



IHRE WIRTSCHAFTSKANZLEI



Bringt die PSD3 und die geplante PSR eine Revolution im Zahlungsverkehrsrecht?

Neuerungen durch die PSD3 und PSR

Dr. Matthias Terlau | Münsteraner Bankrechtstag 22. September 2023

Historie des Zahlungsdiensterechts

Von der 6. KWG Novelle bis zur Zahlungsdiensterichtlinie

**Bis
2009**

- Zahlungsaufsichtsrecht im KWG (Girogeschäft, Geldkartengeschäft, Netzgeldgeschäft, Finanztransfergeschäft)
- Überweisungs-RL 1997: Überweisungszivilrecht in §§ 676a-676g BGB

PSD

- Zahlungsaufsichtsrecht in einem eigenen Gesetz, ZAG (seit 2009)
- Änderung des KWG
- Zahlungszivilrecht in §§ 675c ff. BGB (seit 2009)

PSD2

- Starke Kundenauthentifizierung (seit 1/2018 mit sehr langer Übergangsfrist, 9/2019 und länger)
- Dritte Zahlungsdienstleister (seit 1/2018 ebenfalls mit langer Übergangsfrist)
- Reform des Surcharging (Interchange-VO 2015, EU-Preis-VO seit 2001, jetzt 2021)

Reform der PSD2

Retail Payment Strategy der EU Kommission

- Von Oktober 2020
- Vier zentrale Ziele
 - Europäische Souveränität: eigene **europ. Lösung für Massenzahlungen** im Laden und im eCommerce
 - Vollständige Einführung von **Instant Payments**
 - Verbesserung des **grenzüberschreitenden Zahlungsverkehrs** über die Grenzen der EU hinaus
 - Förderung von **Innovation** und **Digitalisierung**



Konsultationen in 2022

Konsultation der EU Kommission
Von Mai 2022 bis Juni 2022

- Öffentliche Konsultation über die PSD2, Ergebnisse in der PSD2 Review vom 02. Februar 2023
- Zentrale Probleme:
 - Starke Kundenauthentifizierung hat Verbesserung gebracht, aber **nach wie vor hohe Betrugsgefahr**
 - **Open Accounts** unzureichend geregelt
 - **Uneinheitliche Regelungen** für EU-Aufsichtsbehörden
 - **Ungleiche Wettbewerbsbedingungen** zwischen Banken und Nicht-Banken-Zahlungsverkehrsdienstleistern

EBA Opinion
Vom 23. Juni 2022

- Reaktion auf den Call for Advice der Kommission
- Änderungsvorschläge verfolgen insbes. diese Ziele:
 - **Schutz von Geldern und Daten** der Verbraucher
 - Förderung der Entwicklung **benutzerfreundlicher Dienste**, insbes. SCA auch für vulnerable Gruppen
 - **Verhinderung des Ausschlusses vom Zugang** zu Zahlungsdiensten
 - **Harmonisierte und kohärente Anwendung** in der gesamten EU

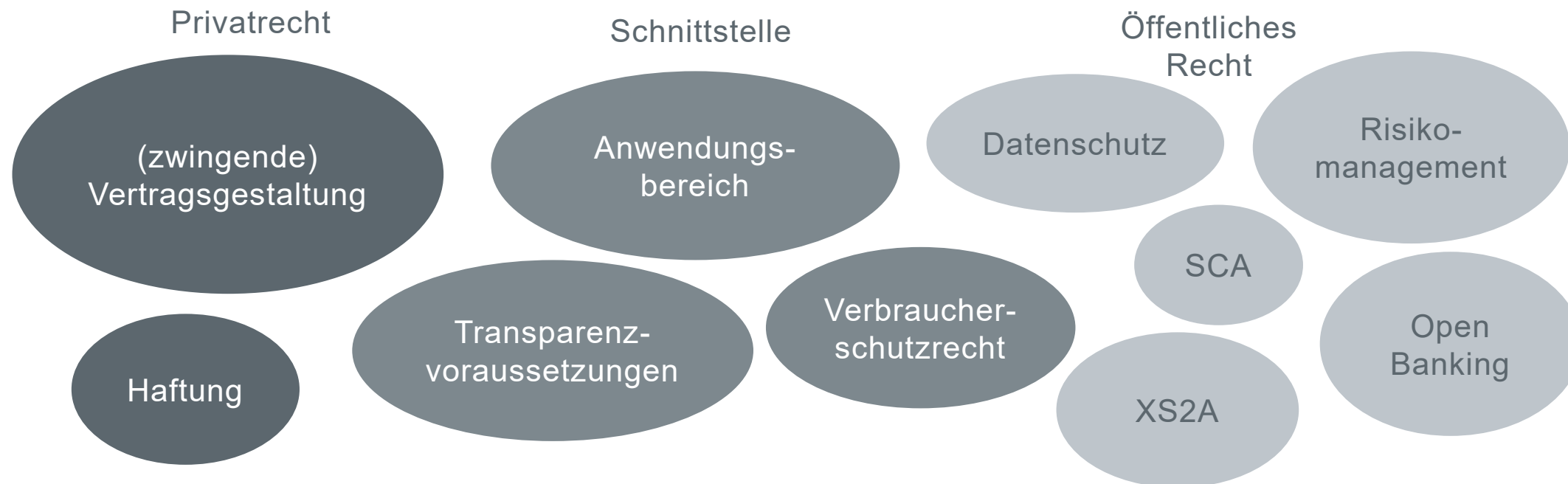
Neue Grundstruktur (PSR-E und PSD3-E vom 28.06.2023)

Payment Services Regulation (PSR) und Payment Services Directive 3 (PSD3)

- Bisherige Regelungen der PSD2 soll auf **zwei Rechtsakte** aufgeteilt werden:
 - **PSR:** Vorschriften für alle Zahlungsdienstleister (Kreditinstitute, Zahlungsinstitute) zum Anwendungsbereich, starker Kundenauthentifizierung, Zahlungsverträgen, Informationspflichten in einer unmittelbar anwendbaren EU-Verordnung
 - **PSD3:** Zulassung und Beaufsichtigung von Zahlungsinstituten

PSR - Rechtsnatur aus der deutschen Brille

- öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Vorschriften in PSR
- keine strenge Trennung im europäischen Recht



- Auswirkungen auf die Auslegung?

Änderung der Rechtspraxis durch die PSR?

- Europäisches Recht (Europäisches Privatrecht) vs. nationales Recht
- Schon bisher Gebot der richtlinienkonformen Auslegung der §§ 675c ff. BGB u des ZAG
- Schon bisher dem deutschen Privatrecht systemfremde Strukturen (Haftung des kontof. ZDL für ZAD § 675u S. 5 BGB; Direkthaftung der Zwischenstelle nach § 675z S. 4 BGB)
- Autonome Definition der Begriffe, es sei denn Öffnung für nationale Spielräume
 - Beispiele: Handelsvertreter, Kredit
 - Anders: Fahrlässigkeit (bisher ErwG 72 S. 2 PSD2: nat. Recht, jetzt EWG 82 S. 2 PSR); wiederum anders wohl grobe Fahrlässigkeit (ErwG 82 S. 3 PSR); Anscheinsbeweis?
- Auslegungsmaximen des EuGH
 - Wortlaut (Sprachfassungen – EuGH EuZW 2014, 464 Rn 31 zu Zahlungsinstrumenten)
 - Erwägungsgründe, Historie weniger
 - Systematik, Definitionen aus verwandtem Regelungsrahmen (Amex-Urteile des EuGH)
 - Effet Utile (weniger), Telos
- Es bleibt Anwendung des (teilw auf der Klausel-Richtlinie beruhenden) deutschen AGB-Rechts

Wesentliche Neuerungen durch den Entwurf der Payment Services Regulation

Anwendungsbereich PSR/PSD3 (1)

- **Verweis in der PSD3 auf die PSR, Art. 1 (1) (a) PSD3**
- **Wichtig für**
 - **Erlaubnispflicht (PSD3) und Compliance** (besondere Pflichten der Zahlungsdienstleister nach PSR, Geldwäsche-Compliance)
 - **Besonderes Vertragsrecht** der Zahlungsdienstverträge
 - **Informationspflichten** der Zahlungsdienstleister und -empfänger

Anwendungsbereich PSR/PSD3 (2)

- **Freistellung von der Erlaubnispflicht für reine Geldausgabedienste ohne Kontoführung, Art. 38 (1) PSD3**
 - Bspw. Betreiber von Geldautomaten
 - BaFin sah dies bisher anders
 - PSR sieht dennoch Transparenzpflichten zu Gebühren und Wechselkursen vor, Art. 5 (2), 20 (c) (ii) PSR!
- **Cashback an der Ladenkasse, Art. 2 (1) (e) PSR**
 - Bspw. bei Rewe oder EDEKA
 - Bargeldausgabe auch ohne Einkauf oder sonstige Zahlungstransaktion
 - Zur Förderung der Bargeldversorgung in ländlichen Gebieten

Anwendungsbereich PSR/PSD3 (3)

▪ Handelsvertreterausnahme, Art. 2 (1) (b) PSR

- Relevant für Vermittler, also bspw. Ticket-Verkäufer, die für Veranstalter von Konzerten o.Ä. handeln
- es soll zukünftig darauf ankommen, dass der Kunde einen Verhandlungsspielraum hat; Ausschluss von automatisierten Prozessen

▪ Konzernausnahme, Art. 2 (1) (m) PSR

- Bspw. bei Cash Pooling, Payment Factories
- Lange streitig, ob es reguliert wird
- nach Begründung des PSR-Entwurfs soll die bisherige Auslegung von BDI, VDT und BaFin umgesetzt werden, im Gesetzestext ist das nur unzureichend geregelt (Nachbesserung erforderlich!)



Neuerungen bei Gebühren

- **Ausdehnung des Surcharging-Verbotes** auf Überweisungen und Lastschriften, die nicht unter die SEPA-Verordnung fallen, Art. 28 (3) PSR
 - Anwendungsbereich? Überweisungen und Lastschriften, die nicht unter die SEPA-VO fallen, gibt es praktisch nicht mehr
- Aber: **Surcharging-Verbot** auch bei **PayPal-Transaktionen** denkbar
 - E-Geld-Transaktion bei kontobasiertem E-Geld als Überweisung einzustufen
 - Das Verbot gilt vermutlich sowieso in vielen Händlerverträgen betreffend PayPal kraft vertraglicher Vereinbarung

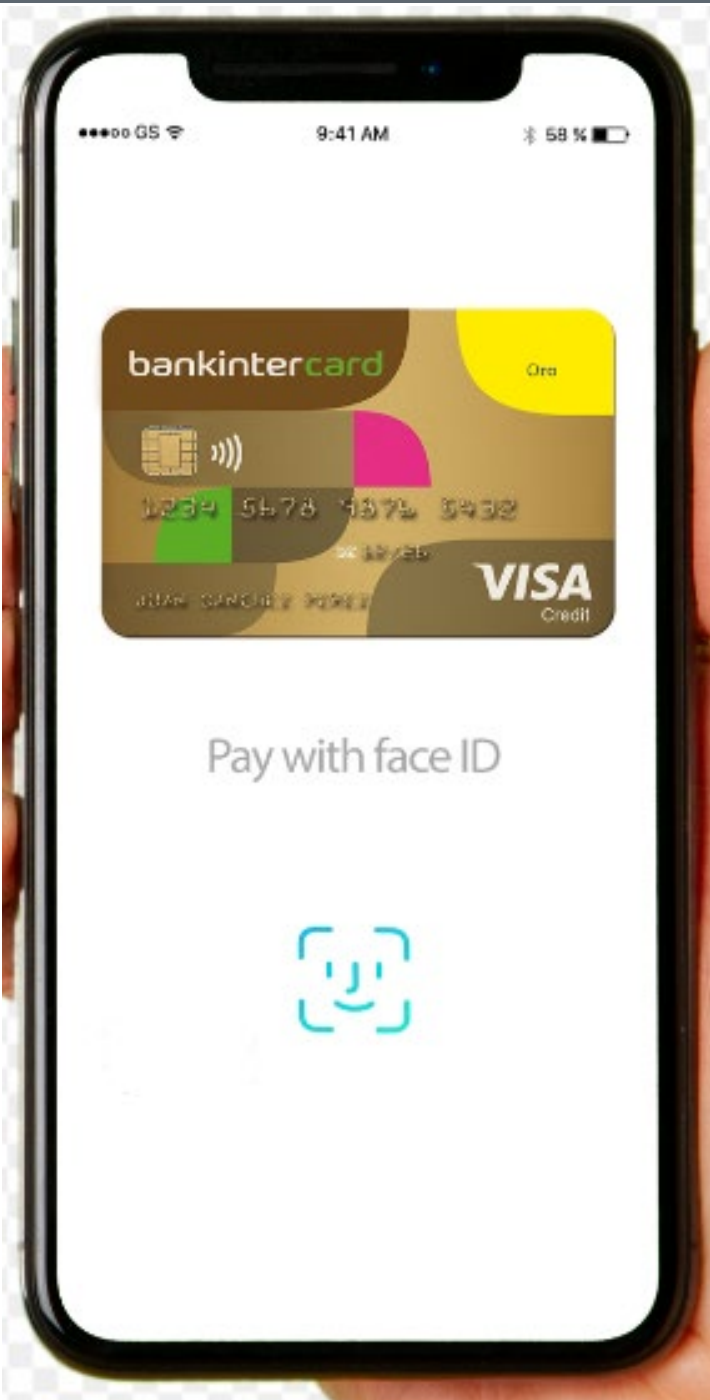
Pflicht zur Gewährung des Zugangs zu Zahlungskonten (XS2A)

- **Harte Absage an Entgeltspflicht** für XS2A, Art. 34 (1) PSR
 - Bereits in der PSD2 so geregelt
 - Seitens der Industrie gab es einige Anläufe, auch hier ein angemessenes Entgelt zu verlangen (ähnlich wie beim Zugang zu Stromnetzen)
 - Im FIDA-E ist es genau anders vorgesehen, Art. 5 (2) FIDA



ApplePay etc & die starke Kundenauthentifizierung (SCA)

- SCA bei ApplePay, GooglePay, SamsungPay als **Auslagerung**?
 - Art. 87 PSR: wenn Apple, Google, Samsung eines oder mehrere Elemente der SCA **bereitstellen und prüfen**; entscheidend, inwieweit die Wallet-Betreiber in die Authentifizierung eingebunden sind
 - Folge: **Schriftliche Auslagerungsvereinbarung**
- **Weiterführend:** Apple vs. EU-Kommission, § 58a ZAG, Digital Markets Act





PSR zu AGB-Änderungen in Zahlungsdiensteverträgen

- **Keine Erleichterungen für AGB-Änderungen**
 - Vorgängervorschrift in § 675g BGB umgesetzt
 - Postbank-Urteil des BGH von 2021: Art. 54 (1) UAbs. 2 PSD2, § 675g BGB enthält nur die formalen Anforderungen
 - Art. 22 PSR enthält nahezu identischen Wortlaut wie Art. 54 (1) UAbs. 2 PSD2
 - ErwG 44 PSR: weitere Restriktionen und Verbote im Hinblick auf einseitige Anpassungen möglich (wohl Referenz auf **Deniz-Bank Urteil** des EuGH)
- **Im Inland: CDU/CSU-Entwurf zu § 675g BGB vom Juni 2023 gescheitert; ZuFinG-E enthält keine Änderung für Kunden-AGB**

Haftung bei Nichtvornahme der starken Kundenauthentifizierung

▪ Bisher

- Art. 74 PSD2: „Verlangt der Zahlungsdienstleister des Zahlers keine starke Kundenauthentifizierung, so trägt der Zahler einen finanziellen Verlust nur, wenn der Zahler in betrügerischer Absicht gehandelt hat.“
- Frage: Haftung bei Inanspruchnahme von Ausnahmen von der Pflicht zur SCA? Streitig in Deutschland und im Ausland

▪ Vorschlag:

- Art. 60 (2) PSR ausdrücklich: Geltung derselben Haftungsregelungen bei Nutzung einer Ausnahme
- **Kritik: Ausnahmen bringen mehr Nutzerfreundlichkeit für den Zahlungsdienstnutzer**
- **Besonders deutlich bei der Ausnahme des White Listing**

Kleine Revolution: Gefährdungshaftung bei Social Engineering

- „Gefährdungshaftung“ der Zahlungsdienstleister bei Social Engineering, Art. 59 PSR
- Was ist Spoofing? - "Spoofing" = "fälschen", "täuschen", hereinlegen,,; Eindringen in Computer oder Netzwerke, indem eine vertrauenswürdige Identität vorgetäuscht wird (in Spoof-E-Mails oder –Anrufen Absender-IP, -Name oder -Adresse gefälscht).
- Art. 59: Pflicht des Zahlungsdienstleisters zur vollen Erstattung **an Verbraucher**, wenn
 - dieser das Institut sofort benachrichtigt hat,
 - er dies bei der Polizei angezeigt hat und
 - nicht betrügerisch oder grob fahrlässig gehandelt hat (Befreiungsmöglichkeit!)



Gesetzgeberische Rechtfertigung der Gefährdungshaftung bei Social Engineering

- Problem: steigende Betrugszahlen, s. **Fraud Statistik**
 - Laut EZB zwischen **2019-2021**: Rückgang von Card-not-present Betrug **-12%**; Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) **2022**: Anstieg **+22%**, sinkende Aufklärungsquote von 30% auf 22%; Methoden wie Social Engineering oder Spoofing zur Freigabe für Mobiles Bezahlen oder Zweitgerät; Steigende Schadenssummen: limitlose Debitkarten, Bezahlung ohne PIN; seit Mitte der Nullerjahre Verluste pro Euro Kartenumsatz in D + über 500%; Hohe Dunkelziffer mangels verpflichtender Fallmeldungen oder Anzeige
- Rechtfertigung der neuen Gefährdungshaftung?
 - **volkswirtschaftliche Überlegung**: Haftung wird dort allokiert, wo sie am besten **versichert** werden kann oder wo **zentrale Präventivmaßnahmen** (bspw. Kundenaufklärung, Verfahrensgestaltung) stattfinden können (Cooter/Ulen, Law and Economics, 2016)
 - eigennütziger **Betrieb einer Gefahrenquelle** (vgl. §§ 25, 26 AtomG, § 33 LuftVG, § 85 AMG)
 - Beidseitiger Anreiz zur Schadensvermeidung durch Fahrlässigkeitsausnahme
- Einstandspflicht von ZDL für Gefahren von Zahlungsinstrumenten vielfältig: vgl. § 675m BGB, § 675v BGB

PSD3 – das Aufsichtsrecht der Zahlungsinstitute

Erlaubnisverfahren für Zahlungsinstitute

- **Unterbindung Forum Shopping** angestrebt, ErwG 3 PSR/PSD3
 - Zahlungsinstitute müssen in ihrem Gründungsstaat den Erlaubnis Antrag stellen und
 - dort ihren Hauptverwaltungssitz haben sowie
 - dort einen Teil ihrer Zahlungsdienste erbringen
- Beschleunigungsregel: vollständig eingereichte Erlaubnis Anträge sind binnen drei Monaten zu bescheiden (**3-Monats-Regel**) (Fn: bisher in D § 75 S. 2 VwGO vollkommen wirkungslos)

Kreditvergabe durch Zahlungsinstitute

- **Weitere Beschränkung von BNPL und Kreditvergabe durch Zahlungsinstitute;** Zahlungsinstitute dürfen nicht im gleichen Umfang wie Kreditinstitute BNPL Dienste zur Verfügung stellen
 - Weiterhin gewisse Kreditierung an den Zahler im Zusammenhang mit der Ausführung von Überweisungen, Lastschriften oder Kartenzahlungen erlaubt
 - Jedoch Streichung der Kreditgewährung durch Zahlungsinstitute im Rahmen von Akquisitionsgeschäften (an Händler)
 - keine Kreditgewährung von Acquirer-Zahlungsinstituten an Zahler
- Die Regelung des Art. 10 PSD2 bedarf der grundlegenden Reform:
 - keine Definition von „Kredit“ vorgesehen
 - Für die Praxis sehr wichtig: Factoring
 - Keine verlässliche Regelung der Eigenmittel bei Kreditgewährung

Kundengeldsicherung der Zahlungsinstitute

- Neuerung durch PSD3: Es soll den nationalen Zentralbanken erlaubt werden, **für Zahlungsinstitute Treuhandkonten** zu führen
 - Interessante Neuerung
 - Praxis wird abzuwarten sein
- **Echte Probleme liegen in der deutschen Umsetzung der PSD2**
 - Insolvenzsicherung durch Treuhandkonten (Trennungsgebot, Bestimmtheit)
 - T+1 nicht umgesetzt
- **geldwäscherechtliche Schwierigkeiten** sollen in ZuFinG-E gelöst werden
 - KYCC bei Sammeltreuhandkonten
 - Korrespondenzbankbeziehung



Fazit

Fazit

- Keine „Revolution“, eher „**finetuning**“
- Dennoch einige interessante Neuerungen, wie bspw.
 - neue **Haftungsnorm für Social Engineering**
 - Nachjustierungen des Anwendungsbereichs
- Diskussionsbedarf
- Entgeltspflicht bei XS2A
- Kreditgewährung durch Zahlungsinstitute



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Weitere Informationen unter
payment-law.eu

Dr. Matthias Terlau
Partner

Kennedyplatz 2
50679 Köln
T: +49 221 33660-470
F: +49 221 33660-960
M: mterlau@goerg.de

GÖRG

IHRE WIRTSCHAFTSKANZLEI

