

MasterCard Europe
Representative Office Germany
Unterschweinstiege 10
D-60549 Frankfurt am Main

Thorsten Klein
Vice President Public Policy Germany & Switzerland
Tel.+49-163-480-8833
Thorsten.Klein@mastercard.com

Frankfurt am Main den 4. Januar 2017

Bundesministerium der Justiz
und für Verbraucherschutz
Referat I B 2
Frau Eva Schewior
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

Per E-Mail: [REDACTED]

Zivilrechtliche Umsetzung der EU-Richtlinie 2015/2366 (PSD-II)
Az.: 9310/68-6-1-14-310/2016

Sehr geehrte Frau Schewior,

wir bedanken uns hiermit ausdrücklich für die Gelegenheit, als eines der führenden Technologieunternehmen im Zahlungsverkehr, zur Umsetzung der PSD II Stellung nehmen zu dürfen.

1. Verbot des Surchargings, § 270a BGB-E:

- a) Aus unserer Sicht ist das Verbot des Surcharging (Zusatzkosten für Kreditkartenzahlungen) für die durch die Interbankenentgeltverordnung (EU 751/2015) regulierten „Consumer Cards“ (Verbraucherkarten) nicht hinreichend klar berücksichtigt. Zudem sollte das Inkrafttreten des Verbots zeitlich vorgezogen werden:
 - i. Die Deckelung der Interbankenentgelte im Rahmen der Interbankenentgeltverordnung EU 751/2015 ist bereits seit 9.12.2015 geltendes Recht. Obwohl Händler seitdem von niedrigen Interbankenentgelten profitieren, erheben gleichwohl viele Händler weiterhin hohe Zusatzgebühren (Surcharging) für Kartenzahlungen von ihren Kunden. Diese Kosten stehen oftmals in keinem angemessenen Verhältnis zu den tatsächlichen Kosten einer

Kreditkartentransaktion. Hierdurch werden einerseits betroffene Kartenzahlungen gegenüber anderen Bezahlmethoden diskriminiert und zudem der Verbraucher ungerechtfertigt belastet.

- ii. Eine der bisherigen Begründungen für die Zulassung von Surcharging bestand seinerzeit darin, Händlern eine Möglichkeit zu geben, die Kosten für die Kartenakzeptanz an die Kartennutzer weiterzugeben. Damit der Deckelung der Interbankenentgelte die Grundlage für Surcharging für regulierte Karten nach der Interbankenentgeltverordnung entfallen ist, ist eine Umsetzung eines Surcharging-Verbots für Verbraucherkarten erst mit Umsetzung der PSD II im Jahr 2018 nicht nachvollziehbar, so dass bezüglich regulierter Verbraucherkarten ein Inkrafttreten des Verbots bereits mit Bekanntmachung des Umsetzungsgesetzes erfolgen sollte.
 - iii. Ein solches durch die PSD II vorgesehenes Verbot würde insbesondere eine Benachteiligung von Verbrauchern, die im Handel mit regulierten Verbraucherkarten bezahlen wollen, entgegenwirken. Dies betrifft die durch die Interbankenentgeltverordnung in Titel II regulierten „Consumer Cards“. Ein direktes Kundenentgelt der durch die Interbankenentgeltverordnung nicht betroffenen „Corporate Cards“ (Firmenkarten) ist konsequenterweise von einem solchen Surcharging-Verbot auszunehmen.
- b) Darüber hinaus sollte erörtert werden, ob die Regelung des Verbots des Surchargings in § 270a BGB-E hinreichend klar ist, da bereits § 312a BGB eine ausdrückliche Regelungen für zulässige und unzulässige Gebühren für Verbraucher bezüglich der Wahl bestimmter Zahlungsmittel enthält. Entweder sollte die angedachte Regelung in § 312a BGB integriert werden oder zumindest eine Klarstellung erfolgen, dass nicht etwa § 312a BGB gerade bei Verbrauchern diesbezüglich die Möglichkeit einer abdingbaren Regelung bereit hält, sondern dass diesbezüglich § 270a BGB eine abschließende und vorrangige Regelung darstellt.
 - c) Mit § 270a BGB-E werden zwar die Art. 62 Abs. 4 und 5 PSD-II umgesetzt, nicht aber Art. 62 Abs. 3 PSD-II. Es sollte daher Art. 62 Abs. 3 PSD-II auch vor dem Hintergrund des Harmonisierungsgedanken der PSD-II, entsprechend in den §§ 675c ff BGB-E umgesetzt werden.

2. Starke Kundenauthentifizierung („SCA“ für Strong Customer Authentication); [Dies betrifft vor allem die aufsichtsrechtlichen Aspekte– dennoch zur Kenntnis]:

- a) In § 56, Abs. 5f ZAG-E wird bzgl. der SCA auf Art. 98 der EU-Richtlinie sowie auf die Möglichkeit des BMF verwiesen durch eine eigene Rechtsverordnung Ausnahmen von der Erfordernis der Anwendung einer starken Kundenauthentifizierung zu schaffen. Dies wird

unsererseits als positiv erachtet. Wir würden im Folgenden gerne auf einige Fälle aufmerksam machen, bei denen Ausnahmen von der Anwendung einer starken Kundenauthentifizierung nach § 56 Abs. 6 Nr. 1 ZAG-E erforderlich wären.

- a. Transaktionen mit sogenannten „Commercial Cards“, die auch als solche gekennzeichnet sind und speziell für den Einsatz im Unternehmensbereich („B2B“) gedacht sind, sollten von dem Erfordernis der SCA ausgenommen werden.
 - i. Bei Transaktionen mit Unternehmen als Zahlungsdienstnutzer (B2B), besteht kein unmittelbarer Bedarf für einen zusätzlichen Verbraucherschutz, der als Grund für die Anwendung einer starken Kundenauthentifizierung angeführt wird. Insbesondere möchten wir hierbei auf sogenannte Reisestellenkarten hinweisen (Anbieter hierfür sind beispielsweise Unternehmen wie AirPlus), ohne die der effiziente und reibungslose Ablauf von Reisebuchungen in kleinen, mittleren und großen Institutionen und Unternehmen heute gar nicht mehr möglich wäre.
 - ii. Bei den Transaktionen mit Reisestellenkarten handelt es sich zudem um besonders risikoarme Transaktionen, was sich nicht zuletzt auch in den sehr niedrigen Betrugsraten, widerspiegelt. Soweit unsererseits bekannt, wären auch Reisestellen im BMF, der BaFin oder der Deutschen Bundesbank betroffen, die auf solche Produkte zurückgreifen. Deren Reisemanagement würde wie diejenigen des Mittelstandes und der Industrie belastet werden, ohne eine Verbesserung der Sicherheit - dieser ohnehin bereits risikoarmen Transaktionen - durch die Anwendung von SCA zu bringen.
- b. Generell wird in der derzeitigen Fassung des Referentenentwurfs der unternehmerische Bereich (B2B) des elektronischen Zahlungsverkehrs zu wenig berücksichtigt. Hier ist ja auch die gesetzgeberische Wertung des Art. 61 PSD II zu beachten, nach der Zahlungsdienstleister mit Zahlungsdienstnutzern, die keine Verbraucher sind (z.B. Unternehmen) deutliche Abweichungen von den Anforderungen der PSD II vereinbart werden können, einschließlich sogar der Abbedingung des gesamten Art. 74 PSD II im unternehmerischen Verkehr. In diesem unternehmerisch frei verhandelbaren Bereich macht die Anwendung der SCA keinen Sinn.
 - b) Auch der Einsatz von in der EU ausgegebenen Karten außerhalb der EU sollte von den SCA Anforderungen ausgenommen sein. EU-Ausländische Händler und deren Acquirer können nicht zur Teilnahme an der starken Kundenauthentifizierung gezwungen werden. Unternehmen und Bürger aus der EU, die typischerweise über EU-Kreditkarten verfügen, könnten bei international akzeptierten Kreditkartenreservierungen oder -zahlungen im Internetverkehr mit nicht-EU Staaten ihre Zahlungsverkehrsprodukte nur noch äußerst eingeschränkt einsetzen. Folgende Beispiele machen dies deutlich:
 - a. Würde ein deutscher Kreditkarteninhaber (angebunden über einen in Deutschland ansässigen Kreditkarten-Issuer) eine Reise oder ein Hotel außerhalb der EU bezahlen

oder auch erst mit einer Kreditkarte reservieren wollen – wie heute millionenfach üblich – wäre dies künftig nicht mehr möglich. Zwar würde der in Deutschland ansässige Kreditkarten-Issuer unter der PSD II vorbereitet sein, seinem Kreditkarteninhaber eine SCA-Transaktion anzubieten, nicht aber der jeweilige Nicht-EU-Acquirer des Akzeptanten (Hotel oder Fluggesellschaft im Nicht-EU-Ausland). Eine solche Kreditkartentransaktion würde daher entweder abgebrochen werden oder würde den Kreditkarten-Issuer bei reiner Verwendung der Kreditkartendaten ohne SCA durch „seinen“ Karteninhaber in eine Aufsichtsverletzung treiben, wenn er eine übliche Kreditkartentransaktion im Internet ohne SCA zuließe.

- b. Das zweite Beispiel einer „hereinkommenden“ Transaktion verdeutlicht dieses ebenfalls: So könnten beispielsweise US-Bürger oder Unternehmen, die heutzutage bei Hotels oder auch bei deutschen Fluggesellschaften mit einfacher Kreditkartentransaktion bezahlen, dies nicht mehr so durchführen wie bisher. In diesem umgekehrten Fall würde ein US-Bürger, der über einen in den USA ansässigen Kreditkarten-Issuer seine Kreditkarte erhält, beispielsweise bei einer in Deutschland ansässigen Fluggesellschaft nicht mehr mit einfacher Kreditkartentransaktion einen Flug reservieren oder bezahlen können.
- c. Gerade in der heutigen Welt spielen Zahlungsinstrumente, die grenzüberschreiten und international eingesetzt werden eine zentrale Rolle. Millionen von Konsumenten, Geschäftsleuten und Institutionen profitieren davon. Die aufgezeigten Konsequenzen sind unseres Erachtens nach vom EU-Gesetzgeber in dieser Weise nicht gewollt gewesen.
- d. Des Weiteren sollten Ausnahmen von dem Erfordernis der starken Kundenauthentifizierung auf Basis von sogenannten „White Lists“ für bekannte Empfänger oder wiederkehrende Transaktionen auch für Kartentransaktionen zugelassen werden. Kreditkartendienstleistern sollte es möglich sein, risikobasierte Ausnahmen zur SCA anzuwenden bzw. zumindest auf die gleichen Erleichterungen zurückzugreifen, wie sie bereits für Überweisungen als Ausnahmen vorgesehen sind. Hier ist es nicht verständlich, warum elektronische Kreditkartenzahlungen ggf. gegenüber Online-Überweisungen diskriminiert werden sollen.
- e. Abschließend sollte darauf geachtet werden, dass in jedem Fall ein so genanntes „Level Playing Field“ erhalten bleibt und nicht etwa handschriftlich ausgelöste oder bestätigte Kartenzahlungen von dem Erfordernis einer SCA ausgenommen werden. Dies gilt insbesondere für das elektronische Lastschrifteinzugsverfahren (ELV).

3. Datenschutz, § 60 ZAG-E); [Dies betrifft vor allem die aufsichtsrechtlichen Aspekte–dennoch zur Kenntnis]:

- a) MasterCard begrüßt § 60 Abs. 1, ZAG-E, der es Zahlungssystemen und Zahlungsdienstleistern ermöglicht, Verbraucher vor Betrug zu schützen. Es ist in der Tat von entscheidender Bedeutung für Zahlungssysteme und Zahlungsdienstleister ausdrücklich gesetzlich zur Verarbeitung personenbezogener Daten ermächtigt zu sein, sofern dies zur Verhinderung, Untersuchung und Aufdeckung von Betrug erforderlich ist. Diese ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung ist erforderlich zur Einhaltung des europäischen und nationalen Datenschutzrechts.
 - a. In der Gesetzesbegründung sollte jedoch klargestellt werden, dass neben § 60 ZAG-E die allgemeinen datenschutzrechtlichen Verarbeitungsbefugnisse nach Art. 28 ff. BDSG unberührt bleiben. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund des unklar gehaltenen § 60 Abs. 2 ZAG-E von Bedeutung, der zum einen in unverständlichem Widerspruch zu Abs. 1 Satz 2 steht (wie Art. 94 PSD-II). Die bisher schon gegebenen gesetzlichen Verarbeitungsbefugnisse, z.B. zur Erfüllung vertraglicher Leistungen oder zur Betrugsprävention im Kreditkartenbereich, sollten für Zahlungsdienste nicht aufgehoben werden, in dem etwa stets eine ausdrückliche Zustimmung vom Zahlungsdienstnutzers verlangt werden würde. Ein etwaiges Erfordernis einer ausdrücklichen Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers zu Verarbeitungsvorgängen, die schlicht für die Vertragserfüllung notwendig sind, wäre ein Bruch mit allgemeinen datenschutzrechtlichen Prinzipien. So ermächtigt insbesondere die kürzlich verabschiedete EU-Datenschutzgrundverordnung (Art. 6), die „Daten-Verantwortlichen“ – hiervon sind auch Zahlungsdienstleister betroffen - personenbezogene Daten bei Vorliegen berechtigter Gründe zu verarbeiten, einschließlich
 - i. Erfüllung eines Vertrags,
 - ii. Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung (z.B. Geldwäscheprävention) und
 - iii. bei berechtigten Interessen des Daten-Verantwortlichen. Darüber hinaus verlangt der EU-Datenschutzrechtsrahmen lediglich, eine eindeutige unmissverständliche Zustimmung und keine ausdrückliche Einwilligungserklärung. Eine solche ausdrückliche Einwilligungserklärung ist nur bei der Verarbeitung von besonderen personenbezogenen Daten erforderlich.
- b) Wir empfehlen daher die Klarstellung, dass § 60 Abs. 2 ZAG-E nur für solche Verarbeitungsvorgänge Anwendung auf Zahlungsdienstleister findet, sofern nicht bereits eine Verarbeitung unter der Richtlinie 95/46/EG sowie der EU-Datenschutzgrundverordnung zulässig ist. Alternativ könnte verdeutlicht werden, dass dieser Absatz nur auf Zahlungsauslösediensteanbieter (Art. 66) und Kontoinformationsdiensteanbieter (Art. 67) Anwendung findet. Hiernach wäre eine ausdrückliche Einwilligungserklärung des Nutzers erforderlich, um diesen Anbietern zu ermöglichen, auf Zahlungskontoinformationen und andere personenbezogene Daten zuzugreifen und diese zu verwenden.
- c) Diese Thematik (bezogen auf Art. 94 der PSD-II) wurde auch gegenüber der GD Wettbewerb und der GD FISMA der EU-Kommission zur Sprache gebracht, die erwägt, eine Erklärung zur

Klarstellung herauszugeben, um Missverständnissen bei der Anforderung einer Einwilligungserklärung vorzubeugen und um eine einheitliche Implementierung und Auslegung von Art. 94 PSD-II in allen Mitgliedstaaten sicherzustellen.

Ergänzend stehen wir Ihnen natürlich auch gerne telefonisch für Rückfragen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Thorsten Klein