

Interessengemeinschaft Kreditkartengeschäft  
c/o PaySys Consultancy GmbH  
Im Uhrig 7  
60433 Frankfurt a.M.

escher@gsk.de  
hgodschalk@paysys.de  
T: +49-89-288 174 31

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

**Per E-Mail:** [REDACTED]

4. Januar 2017

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

Sehr geehrte Frau Schewior,

wir möchten uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Referentenentwurf zur zivilrechtlichen Umsetzung der PSD-II für die deutsche Interessengemeinschaft Kreditkartengeschäft (nachfolgend „IK“) bedanken.

Die IK ist eine rechtlich nicht verselbständigte, wettbewerbsneutrale Plattform für Unternehmen, die im Kredit- oder Debitkartengeschäft in Deutschland Kartenissuer, -acquirer, -Netzbetreiber oder Prozessoren sowie Lizenzgeber informiert und Stellungnahmen zu Gesetzgebungs- und Regulierungsvorhaben mit Auswirkungen auf das Kartengeschäft abgibt.

Wir regen zunächst an, den Entwurf erst dann in eine Kabinettsitzung einzubringen, wenn die finalen EBA Technischen Regulierungsstandards (RTS) zur starken Kundenauthentifizierung vorliegen, da erst um den Jahreswechsel noch wichtige Abstimmungsgespräche diesbezüglich zwischen Vertretern des ECON im EU-Parlament und der EBA hierzu stattgefunden haben, aus denen sich noch maßgebliche Änderungen ergeben können.

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

- a. Zunächst sollte systematisch bedacht werden, ob die Regelung des Verbots des Surchargings in § 270a BGB-E nicht etwas missverständlich ist, da bereits § 312a BGB 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 dahingehend 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.
- b. 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 auch Art. 62 Abs. 3 PSD-II in den §§ 675c ff BGB-E umgesetzt werden.
  - aa. Da § 270a BGB-E ein gesetzliches Verbot an den Zahlungsempfänger richtet, muss es einem Zahlungsdienstleister wegen dieser mitgliedstaatlichen Sonderregelung auch zulässig sein, in Konkretisierung dieses gesetzlichen Verbots seinem in Deutschland ansässigen Zahlungsempfänger/Händler die Erhebung eines surcharges zu untersagen.
  - bb. Andererseits behält Art. 62 Abs. 3 PSD-II für andere Anwendungsfälle mehrere wichtige Regelungsinhalte, die bislang noch nicht umgesetzt sind:
    - (1) So muss sich zunächst eine umsetzende Regelung zu Art. 62 Abs. 3 Satz 1 PSD-II auch mit dem Angebot von Ermäßigungen befassen.
    - (2) Des Weiteren bleibt zu berücksichtigen, dass in Deutschland ansässige Kreditkartenacquirer auch Händler/Zahlungsempfänger aus anderen EU-/EWR-Staaten anbinden, für die die Regelung des § 270a BGB nicht gelten wird. Da die PSD-II eine vollharmonisierte Richtlinie ist, ist gerade auch für die Fälle, in denen Händler/Zahlungsempfänger nach dem jeweils nationalen mitgliedstaatlichen Recht einem surcharging-Verbot nicht unterliegen sollten, eine Umsetzung des Art. 62 Abs. 3 Satz 1 PSD-II erforderlich, um für in Deutschland ansässige Kreditkartenacquirer eine eindeutige und PSD-II harmonisierte Rechtslage zu schaffen.

(3) Unter Berücksichtigung von Art. 2 Abs. 4 PSD-II gilt dies in gleichem Maße für one-leg Transaktionen, bei denen Kreditkartenacquirer Transaktionen mit Karten verarbeiten, die von Zahlern mit Issuern ausserhalb des EU-/EWR Raums eingesetzt werden. Auch für diese Fälle ist eine Umsetzung der Regelung des Art. 62 Abs. 3 PSD-II erforderlich.

- c. Zur Einbeziehung von Drei-Parteiensystemen in den Regelungsbereich des § 270a BGB sollte in der Gesetzesbegründung eine Klarstellung im Hinblick auf die für alle Systeme nach Art. 10 Abs. 5 der Interbankenentgeltverordnung bestehende Kennzeichnungspflicht der Karten aufgenommen werden, um für Händler und Zahler Missverständnisse zu vermeiden.

## **2. Begriffsverwendungen, § 675c Abs. 3 BGB**

- a. Der Referentenentwurf verwendet noch wiederholt den Terminus „Zahlungs-authentifizierungsinstrument“, wie es ihn nach Umsetzung des aufsichtlichen Teils im ZAG-E nicht mehr geben wird. Zur Synchronisierung der Begriffe nach § 675c Abs. 3 BGB sollte daher der neue Begriff des ZAG-E „Zahlungs-instrument“ stattdessen verwendet werden.
- b. In § 675u BGB-E wird noch auf „die zuständige Behörde“ ohne nähere Bestimmung verwiesen. Auch hier sollte wohl auf die nach § 4 Abs. 1 ZAG-E zuständige Behörde ausdrücklich verwiesen werden.

## **3. Online zugängliches Zahlungskonto, § 675f Abs. 3 BGB-E**

- a. Sowohl der Entwurfstext des § 675f Abs. 3 BGB-E als auch die hierzu vorge-sehene Gesetzesbegründung (Seite 51) stellen bislang auf den Überwei-sungsverkehr und auf für Online-Zahlungsaufträge zugängliche Zahlungskon-ten ab. Da aber weder der aufsichtsrechtliche Entwurf des ZAG eine Begriffs-bestimmung des „online zugänglichen Zahlungskontos“ enthält, noch die zivil-rechtliche Gesetzesbegründung zu § 657f BGB-E hinreichend deutlich ist, soll-te zur Vermeidung von Zweifelsfragen im **Kreditkartengeschäft** in der Geset-zesbegründung zu § 675f Abs. 3 BGB-E Folgendes klargestellt werden:
- b. Zunächst sollte zum „Zahlungskonto“ klargestellt werden, dass ein solches nur dann vorliegt, wenn **von** einem solchen Konto auch eine **Überweisung** im Sinne der neuen Definition des § 1 Abs. 22 ZAG-E zu Gunsten des Zahlungs-kontos des Zahlungsempfängers ausgeführt werden kann.

Hiervon abzugrenzen ist ein bloßes „Kreditkartenabrechnungskonto“ bei dem letztlich nur periodenbezogen einem Kreditkartennutzer seine für einen bestimmten Zeitraum getätigten Kreditkartenumsätze zusammengefasst berichtet werden. Von einem solchen Kreditkartenkonto jedoch kann ein Kreditkartennutzer nicht einen Zahlungsauftrag für eine Überweisung zugunsten eines anderen Zahlungskontos eines Zahlungsempfängers auslösen. Diese funktionale Abgrenzung zwischen einem klassischen Kreditkartenkonto einerseits und einem für Überweisungszwecke einsetzbaren Girokonto andererseits ist rechtlich und operationell eindeutig und würde in der praktischen Umsetzung der PSD-II eine bedeutende Klarstellung bringen.

- c. Von der Frage des „Zahlungskontos“ ist die Frage der „Onlinezugänglichkeit“ zu unterscheiden. Auch dieser Begriff ist bislang nicht näher definiert und sollte klargestellt werden. Entsprechend der Zwecksetzung der PSD-II mit der Ermöglichung der Nutzung von Drittdiensten und der diesbezüglichen Umsetzung in § 675f Abs. 3 BGB-E sollte in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass „online zugänglich“ nur dann gegeben ist, wenn der Zahlungsdienstnutzer einen online verfügbaren Zugang zu seinem Zahlungskonto hat, und er mit diesem Zugang eine Überweisung i.S.d. § 1 Abs. 22 ZAG-E online auslösen kann.

Es wird daher vorgeschlagen, die Gesetzesbegründung auf den Seiten 49/50 wie folgt zu ergänzen:

„Das Recht auf Nutzung eines Zahlungsauslösedienstes oder Kontoinformationsdienstes besteht allerdings nicht uneingeschränkt. Artikel 66 Absatz 1 und 67 Absatz 1 der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie setzen jeweils voraus, dass das Zahlungskonto des Zahlungsdienstnutzers online zugänglich ist. Ein Zahlungskonto setzt voraus, dass Zahlungsaufträge zur Ausführung einer Überweisung nach § 1 Abs. 22 ZAG-E erteilt werden können. Online zugänglich ist ein Zahlungskonto Das ist nicht bereits dann der Fall, wenn der kontoführende Zahlungsdienstleister eine technische Schnittstelle unterhält, über die Zahlungsauslösedienstleister und Kontoinformationsdienstleister mit ihm kommunizieren können. Nach Auffassung der Europäischen Kommission kommt es allein darauf an, ob sich der Zahlungsdienstnutzer einen solchen Zugang für sein Konto zur online-Erteilung von Überwei-

sungsaufträgen auch tatsächlich hat einrichten lassen, was eine entsprechende Vereinbarung mit seinem kontoführenden Zahlungsdienstleister voraussetzt.“

#### 4. **Sorgfaltspflichten des Zahlungsdienstnutzers, § 675I Abs. 2 BGB-E**

Der Entwurf zu § 675I Abs. 2 BGB-E ist bislang noch etwas unscharf formuliert, da er bezüglich der Wirksamkeitsfolge auf „*die Vereinbarung*“ abstellt und dies so ausgelegt werden könnte, dass hiermit der gesamte Zahlungsdienstrahmenvertrag zwischen einem Zahlungsdienstleister und einem Zahlungsdienstnutzer unwirksam sein kann. Richtigerweise schreibt Art. 69 Abs. 1 a PSD-II nur eine Unwirksamkeitsfolge für eine bestimmte Bedingung vor. Der Textbeginn zu § 675I Abs. 2 BGB-E sollte daher wie folgt lauten:

„(2) Eine Bestimmung in einer Vereinbarung, durch die sich der Zahlungsdienstnutzer gegenüber dem Zahlungsdienstleister verpflichtet, Bedingungen Sorgfaltspflichten für die Ausgabe und Nutzung eines Zahlungsauthentifizierungsinstruments einzuhalten, ist nur wirksam, wenn (...)“

#### 5. **Verfügbare Geldbeträge, § 675t BGB-E**

- a. Mit Umsetzung der PSD-II wurde der bisherige Satz 1 des § 675t Abs. 1 BGB im Hinblick auf die Pflicht des Zahlungsdienstleisters des Zahlungsempfängers in einer Rechtsfolgenbetrachtung unverändert belassen, aber nun (mit PSD-II) unter zwei zusätzlich qualifizierende Anforderungen gestellt. Bedeutsam bleibt jedoch, dass der erste, die Rechtsfolge anordnende Satzteil identisch mit der bereits geltenden Pflicht nach der heutigen Fassung des § 675t Abs. 1 Satz 1 BGB ist.

Da der Änderungsbefehl im Entwurf aber die „Ersetzung“ des § 675t Abs. 1 Satz 1 BGB anordnet, sollte in der Gesetzesbegründung hierzu klargestellt werden, dass die bisherigen Beweggründe des Gesetzgebers zu diesem Satz 1 nach der zivilrechtlichen Umsetzung der PSD-I unverändert Gültigkeit haben. Dies betrifft insbesondere die seinerzeitige Regierungsbegründung zu § 675t Abs. 1 BGB, BT-DRS 16/11643, S. 180, mit der bedeutender Weise klargestellt wurde, dass die Vereinbarung üblicher Pfand-, Zurückbehaltungs- und Aufrechnungsrechte unberührt bleiben.

Des Weiteren ist auch die Äußerung der Bundesregierung im seinerzeitigen Rechtsausschussverfahren zur Umsetzung der PSD-I gerade zum Verhältnis zwischen Kreditkartenacquirer und Händler unverändert auch nach dem neuen ersten Satzteil des § 675t Abs. 1 Satz 1 BGB-E von Bedeutung (vgl. Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucksache 16/13669, S. 188). Hier äußerte die Bundesregierung seinerzeit, dass die Anwendbarkeit des § 675t BGB fraglich sei, wenn der Kreditkartenacquirer gegenüber dem Zahlungsempfänger im Gegenzug zur Abtretung der Forderung gegen den Kreditkarteninhaber eine eigene Zahlungspflicht begründe. Genau aus diesem Gesichtspunkt wurde seinerzeit auch von einer anderweitigen Änderung des § 675t Abs. 1 BGB abgesehen.

- b. Es wird daher angeregt, in der Gesetzesbegründung zu Nr. 16 (Änderung des § 675t BGB) am Ende der Ausführungen zu Buchstabe b folgenden Absatz anzufügen:

„Zur Frage wie der Zahlungsdienstleister des Zahlungsempfängers den Zahlungsbetrag unverzüglich verfügbar zu machen hat, ergeben sich in Umsetzung der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie keine Neuerungen, so dass die Erwägungen im Gesetzgebungsverfahren zur Umsetzung der Ersten Zahlungsdiensterichtlinie unberührt bleiben (vgl. Amtliche Begründung zur Umsetzung der zivilrechtlichen Vorschriften der Ersten Zahlungsdiensterichtlinie 2007/64, BT-Drucksache 16/11643, S. 180; Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, BT-Drucksache 16/13669, S. 188).“

## **6. Erstattungspflicht, § 675u BGB-E**

- a. Der neue Satz 4 des § 675u BGB-E setzt unseres Erachtens die Regelung zu Art. 73 Abs. 1 PSD-II nicht richtig um, da diese Bestimmung gerade keine sofortige Pflicht zur Erstattung des Zahlungsbetrages an den Zahlungsdienstnutzer vorsieht, wenn der Zahlungsdienstleister des Zahlungsnutzers der zuständigen Behörde eine entsprechende Meldung über einen Betrugsverdacht gemacht hat. Erst nach vorgenommener Prüfung des Betrugsverdachts und Beseitigung dieses Verdachts besteht für den Zahlungsdienstleister in diesem speziellen Falle eine Erstattungspflicht. Anderenfalls hätte der betrügerisch handelnde Zahlungsdienstnutzer auch ungeachtet dieser Verdachtsmomente

einen Erstattungsanspruch gegen den Zahlungsdienstleister, was Art. 73 PSD-II gerade nicht vorsieht.

Satz 4 sollte daher lauten:

„Diese Verpflichtung ist spätestens bis zum Ende des Geschäftstags zu erfüllen, der auf den Tag folgt, an welchem dem Zahlungsdienstleister angezeigt wurde, dass der Zahlungsvorgang nicht autorisiert ist, oder er auf andere Weise davon Kenntnis erhalten hat. Hat der Zahlungsdienstleister einer zuständigen Behörde berechnigte Gründe für den Verdacht, dass ein betrügerisches Verhalten des Zahlers vorliegt, schriftlich oder in Textform mitgeteilt, hat er seine Verpflichtung aus Satz 2 unverzüglich zu prüfen, aber erst dann und zu erfüllen, sobald die Verdachtsgründe für einen Betrug nach ordnungsgemäßer Prüfung ausgeräumt wurden. Wurde der Zahlungsvorgang über einen Zahlungsauslösedienstleister ausgelöst, so treffen die Pflichten aus den Sätzen 2 bis 4 den kontoführenden Zahlungsdienstleister.“

- b. Darüber hinaus ist anzumerken, dass die Reduzierung der gesetzlichen Regelung auf eine „schriftliche Mitteilung“ sowohl den Zahlungsdienstleistern als auch der zuständigen Behörde eine nicht zeitgemäße Bewältigung von Papieraufwand zumutet. Wegen des Ausnahmecharakters des § 126b BGB sollte daher die Neufassung des § 675u Satz 4 BGB-E lauten: „schriftlich oder in Textform mitgeteilt ...“.

Dem Regelungszweck der eindeutigen und aufsichtlich nachprüfaren Mitteilung der Zurückbehaltung der Erstattungszahlung wegen eines Betrugsverdachts wird auch durch eine Mitteilung in Textform Genüge getan, da der Mitteilungs- und Aufsichtscharakter der Norm unverändert bleibt.

## **7. Haftungsausschluss bei fehlender starker Kundenauthentifizierung, § 675v Abs. 4 BGB-E**

Die Unschärfe, die Art. 74 Abs. 2 PSD-II zum Haftungsausschluss des Zahlungsdienstnutzers enthält, sollte nicht in deutsches Recht weiter transportiert werden. So ist dem Regelungszusammenhang des Art. 74 und Art. 97, 98 PSD-II sowie den zu erwartenden technischen Regulierungsstandards (RTS) der EBA nach Art. 98 Abs. 2 PSD-II zu entnehmen, dass der sehr weitrei-

chende Haftungsausschluss eines Zahlungsdienstnutzers nach Art. 74 Abs. 2 PSD-II nur in dem Fall greifen soll, wenn der Zahlungsdienstleister des Zahlers in **rechtswidriger Weise** – also unter Verstoß gegen anwendbares Aufsichtsrecht - eine starke Kundenauthentifizierung nicht verlangt oder der Zahlungsempfänger in **rechtswidriger Weise** eine starke Kundenauthentifizierung nicht akzeptiert – obwohl ihn sein Zahlungsdienstleister (der Kreditkartenacquirer) hierauf vertraglich verpflichtet hat. In den Fällen hingegen, in denen nach der künftigen europäischen Aufsichtspraxis auf der Grundlage der technischen Regulierungsstandards ein Zahlungsdienstleister in berechtigter Weise eine Ausnahmevorschrift in Anspruch nimmt, kann es nicht sein, dass der Zahlungsdienstnutzer verschuldensunabhängig einen Haftungsfreistellungsanspruch hat.

Da die nach künftiger EU-Aufsichtspraxis zugelassenen Ausnahmen noch nicht durch die EBA, bzw. die EU-Kommission bestimmt sind, könnte hier gleichwohl das deutsche Zivilrecht in abstrakter Weise auf diesen künftigen Standard vorgreifen, in dem es nur in rechtswidrig nicht angewendeten Fällen der starken Kundenauthentifizierung einen Haftungsausschluss zugunsten des Zahlungsdienstnutzers statuiert. § 675v Abs. 4 BGB-E könnte daher folgenden Wortlaut haben:

- „(4) Abweichend von den Absätzen 1 und 3 ist der Zahler seinem Zahlungsdienstleister nicht zum Schadensersatz verpflichtet, wenn
1. der Zahlungsdienstleister des Zahlers **rechtswidrig** eine starke Kundenauthentifizierung nicht verlangt oder
  2. der Zahlungsempfänger oder sein Zahlungsdienstleister eine starke Kundenauthentifizierung **rechtswidrig** nicht akzeptieren.“

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass mit der vorstehenden, abstrakt-flexiblen Regelung auch eine etwaige Übergangsregelung zum Inkrafttreten des in Art. 98 PSD-II genannten technischen Regulierungsstandard nicht notwendig wird, da sich die „Rechtswidrigkeit“ des Unterlassens einer starken Kundenauthentifizierung stets aus dem zum Zeitpunkt der jeweiligen Zahlungstransaktion anwendbaren Aufsichtsrecht ergibt.

Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass der Zahlungsempfänger selbst gar keiner Zahlungsaufsicht nach der PSD-II unterliegt. In der Gesetzesbegrün-



dung muss daher klargestellt werden, dass es bezüglich des Zahlungsempfängers darauf ankommt, dass er seine vertraglichen Pflichten gegenüber seinem Zahlungsdienstleister verletzt, indem er – in bestimmten, vertraglich definierten Fällen – gleichwohl keine starke Kundenauthentifizierung akzeptiert.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Markus Escher

Rechtsanwalt

- für die Interessengemeinschaft Kreditkartengeschäft -