutzer [...] bereitstellt“. Artikel 66 Abs. 3b PSD2 stellt klar, dass die personalisierten Sicherheitsmerkmale „vom Zahlungsauslösedienstleister über sichere und effiziente Kanäle übermittelt werden“. Geschützt wird im Rahmen des unmittelbaren Zugangs also gerade auch die für bankunabhängige PIS und AIS typische Funktion, die personalisierten Sicherheitsmerkmale mittels dieser Softwareangebote direkt an die eigene Bank des Zahlers zu übermitteln. Die Bank darf folglich diesen Zugang nicht verweigern und die Übermittlung der Sicherheitsmerkmale (Credentials) durch PIS und AIS nicht ausschließen.

b) Deutsche Rechtsprechung: Unmittelbarer Zugang und Weitergabe der personalisierten Sicherheitsmerkmale durch PIS und AIS durch PSD2 geschützt

Diese Regelungen der PSD2 wurden bereits durch Urteile des Landgerichts Mannheim (Az. 7 O 73/16, Urteil vom 10.02.2017) und des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main (Az. 11 U 123/15 (Kart), Urteil vom 24.08.2016) bekräftigt. Beide Gerichte haben geurteilt, dass die Weitergabe von PIN und TAN durch PIS und AIS durch die PSD2 geschützt sein wird und es den Banken durch Artikel 68 Abs. 5 PSD2 untersagt wird, diese Weitergabe durch ihre AGB zu untersagen.

Außerdem haben beide Gerichte die Feststellung des Bundeskartellamts bekräftigt, dass der Ausschluss der Weitergabe durch AGB aus kartellrechtlichen Gründen unzulässig ist. Der **vzbv e.V.** (<http://www.vzbv.de>) hatte in beiden Fällen gegen Reiseanbieter geklagt, die den Zahlungsauslösedienste SOFORT ohne Aufpreis anbieten, und vorgetragen, die Nutzung von SOFORT sei aufgrund der (kartellrechtswidrigen) AGB der deutschen Banken und Sparkassen für die Verbraucher unzumutbar. Die Gerichte haben diese Argumente verworfen und festgestellt, dass die Sicherheit von SOFORT unstreitig ist und auch vom vzbv nicht in Frage gestellt wird. Dieser hatte **keine konkreten Sicherheitsbedenken** vorgetragen und insbesondere nicht bestritten, dass es in den mehr als zehn Jahren der Tätigkeit von SOFORT und den vielen Millionen Transaktionen **keinen einzigen Missbrauchsfall** zu Lasten der Nutzer von SOFORT gegeben hat. Und soweit sich der vzbv auf die AGB der DK stützte, verwiesen die Gerichte darauf, dass (1) (übereinstimmend mit

dem Befund des Bundeskartellamts) diese AGB unwirksam und kartellrechtswidrig sind und (2) die Weitergabe von PIN und TAN durch einen PIS durch die PSD2 ausdrücklich und abschließend für zulässig erklärt worden ist.⁴

c) *Stellungnahme zu Empfehlungen des Bundesrates: Weitergabe von PIN und TAN durch AIS und PIS; Aussetzen weiterer Vorschriften der PSD2*

Aus diesen Grundlagen ergibt sich, dass der deutsche Gesetzgeber aufgrund der klaren unionsrechtlichen Vorgaben und Zielsetzungen in der PSD2 nicht befugt ist, die Weitergabe von personalisierten Sicherheitsmerkmalen durch einen Zahlungsauslösedienstleister an das kontoführende Institut im Rahmen der Umsetzung der PSD2 oder sonst zu beschränken.

Der Bundesrat hat um Prüfung gebeten, ob getrennte technische Zugangsdaten und -wege für Kunden und für Zahlungsauslösedienste zum Schutz der Verbraucher vorgeschrieben werden sollten. Dies wäre vor dem Hintergrund der oben dargelegten Bestimmungen der PSD2 allerdings unionsrechtlich nicht zulässig. Zudem ist dies unter dem Gesichtspunkt der Sicherheit auch schon nicht erforderlich. Denn im Rahmen der PSD2 können nur PIS und AIS tätig werden, die durch die Finanzaufsicht zugelassen und damit sicher sind. Ihre Sicherheit insbesondere beim Umgang mit personalisierten Sicherheitsmerkmalen wird geprüft und zertifiziert.

Wie durch das LG Mannheim und das OLG Frankfurt klargestellt (und vom vzbv nicht bestritten) gibt es **keine konkreten Sicherheitsbedenken** in dieser Hinsicht. Der einzige derzeit relevante bankunabhängige Zahlungsauslösedienst in Deutschland, SOFORT, ist unstreitig sicher und bietet ein **außergewöhnlich hohes Schutzniveau für die Verbraucher**. Es ist ferner unstreitig, dass es bis jetzt zu keinem einzigen Missbrauchsvorfall gekommen ist. Dieses gleiche hohe Sicherheits- und Schutzniveau wird künftig durch die PSD2 auch für neu hinzutretende Dienste im Markt für Online-Bezahlverfahren und Kontoinformationsdienste sichergestellt.

Der Bundesrat macht in seinen Empfehlungen zudem den Vorschlag, weitere Vorschriften zur Umsetzung der PSD2 bis zum Inkrafttreten der technischen Regulierungsstandards (RTS) nach Art. 98 Abs. 2 PSD2 auszusetzen. Der Katalog der Vorschriften, die bis zum Inkrafttreten der RTS noch nicht in Kraft treten (weil sie im Zusammenhang mit den RTS stehen), ist allerdings in der PSD2 **abschließend** festgelegt, siehe Art. 115 Abs. 4 PSD2:

⁴ Beide Urteile sind noch nicht rechtskräftig.

„Abweichend von Absatz 2 stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die in den Artikeln 65, 66, 67 und 97 genannten Sicherheitsmaßnahmen 18 Monate nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der in Artikel 98 genannten technischen Regulierungsstandards angewandt werden.“

Alle anderen Vorschriften müssen nach Art. 115 Abs. 2 PSD2 ab dem 13.01.2018 angewendet werden. Der deutsche Gesetzgeber hat daher im Rahmen der Umsetzung dieser abschließenden Harmonisierung nicht die Möglichkeit, über die abschließende Liste der ausgesetzten Vorschriften hinaus weitere Regelungen auszusetzen – insbesondere nicht wie der Bundesrat es anregt bei den zentralen Regelungen zur **Haftungsverteilung**, zum **Widerruf**, zum **Schutz des Zugangs vor Blockaden** nach Art. 68 PSD2.

Vor diesem Hintergrund begrüßt die Sofort GmbH die **Gegenäußerung der Bundesregierung** zu der Stellungnahme des Bundesrates in der BT-Drucksache 18/11929 vom 12.04.2017. Dort wird auf S. 15 zutreffend darauf hingewiesen, dass die beiden Vorschläge des Bundesrates mit der PSD2 unvereinbar sind. Zum einen trifft zu, dass die Weitergabe von personalisierten Sicherheitsmerkmalen an Zahlungsauslösedienstleister bereits der seit langem in Deutschland gelebten Praxis entspricht und dass das Bundeskartellamt in der oben zitierten Entscheidung vom 29.06.2016 festgestellt hat, dass eine die Weitergabe untersagende Regelung der Online-Banking-Bedingungen der DK rechtswidrig ist. Zur Recht hält die Bundesregierung ferner fest, dass nach der PSD2 und den von ihr vorgesehenen Durchführungsvorschriften kein Raum für abweichende nationale Regelungen verbleibt.

2 Anmerkungen zum Regierungsentwurf

Zum Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie (BT-Drucksache 18/11495) haben wir im Übrigen die folgenden Anmerkungen:

a) Direkter Zugang auf das Zahlungskonto des Zahlers

Der unmittelbare Zugang auf das Konto des Zahlers wird durch die PSD2 geschützt (vgl. dazu unsere ausführlichen Ausführungen in unserer Stellungnahme vom 04.01.2017 an das BMF und das BMJV, unter Punkt 2, S. 12 ff.). Zudem verweisen wir insoweit auf die bereits veröffentlichte **Stellungnahme des Bundeskartellamtes** vom 21.04.2017. Die SOFORT GmbH schließt sich insoweit – zur Vermeidung von Wiederholungen - dem Vortrag des Bundeskartellamtes an.

Da die PSD2 den direkten Zugang schützt, stellt der europäische Gesetzgeber auch klar, dass die Banken nicht das Recht haben, die Nutzung von PIS und AIS auf einen indirekten, mittelbaren Zugang zu beschränken, vgl. Erwägungsgrund 32:

„Solche Zahlungsauslösedienste beruhen entweder auf dem unmittelbaren oder dem mittelbaren Zugang des Zahlungsauslösedienstleisters zu den Konten des Zahlers. Ein kontoführender Zahlungsdienstleister, der einen Mechanismus für den mittelbaren Zugang bereitstellt, sollte den Zahlungsauslösedienstleistern auch den unmittelbaren Zugang gestatten.“

Entsprechend legt Erwägungsgrund 93 fest, dass den Banken im Rahmen der Umsetzung der PSD2 nicht die Möglichkeit gegeben werden darf, den Anbietern von PIS und AIS ein bestimmtes Geschäftsmodell vorzuschreiben, durch das der unmittelbare Zugang zu den Konten versperrt werden würde:

„Es ist notwendig, einen eindeutigen Rechtsrahmen festzulegen, der die Bedingungen dafür enthält, unter denen Zahlungsauslösedienstleister und Kontoinformationsdienstleister ihre Dienste mit Zustimmung des Kontoinhabers erbringen können, ohne dass der kontoführende Zahlungsdienstleister von ihnen verlangt, für diese Arten von Diensten ein besonderes Geschäftsmodell, ob auf der Grundlage eines unmittelbaren oder eines mittelbaren Zugangs, zu verwenden.“

Auf dieser Grundlage schützt also Artikel 66 Abs. 1 PSD2 das Recht der Kontoinhaber, PIS und AIS gerade auch für den unmittelbaren Zugriff auf ihre Konten zu verwenden. Und Artikel 68 Abs. 5 PSD2 verbietet es den kontoführenden Banken, diesen Zugriff zu blockieren oder zu behindern: Sie dürfen diesen Zugang nur dann ausnahmsweise verweigern, wenn „objektive und gebührend nachgewiesene Gründe“ für einen nicht-autorisierten oder betrügerischen Zugriff dies rechtfertigen – und müssen eine solche Verweigerung umgehen beseitigen und bei der Aufsichtsbehörde anzeigen.

Wie vom Bundeskartellamt gefordert, ist daher in § 48 ZAG eine Klarstellung aufzunehmen, die den direkten Zugang für PIS garantiert. Auch den beiden vom Bundeskartellamt hilfsweise vorgetragene Änderungsvorschlägen (S.3 der Stellungnahme am Ende) schließt sich die SOFORT GmbH an.

b) Weitergabe der personalisierten Sicherheitsmerkmale durch PIS und AIS

In § 49 Abs. 2 Satz 2 ZAG-E (Seite 54) ist im Vergleich zum Referentenentwurf vom 19.12.2016 der zweite Halbsatz aus Art. 66 Abs. 3 Buchstabe b PSD2 weggefallen, wonach die personalisierten Sicherheitsmerkmale „vom Zahlungsauslösedienstleister über sichere und effiziente Kanäle übermittelt werden“. Diese Klarstellung ist wichtig, da (wie oben aufgezeigt) PIS die personalisierten Sicherheitsmerkmale selbst direkt weiterleiten dürfen. Eine „redirection“ darf demnach gerade nicht vorgeschrieben werden.

Der Punkt wird an anderer Stelle in der Gesetzesbegründung richtig dargestellt, im Einklang mit der PSD2 (S. 88, 181). Er sollte auch hier klargestellt werden.

c) Keine Widerrufbarkeit ohne Zustimmung des PIS (unzulässiger Vertrag zu Lasten eines Dritten)

Die explizite Darstellung im Referentenentwurf, dass die Widerrufbarkeit einer über einen PIS veranlassten Zahlung nicht gegen den Willen des PIS-Anbieters vereinbart werden kann, wurde deutlich gekürzt (Seite 187). Der Vorschlag hat sich zwar im Kern nicht verändert, aber die Erläuterung war zuvor deutlicher:

„Der geänderte § 675p Absatz 4 Satz 1 BGB-E, der Artikel 80 Absatz 5 der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie umsetzt, regelt, dass der Zahlungsauftrag nach den in den Absätzen 1 bis 3 genannten Zeitpunkten nur widerrufen werden kann, wenn der Zahlungsdienstnutzer und „der jeweilige Zahlungsdienstleister“ dies vereinbart haben.

Durch diese Formulierung soll klargestellt werden, dass eine solche Vereinbarung nicht auch weitere an dem Zahlungsvorgang beteiligte Zahlungsdienstleister bindet. Dies gilt insbesondere, wenn der Zahler mit seinem kontoführenden Zahlungsdienstleister vereinbaren will, dass ein Widerruf des Zahlungsauftrags auch dann noch möglich ist, nachdem er dem Zahlungsauslösedienstleister die Zustimmung zur Auslösung des Zahlungsvorgangs erteilt hat. Denn im Falle der Wirksamkeit einer solchen Abrede müsste der Zahlungsauslösedienstleister auch nach der Auslösung noch mit einem Widerruf des Zahlungsauftrags rechnen und wäre deshalb nicht mehr in der Lage, dem Zahlungsempfänger möglichst schnell die Gewissheit zu geben, dass dieser den Zahlungsbetrag erhalten wird. Dadurch würde letztlich das Geschäftsmodell des Zahlungsauslösedienstleisters in Frage gestellt.“

Jetzt heißt es nur noch sehr viel knapper:

Zu Buchstabe b

Der geänderte § 675p Absatz 4 Satz 1 BGB-E, der Artikel 80 Absatz 5 der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie umsetzt, regelt, dass der Zahlungsauftrag nach den in den Absätzen 1 bis 3 genannten Zeitpunkten nur widerrufen werden kann, wenn der Zahlungsdienstnutzer und „der jeweilige Zahlungsdienstleister“ dies vereinbart haben. Durch diese Formulierung soll klargestellt werden, dass eine solche Vereinbarung nicht auch weitere an dem Zahlungsvorgang beteiligte Zahlungsdienstleister bindet.

Wir halten die vorherige, ausführliche Klarstellung für vorzugswürdig, insbesondere weil angesichts der jahrelangen kartellrechtswidrigen Behinderungspraxis damit gerechnet werden muss, dass ansonsten dieser Punkt Gegenstand zukünftiger Auseinandersetzungen werden wird.

d) Durchsetzbarer Rechtsschutz für PIS, AIS

Wir hatten in unserer Stellungnahme zum Referentenentwurf bereits ausführlich vorgetragen, dass zur Umsetzung der PSD2 auch eine individuell einklagbare Rechtsposition der PIS, AIS vorgesehen werden sollte (vgl. Stellungnahme vom 04.01.2017 an BMF und BMJV, S. 2 ff.). Wir begrüßen deshalb die erfolgte Klarstellung, dass der Schutz des Zugangs zum Konto mit Hilfe von PIS, AIS ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB darstellt, wodurch individuell einklagbare Rechte entstehen, wenn dieser Zugang versperrt oder behindert wird.

Ein Beispiel ist die Begründung zu § 52 ZAG-E, in der die Funktion als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB hervorgehoben wird (siehe auch S. 162, S. 146/47).

Der Hinweis auf die Funktion als „Schutzgesetz nach § 823 Abs. 2 BGB“ bietet allerdings weniger Rechtssicherheit als eine eigenständige Verankerung der Ansprüche auf den Kontozugang unmittelbar im BGB (vgl. Stellungnahme vom 04.01.2017 an das BMF und das BMJV, S. 15 f.). Deshalb möchten wir diesen Vorschlag nach einer ausdrücklichen Verankerung im BGB aufrechterhalten. Angesichts der langjährigen kartellrechtswidrigen Behinderungspraxis ist diese Festschreibung ein wesentliches Element für eine zukünftige rechtskonforme Marktpraxis in Deutschland.

e) Vertragspartner der Zahlungsauslösedienstleister

Auf S. 124 des Regierungsentwurfes heißt es „Der Zahlungsauslösedienstleister erbringt seine Dienste in der Regel gegenüber dem Zahlungsdienstnutzer.“ Dies ist unzutreffend und es sollte hier richtiggestellt werden, dass die Kunden und primäre Vertragspartner eines PIS-Anbieters im schuldrechtlichen Sinne die Online-Händler sind, mit denen eine dauerhafte Geschäftsbeziehung besteht. Die Kontoinhaber nutzen die Software, um eine Zahlung auszulösen. Mit Ihnen bestehen lediglich eine „ad hoc“ – Beziehung. Der Online-

Händler beauftragt den PIS-Anbieter, die Software für die Nutzung der Zahler zur Verfügung zu stellen, und bezahlt den PIS-Anbieter hierfür. Die Zahler (Kontoinhaber) sind indirekt Empfänger bzw. Nutznießer dieser Leistung.

f) Schutz vor Behinderungen bei Non-Compliance der kontoführenden Bank (Willkürverbot)

Artikel 115 Abs. 6 PSD2 schützt den Zugang von PIS und AIS gerade auch im Zeitraum nach Inkrafttreten der technischen Regulierungsstandards (RTS) gemäß Art. 98 Abs. 2 PSD2. Die Regelung stellt nämlich nicht auf das Inkrafttreten der RTS ab, sondern auf den Zeitpunkt, ab dem das jeweilige kontoführende Institut die Regelungen der RTS einhält, also einen **diskriminierungs- und behinderungsfreien Zugang** im Einklang mit den Vorschriften ermöglicht:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die einzelnen kontoführenden Zahlungsdienstleister bis zu dem Zeitpunkt, an dem sie die technischen Regulierungsstandards nach Absatz 4 einhalten, das Nichteinhalten nicht dazu missbrauchen, die Nutzung von Zahlungsauslöse- und Kontoinformationsdiensten für die von ihnen geführten Konten zu blockieren oder zu behindern.“

Verhält sich die Bank nicht konform, weil sie z.B. nicht die durch PSD2 geforderte Identifizierung ermöglicht, dann darf sie ihr eigenes Fehlverhalten nicht dazu missbrauchen, die Nutzung der PIS-Dienste hierdurch zu unterbinden. Banken sollen für fehlende Compliance nicht damit „belohnt“ werden, dass sie dadurch den Wettbewerb behindern können.

Die Übergangsregelungen in Art. 68 Abs. 3 ZAG neu greifen diese Vorschrift der PSD2 bisher allerdings nicht auf. Dort wird bisher nur der Zeitraum vor Inkrafttreten der RTS geregelt:

(3) Kontoführende Zahlungsdienstleister dürfen bis zum Inkrafttreten der §§ 45 bis 52 sowie des § 55 Zahlungsauslöse- und Kontoinformationsdienstleistern den Zugang zu ihren Zahlungskonten nicht verweigern, weil sie die Anforderungen der §§ 45 bis 52 sowie des § 55 nicht erfüllen.

Der Entwurf sollte deshalb durch eine Regelung entsprechend Art. 115 Abs. 6 PSD2 ergänzt werden, um auch den Fall der Non-Compliance nach Inkrafttreten der RTS zu erfassen.

g) In-Kraft-Treten von § 52 ZAG

Art. 7 Abs. 1 des Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie (S. 85 des Entwurfs) ordnet an, dass die §§ 45 bis 52 sowie § 55 des ZAG „18 Monate nach dem Inkrafttreten“ der EBA-RTS in Kraft treten. Wie bereits unter 1 c) beschrieben ist der Katalog der später in Kraft tretenden Vorschriften in der PSD2 **abschließend** festgelegt, siehe Art. 115 Abs. 4 PSD2:

„Abweichend von Absatz 2 stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die in den Artikeln 65, 66, 67 und 97 genannten Sicherheitsmaßnahmen 18 Monate nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der in Artikel 98 genannten technischen Regulierungsstandards angewandt werden.“

Alle anderen Vorschriften müssen am 13. Januar 2018 in Kraft treten (Artikel 115 Abs. 2 PSD2).

§ 52 ZAG beruht auf Art. 68 Abs. 5 PSD2. Art. 68 Abs. 5 PSD2 ist in Art. 115 Abs. 4 PSD2 nicht genannt. Folglich muss § 52 ZAG am 13.1.18 in Kraft gesetzt werden. In Art. 7 Abs. 1 ist daher die Formulierung in „§§ 45 bis 51 sowie der § 55 des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes“ zu ändern. Entsprechende Folgekorrekturen sind in § 68 ZAG zu veranlassen.

3. Anmerkungen zur Stellungnahme der Deutschen Kreditwirtschaft vom 13. März 2017

a) Einstufung von Name und Kontonummer des Empfängers als sensible Zahlungsdaten (Ziffer 1, S. 6)

Beim Namen und der Kontonummer des Zahlungsempfängers handelt es sich um keine sensiblen Kontodaten. Die PSD2 hat gerade klargestellt, dass Kontonummer und Name des Kontoinhabers (auf Seiten des Zahlers) keine sensiblen Zahlungsdaten sind. Es sollten nur sensible Daten wie z.B. die PIN oder TAN von den einschränkenden Regelungen erfasst werden.

b) Haftpflichtversicherung (Ziffer 3, S.7)

Der Text sollte nicht geändert werden. Die EBA hat gemäß PSD2 den Auftrag die Einzelheiten hinsichtlich der Versicherung näher zu definieren. Diese Regelung ist verbindliches EU-Recht.

c) Bußgeld bei Verweigerung des Zugangs zu einem Zahlungskonto (Ziffer 12, S. 15)

Der Änderungsvorschlag ist abzulehnen. Er führt den Bußgeldtatbestand ad absurdum. Eine Bank, die den Zugang sperrt und dann zusätzlich (gesetzeswidrig) keine Meldung macht, würde sich keinem Bußgeld ausgesetzt sehen.

Die oben beschriebene historische Entwicklung im Zusammenhang mit PIS Diensten zeigt, dass die Banken über viele Jahre wiederholt in rechtswidriger Weise PIS Dienste wettbewerbswidrig behindert haben. Dies hat u.a. zu den Kartellverfahren durch das Bundeskartellamt und die DG Competition geführt. Es ist daher notwendig den gesetzlich garantierten Zugangsanspruch durch eine Bußgeldregelung abzusichern.

d) Zeitlicher Anwendungsbereich, § 675 f Abs. 3 BGB-E (Ziffer 3 a), S. 18)

Der Änderungsvorschlag ist abzulehnen, da er gegen die PSD2 verstößt. Art. 115 Abs. 4 PSD2 regelt abschließend welche Vorschriften nicht im Januar 2018, sondern erst mit In-Kraft-Treten der EBA-RTS Geltung erlangen. Art. 68 Abs. 5 PSD2 ist in Art. 115 Abs. 4 PSD2 nicht erwähnt. Dies führt dazu, dass ab Januar 2018 ein Anspruch darauf besteht, dass der Nutzer einen PIS-Service nutzen kann und eine Zugangsverweigerung durch die Bank nur auf Grund des engen Ausnahmekatalogs des Art. 68 Abs. 5 PSD2 erfolgen darf. Auch die anderen Vorschriften zur Widerrufbarkeit und zu den Haftungsregelungen müssen im Januar 2018 in Kraft treten.

Vg. im Übrigen dazu ausführlich oben unter 1 c).

e) Koppelungsverbot (Ziffer 3 b), S. 20)

Der Änderungsvorschlag ist abzulehnen. Banken haben gerade versucht, solche Erfordernisse im Verhältnis zu ihren Kunden in den AGB fest zu schreiben. Daher bedarf es der Regelung auch im zivilrechtlichen Teil der Umsetzung.

f) Nachweis der Online-Zugänglichkeit des Kontos (Ziffer 3 c), S. 20)

Der Änderungsvorschlag ist abzulehnen. Die im Entwurf vorgeschlagene Beweislastverteilung ist interessengerecht. Der kontoführende Zahlungsdienstleister verfügt unschwer über alle Informationen, insbesondere vertragliche Regelungen mit seinem Kunden, um den Nachweis zu führen. Für einen Außenstehenden ist der Nachweis wesentlich schwerer zu führen.

Die fristgerechte und vollständige Umsetzung der PSD2 in Deutschland wird die weitere Öffnung und Innovation auf dem europäischen Markt für Zahlungsdienste wesentlich befördern. Um die Regelungsziele der PSD2, wie Sie der europäische Gesetzgeber mit voller Unterstützung der Bundesregierung gesetzt hat, zu erreichen, wird es erforderlich sein, die Auswirkungen von Detailregelungen im Rahmen der Umsetzung umfassend zu würdigen. Wir bitten daher höflich um die Berücksichtigung der oben angeführten Punkte und stehen für eine Rücksprache oder ergänzende Informationen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Jens Lütcke
Geschäftsführer