

I GRUNDLEGENDES ZUR UNTERSUCHUNG

1 Problemstellung

Das Zahlungsverkehrsrecht fand von gesetzgeberischer Seite lange Zeit nur sehr geringe Beachtung.¹ So haben sich in der Bankenpraxis verschiedenste Instrumente sowie Rechtsfiguren gebildet, um den bargeldlosen Zahlungsverkehr besser abwickeln zu können, jedoch unterlagen diese keinen speziellen gesetzlichen Normen. Stattdessen fanden im Bereich des Zivilrechts weitgehend die Vorschriften über das Auftrags- sowie Geschäftsbesorgungsrecht des ABGB als auch die Kautelarpraxis der Banken Anwendung.²

Erst die Umsetzung der Überweisungsrichtlinie³ führte zu einer Abkehr von dieser bis dahin geltenden Praxis und auch der bargeldlose Zahlungsverkehr hatte durch das Zahlungsdienstegesetz (ZaDiG)⁴, welches am 1.11.2009 in Kraft getreten ist, in der Zwischenzeit eine umfangreiche eigenständige Regelung erfahren.⁵ Das ZaDiG, durch welches die Zahlungsdiensterichtlinie (ZDRL I)⁶ in nationales Recht umgesetzt wurde, stellt damit im Vergleich zu vielen anderen gesetzlichen Bestimmungen noch eine sehr „junge“ Rechtsmaterie dar.⁷ Diese Regulierungen waren jedoch erst der Ausgangspunkt für viele weitere Reformbestrebungen des europäischen Gesetzgebers. Diese folgten in den letzten Jahren in immer kürzeren Intervallen, sodass es den betroffenen Verkehrskreisen mitunter schwerfällt, mit diesem Tempo Schritt zu halten. Neben den beiden Zahlungsdiensterichtlinien (ZDRL I und II⁸) sind in diesem Zusammenhang insb die SEPA-VO⁹, die Interbankenentgelte-VO¹⁰, wie auch die Verbraucherzahlungskonten-RL¹¹ zu nennen. Hinter diesen Regulierungen steht die Vision des europäischen Gesetzgebers, einen einheitlichen Zahlungsverkehrsraum innerhalb der EU zu schaffen (Single Euro Payments Area, SEPA),

1 Vgl *Wackwitz*, Die Zahlungsdiensterichtlinie und ihre Umsetzung 13 f.

2 Vgl *Böger*, Neue Rechtsregeln für den Zahlungsverkehr, Zahlungskontengesetz und Zahlungsdiensterichtlinie II in *Groß et al*, Bankrechtstag 2016, 194 f; *Graf*, Bankvertragsrecht³ 29; *Spindler/Zahrte*, Zum Entwurf für eine Überarbeitung der Zahlungsdiensterichtlinie (PSD II), BKR 2014, 265.

3 RL 1997/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.1.1997 über grenzüberschreitende Überweisungen, ABIL 1997/43, 25; die Überweisungsrichtlinie ist gem Art 93 der RL 2007/64/EG zum 1.9.2009 außer Kraft getreten.

4 BGBI I 2009/66.

5 Ebenfalls zur Entwicklung des Zahlungsverkehrsrechts siehe etwa *Omlor*, Aktuelles Gesetzgebungsvorhaben: Umsetzung der zweiten Zahlungsdiensterichtlinie, JuS 2017, 626 f; *Wackwitz*, Die Zahlungsdiensterichtlinie und ihre Umsetzung 13 ff.

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, ABIL 2007/319, 1; hierzu ua *Haghofer*, Kundenschutz im neuen Zahlungsdienstegesetz, *ecolex* 2009, 747; *Harrich*, Das neue Zahlungsverkehrsrecht im Überblick, *Zak* 2010, 123; *Koch*, Der Zahlungsverkehr nach dem Zahlungsdienstegesetz – Ein Überblick, *ÖBA* 2009, 869; *Schopper/Fichtinger*, Das Zahlungsdienstegesetz, *JAP* 2009/2010, 176.

7 Das ZaDiG regelt dabei jedoch nicht alle Fragen, die sich im Zusammenhang mit dem bargeldlosen Zahlungsverkehr stellen, wodurch neben den Bestimmungen des ZaDiG, in einem eingeschränkten Umfang, auch weiterhin die allgemeinen Normen des ABGB zur Anwendung gelangen. *Graf*, Bankvertragsrecht³ 29.

8 RL 2015/2366/EU 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 2013/36/EU und der VO 2010/1093/EU sowie zur Aufhebung der RL 2007/64/EG, ABIL 2015/337, 35.

9 VO 2012/260/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.3.2012 zur Festlegung der technischen Vorschriften und der Geschäftsanforderungen für Überweisungen und Lastschriften in Euro und zur Änderung der VO 2009/924/EG, ABIL 2012/94, 22; ausführlich zur SEPA-VO siehe 185 ff.

10 VO 2015/751/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2015 über Interbankenentgelte für kartengebundene Zahlungsvorgänge, ABIL 2015/123, 1.

11 RL 2014/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.7.2014 über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontoentgelten, den Wechsel von Zahlungskonten und den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen, ABIL 2014/257, 214.

wodurch die meisten nationalen Gesetzesbestimmungen, welche mit dem Zahlungsverkehr in Verbindung stehen, auf harmonisierte europäische Rechtsakte zurückzuführen sind.

Die klassische Bankenbranche befindet sich durch die zahlreichen Regulierungen der letzten Jahre in einem sehr schwierigen Marktumfeld. Verstärkt wird dieser Umstand ferner durch die fortschreitende Digitalisierung, welche nunmehr auch im Finanzbereich Einzug gefunden hat. Die „traditionellen“ Marktteilnehmer sind dadurch gezwungen, ihre Prozesse weiter zu optimieren sowie Kosten einzusparen, was sich insb in Filialschließungen sowie der Reduzierung des Mitarbeiterstandes der jeweiligen Kreditinstitute widerspiegelt.¹² Durch die zunehmende Digitalisierung hat sich gleichzeitig auch das Zahlungsverhalten der Kunden gewandelt, welche ihre Zahlungen in immer größerer Anzahl auf mobilem sowie elektronischem Wege durchführen.¹³ Diese Entwicklungen bilden die Grundlage für zahlreiche neue Geschäftsmodelle durch sog Financial-Technology-Unternehmen (kurz FinTechs)¹⁴, welche mit den etablierten Zahlungsdienstleistern zunehmend in Konkurrenz treten. Dabei erfinden diese Anbieter das Bankgeschäft nicht neu, verstehen es aber, einzelne Finanzdienstleistungen etwa mit Hilfe moderner Datenanalysemethoden digital so zu individualisieren, dass sie ihren Kunden (insb sog digital natives)¹⁵ bedarfsgerechte Angebote unterbreiten können.¹⁶

Durch die am 13.1.2016 in Kraft getretene ZDRL II wird deutlich, dass der europäische Gesetzgeber die Vorschriften für den Finanzsektor weiter verschärfen und auch die neuartigen Geschäftsmodelle für Zahlungsdienste vom Anwendungsbereich erfasst haben möchte. Mit dieser RL soll primär den sich geänderten Rahmenbedingungen im Massenzahlungsverkehr Rechnung getragen werden, bei welchem es durch die zahlreichen technischen Innovationen zu einem großen Anstieg elektronischer als auch mobiler Zahlungen gekommen ist. Die damit einhergehende wachsende Akzeptanz der Verbraucher gegenüber derartigen Zahlungsmethoden begünstigte insb Online-Zahlungssysteme, wie zB „PayPal“, „SOFORT“ oder „GiroPay“, welche jedoch von den bisherigen regulatorischen Bestimmungen nicht erfasst waren. Dies führte in einigen Bereichen zu einer gewissen Rechtsunsicherheit.¹⁷ Mit der ZDRL II will der europäische Gesetzgeber diese neu entstandenen Geschäftsmodelle einerseits weiter fördern, dabei aber gleichzeitig auch für einen entsprechenden Verbraucherschutz sorgen. Zudem möchte der Richtliniengeber durch strengere Anforderungen in Bezug auf Kundendaten, diese Daten in ausreichender Form geschützt

12 OeNB, Gegenüberstellung des Jahres 2000 zum ersten Quartal 2017 in Bezug auf die Anzahl der Kreditinstitute nach Sektoren, siehe <https://www.oenb.at/isaweb/report.do?report=3.1.1> (abgefragt am 20.5.2017).

13 Vgl Erwägungsgrund (3) ZDRL II.

14 Eine gesetzliche Definition, was genau unter „FinTech“ zu verstehen ist, existiert bislang nicht. Die Finanzmarktaufsicht (FMA) / Österreichische Nationalbank (OeNB) definieren „FinTech“ als eine auf Informationstechnologie basierte finanzielle Innovation, welche häufig, aber nicht zwangsläufig von nicht konzessionierten Unternehmen entwickelt werden, typischerweise Schnittstellen zu konzessionierten Unternehmen umfassen und nachhaltige Veränderungen bestehender Funktionsweisen des Finanzsektors mit sich bringen können. „FinTechs“ stellen für sie wiederum Unternehmen dar, welche im Bereich solcher Finanzmarkttechnologien tätig sind. Um den neuen Geschäftsmodellen den Zugang zum Aufsichtsrecht zu erleichtern wurde von der FMA eigens eine Kontaktstelle für „FinTechs“ eingerichtet, siehe <https://www.fma.gv.at/querschnittsthemen/fintech/kontaktformular-fintech/> (abgefragt am 20.5.2017); ausführlich zum Thema FinTech siehe etwa *Klebeck/Dobrauz-Saldapenna, FinTechs im Lichte und Schatten des Aufsichtsrechts – quo vadis EU? RdF 2015, 276; Baumann, Mobile Payment – neuer Wein in alten Schläuchen? GWR 2014, 493; Trieb/Keiser, Regulierung und Marktzutritt dritter Zahlungsdienstleister in Weber/Thouvenin, Rechtliche Herausforderungen durch webbasierte und mobile Zahlungssysteme (2015) 161 ff.*

15 Hierunter sind Personen jener gesellschaftlichen Generation zu verstehen, welche mit der digitalen Welt aufgewachsen sind.

16 *Klebeck/Dobrauz-Saldapenna, RdF 2015, 277.*

17 Erwägungsgrund (4) ZDRL II.

wissen.¹⁸ Die neuen Bestimmungen, welche mit der ZDRL II einhergehen, sind ferner nicht nur für bereits am Zahlungsverkehrsmarkt tätige Unternehmer von großer Bedeutung, sondern durch die weitreichenden Einschränkungen im Zusammenhang mit dem Ausnahmekatalog (Art 3 lit a-o ZDRL II)¹⁹ va auch für jene Unternehmer, welche bisher von einer im Katalog beschriebenen Bereichsausnahme erfasst waren. Diese Unternehmer haben somit zu prüfen, ob sie im Rahmen ihrer Tätigkeit auch weiterhin von einer dort aufgelisteten Ausnahmebestimmung profitieren, um sich nicht der Gefahr einer Verwaltungsstrafe²⁰ der zuständigen nationalen Aufsichtsbehörde wegen eines unerlaubten Betriebs auszusetzen.²¹

Ziel der hier vorliegenden Arbeit soll es nun sein, den Leser mit den wichtigsten Begriffen des Zahlungsverkehrsrechts vertraut zu machen und die wesentlichsten Änderungen, welche die ZDRL II im Vergleich zur bisher geltenden Rechtslage mit sich bringt, einer rechtlichen Auseinandersetzung zuzuführen, sowie in einer verständlichen Form aufzubereiten. Dabei richtet sich dieses Werk vornehmlich an Personen aus dem Bereich des Bankrechts und soll diesen einen ersten Einblick in die auf sie zukommenden Änderungen verschaffen.

2 Gang der Untersuchung

Bei der ZDRL II handelt es sich um eine Regelung aus dem Bereich des Zahlungsverkehrsrechts, welche trotz ihrer weitreichenden Auswirkungen für die am Markt tätigen Zahlungsdienstleister in der Literatur bisher lediglich geringfügig Beachtung gefunden hat. Dies mag damit zusammenhängen, dass der europäische Gesetzgeber die Vorschriften für den Finanzsektor in letzter Zeit in immer schnelleren Intervallen reguliert und es dadurch nur schwer möglich ist, einen Überblick über die ständig neuen Bestimmungen zu behalten. Die geringe Berücksichtigung der ZDRL II in der Literatur wird ferner wohl auch damit zusammenhängen, dass sich die ZDRL II zum Zeitpunkt der Abfassung dieser Arbeit erst im nationalen Umsetzungsprozess befindet. Der Spielraum der nationalen Gesetzgeber ist dabei jedoch sehr gering, da die ZDRL II dem Grundsatz der Vollharmonisierung folgt.²² Es kann daher auch schon vor der Umsetzung der ZDRL II in das nationale Recht eine „Vorschau“ auf die wesentlichsten Änderungen sowie deren Auswirkungen auf die betroffenen Personenkreise gegeben werden, ohne dass es durch die nationale Umsetzung in Österreich zu weitreichenden Abweichungen kommen wird.

Durch einen möglichst nachvollziehbaren sowie stringenten Aufbau der Arbeit soll sichergestellt werden, dass sie auch jenen Lesern einen guten Einblick in diese doch sehr unübersichtliche Rechtsmaterie bietet, die nicht laufend mit diesem speziellen Bereich in Kontakt kommen. Die hier vorliegende Dissertation gliedert sich in insgesamt sieben Kapitel, welchen wiederum zahlreiche Unterabschnitte nachgeordnet sind. Im ersten Kapitel wird insb aufgezeigt, welche Auswirkungen die ZDRL II auf den Zahlungsverkehrsmarkt haben wird. Dabei soll bereits ein kurzer Überblick über die Forschungsfragen gegeben werden, die sich aus der neuen Rechtsgrundlage ergeben und in der Folge bearbeitet werden.

18 Ausführlich zu den Regulierungszielen der ZDRL II siehe 9 f.

19 Der Ausnahmekatalog findet sich § 3 Abs 3 Z 1-15 ZaDiG 2018.

20 § 99 Abs 1 ZaDiG 2018: „Wer Zahlungsdienste gem § 1 Abs 2 Z 1 bis 7 ZaDiG 2018 ohne die erforderliche Berechtigung erbringt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA mit Geldstrafe bis zu 50 000,- Euro zu bestrafen.“

21 *Kunz*, Die neue Zahlungsdiensterichtlinie (PSD II): Regulatorische Erfassung „Dritter Zahlungsdienstleister“ und anderer Leistungsanbieter – Teil 1, CB 2016, 416.

22 Näheres hierzu siehe 13.

Kapitel zwei gibt dann einen kurzen Einblick in den Zahlungsverkehr und die bisher ergangenen Zahlungsdiensterichtlinien. Darin wird zuerst auf die ZDRL I, deren Folgen für den europäischen Zahlungsverkehr und ihre nationale Umsetzung in Form des ZaDiG erörtert. Anschließend wird auf die Gründe und Regulierungsziele, wie auch auf den Gesetzwerdungsprozess der ZDRL II eingegangen.

Bei Kapitel drei handelt es sich um einen Exkurs, in welchem auf die grundlegenden Prinzipien des Europarechts eingegangen wird. Die diesem Kapitel untergeordneten Abschnitte sollen dem Leser verdeutlichen, welche Auswirkungen damit verbunden sind, dass das zukünftige ZaDiG „neu“²³ auf einer RL beruht. Ein Abschnitt dieses Kapitels setzt sich darüber hinaus mit der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde (EBA) auseinander, welche im Zuge der ZDRL II in den Anwendungsbereich miteinbezogen wurde. In diesem Zusammenhang wird in erster Linie auf die Stellung der EBA sowie auf die Unterschiede zwischen den von ihr zu entwickelnden technischen Regulierungsstandards (RTS) und ihr zu erlassenden Leitlinien eingegangen. Die ihr im Rahmen der ZDRL II übertragenen Mandate werden erst zu einem späteren Zeitpunkt behandelt.

Anschließend befasst sich das vierte Kapitel mit wichtigen Grundsatzfragen, welche mit dem ZaDiG (idF BGBl I 2016/118) in Verbindung stehen. Hierbei werden, für ein besseres Verständnis der späteren Auseinandersetzung mit der ZDRL II, die bisher bestehenden Zahlungsdienste wie auch der Unterschied des Verbraucherbegriffs des ZaDiG von jenem des KSchG beschrieben. Ebenfalls noch in einem Abschnitt dieses Kapitels wird auf die vorgesehenen Arten der Zurverfügungstellung von Informationen – „Zugänglichmachen“ und „Mitteilen“ – eingegangen, wobei aus den daraus erlangten Erkenntnissen die Rechtsfrage geklärt werden soll, ob die ausschließliche Übermittlung von Informationen an ein E-Banking-Postfach des Kunden ein „Mitteilen“ oder lediglich ein „Zugänglichmachen“ des Zahlungsdienstleisters darstellt.

Das daran anknüpfende Kapitel fünf bildet dann das Hauptstück der hier vorliegenden Dissertation. So wird in den ersten Abschnitten, welche diesem Kapitel zugeordnet sind, auf die Ausweitung des Anwendungsbereichs eingegangen. Dabei wird besonders Augenmerk auf die neu in den Anwendungsbereich aufgenommenen Zahlungsdienstleister (Zahlungsauslöse-, Kontoinformationsdienstleister sowie dritten Kartenemittenten)²⁴ gelegt. Ebenso finden die verstärkten Anforderungen an die Kundenauthentifizierung im elektronischen Geschäftsverkehr entsprechende Berücksichtigung. Diese erhöhten Anforderungen stellen insb eine Folge der Aufnahme der Zahlungsauslöse- und Kontoinformationsdienstleister in den Anwendungsbereich der ZDRL II dar. Die kontoführenden Zahlungsdienstleister (die „Hausbanken“ der Zahlungsdienstnutzer) sind nämlich künftig verpflichtet, derartigen Dienstleistern einen Zugang zur bisher „rein“ bilateralen Schnittstelle zwischen Zahlungsdienstnutzer und kontoführendem Zahlungsdienstleister zu gewähren. Um in diesem Zusammenhang für einen ausreichenden Verbraucherschutz zu sorgen, haben die Zahlungsdienstleister künftig die gesteigerten Kriterien anzuwenden. Ferner widmet sich ein weiterer Punkt dieser Arbeit der Streichung des digitalisierten Zahlungsgeschäfts (§ 1 Abs 2 Z 6 ZaDiG) aus dem Katalog der Zahlungsdienste und der Rechtsfrage, ob derartige Dienstleistungen dadurch künftig erlaubnisfrei sind. Im Abschnitt F des Kapitel fünf folgt dann eine tiefgreifende Auseinandersetzung mit vier Bestimmungen des Ausnahmekatalogs, welche durch die ZDRL II überarbeitet wurden: Nämlich zur Bereichsausnahme

23 In der Zwischenzeit wurde die ZDRL II in Österreich durch das ZaDiG 2018 umgesetzt (BGBl I 2018/17).

24 Näheres zu den sog „dritten Zahlungsdienstleistern“ siehe 51 ff.

des Handelsagenten (Art 3 lit b ZDRL II)²⁵, des „begrenzten Netzes“ (Art 3 lit k ZDRL II)²⁶, für elektronische Dienste (Art 3 lit l ZDRL II)²⁷ sowie für unabhängige Bankautomatenbetreiber (Art 3 lit o ZDRL II)²⁸. Die rechtliche Untersuchung erfolgt dabei im Wesentlichen für jede vorab genannte Bereichsausnahme in gleicher Weise: In einem ersten Schritt wird jeweils die bisher geltende nationale Bestimmung der jeweiligen Bereichsausnahme beleuchtet. Daran anknüpfend werden die Gründe für die Überarbeitung der Richtlinienbestimmung dargelegt. In einem weiteren Schritt wird dann die überarbeitete Bereichsausnahme erläutert und schließlich eine entsprechende Stellungnahme zur jeweiligen Neufassung abgegeben.²⁹ Aufgrund der gesteigerten Relevanz von Krypto-Assets³⁰ (zB Bitcoins) im Zahlungsverkehr soll am Ende dieses Abschnittes kurz darauf eingegangen werden, ob derartige „Währungen“ in den Anwendungsbereich des E-GeldG 2010 sowie ZaDiG 2018 fallen.

Nach der Untersuchung der überarbeiteten Ausnahmebestimmungen werden die vorgesehenen Befugnisse der EBA im Rahmen der ZDRL II erörtert, wobei in diesem Kontext va die Änderungen bei der Inanspruchnahme des „Europäischen Passes“ einen gewichtigen Part einnehmen.

Im Kapitel sechs wird auf neue Bestimmungen der ZDRL II eingegangen, welche sich künftig auf alle Zahlungsdienstleister (Kreditinstitute, E-Geld-Institute, Zahlungsinstitute) auswirken. Die Untersuchung in diesem Kapitel widmet sich dabei zuallererst dem Verbot der Zahlungsdienstleister, dem Nutzer für die Verwendung eines bestimmten Zahlungsinstruments ein erhöhtes Entgelt in Rechnung zu stellen (sog Surcharging-Verbot). Einen weiteren wichtigen Punkt nimmt in diesem Abschnitt auch die Auseinandersetzung mit dem eingeführten unbedingten Erstattungsrecht des Zahlers im Bereich der Lastschriften ein, wobei für ein besseres Verständnis der folgenden Untersuchung ein kurzer Exkurs zur SEPA-VO vorgenommen wird. Daran anschließend wird in der Arbeit erörtert, wie künftig bei der Wiederbeschaffung eines überwiesenen Geldbetrages bei der Angabe eines falschen Kundenidentifikators durch den Zahler vorzugehen ist. Als letzter Punkt dieses Abschnittes, wie auch dieses Kapitels, erfolgt letztlich noch ein Hinweis auf die neu von den Zahlungsdienstleistern vorzusehende interne Streitbelegungsstelle.

Im siebten Kapitel wird eine abschließende Einschätzung auf die praktischen Auswirkungen der ZDRL II und ein kurzer Ausblick auf die zukünftigen Entwicklungen des europäischen Zahlungsverkehrsrechts gegeben.

3 Abgrenzung des Themas

Aufgrund der zahlreichen Fragestellungen, die sich im Zahlungsverkehrsrecht, der ZDRL II sowie dessen Umsetzung in das nationale Recht stellen, ist eine vollumfängliche Untersuchung im Rahmen einer Dissertation weder möglich noch zielführend. Die hier vorliegen-

25 § 3 Abs 3 Z 2 ZaDiG 2018.

26 § 3 Abs 3 Z 11 ZaDiG 2018.

27 § 3 Abs 3 Z 12 ZaDiG 2018.

28 § 3 Abs 3 Z 15 ZaDiG 2018.

29 In der hier vorliegenden Arbeit wurde die rechtliche Untersuchung der Bereichsausnahmen noch jeweils um einen Punkt ergänzt: „Die Umsetzung der jeweiligen Ausnahmebestimmung im ZaDiG 2018“.

30 Es handelt sich dabei um einen finanziellen Vermögenswert, der auf Kryptographie und „distributed ledger“ (verteiltes Hauptbuch) oder ähnlicher Technologie beruht. Krypto-Assets können dabei als Überbegriff zu virtuellen Währungen, Coins und Tokens verstanden werden, siehe FMA, FinTech Navigator zu ICO, <https://www.fma.gv.at/querschnittsthemen/fintechnavigator/initial-coin-offering/> (abgefragt am 2.10.2018).

de Arbeit greift daher lediglich einen Teil der bestehenden Rechtsfragen auf und befasst sich dabei primär mit den wesentlichsten Änderungen, welche mit der ZDRL II einhergehen. Aufgrund der zahlreichen Neuerungen, welche die ZDRL II beinhaltet, ist es schon vor diesem Hintergrund nahezu unmöglich, ein vollständiges Bild über diese wiederzugeben, welche im Vergleich zur bisherigen Rechtsgrundlage auf die betroffenen Verkehrskreise zukommen werden. Trotz dieser Schwierigkeit macht es sich die hier vorliegende Dissertation zur Aufgabe, sowohl den am Zahlungsverkehrsmarkt tätigen Unternehmen, als auch den zuständigen nationalen Aufsichtsbehörden einen ersten Einblick über die erfolgten Änderungen zu verschaffen, sowie auf die daraus entstehenden Implikationen hinzuweisen und hierfür entsprechende Lösungsvorschläge zu unterbreiten. Hauptaugenmerk wird dabei auf die erfolgten Änderungen im Bereich des Anwendungsbereichs zur bisher geltenden Rechtsgrundlage gelegt. Hierbei werden insb die neu in den Anwendungsbereich aufgenommenen Zahlungsdienstleister (Zahlungsauslöse- und Kontoinformationsdienstleister) und der an vielen Stellen überarbeitete Ausnahmekatalog einer tiefgreifenden rechtlichen Untersuchung unterzogen. Ebenfalls beinhaltet diese Arbeit einen Überblick über die an die EBA übertragenen Mandate für die Entwicklung von RTS (technischen Regulierungsstandards) und Leitlinien zu einzelnen Vorschriften der ZDRL II.

Auf eine nähergehende Analyse wird diesbezüglich im Rahmen der Arbeit jedoch verzichtet. Eine inhaltliche Auseinandersetzung über die übertragenen Mandate an die EBA hätte den zur Verfügung stehenden Rahmen einerseits bei weitem gesprengt und andererseits befinden sich die einzelnen Mandate im Zeitpunkt der Abfassung der Arbeit noch in sehr unterschiedlichen Entwicklungsstadien, wodurch eine abschließende Beurteilung ihrer rechtlichen Auswirkungen auf den Zahlungsverkehrsmarkt nicht möglich gewesen wäre.

Wie bereits zuvor erläutert, umfasst diese Arbeit auch noch ein Teilstück, welches sich mit Vorschriften auseinandersetzt, die für alle Zahlungsdienstleister von Bedeutung sind. Auch in diesem Zusammenhang musste aufgrund der weitreichenden Änderungen eine entsprechende Auswahl getroffen werden. Nicht behandelt werden dabei insb Rechtsfragen, die mit datenschutzrechtlichen Bestimmungen der ZDRL II in Verbindung stehen, welche für sich schon eine eigenständige Dissertation rechtfertigen würden.³¹ Ebenfalls außer Betracht bleiben zudem Änderungen, welche sich im Rahmen der Haftung des Zahlers durch die ZDRL II ergeben.³² Inhaltlich legt die vorliegende Arbeit ihren Schwerpunkt damit vornehmlich auf jene Vorschriften der ZDRL II, welche einen Bezug zu Bestimmungen des Anwendungsbereichs aufweisen oder einen aufsichtsrechtlichen Hintergrund haben, wobei damit im Zusammenhang stehende Literatur und Rechtsprechung, wie auch der Umsetzungsprozess der übertragenen Mandate an die EBA, bis November 2018 berücksichtigt werden.

31 Näheres hierzu siehe *Terlau*, Die zweite Zahlungsdiensterichtlinie – zwischen Innovation und Ausdehnung des Aufsichtsrechts, ZBB 2016, 130; *Seiler*, Die Datenschutzregelungen in der PSD II – insbesondere Art. 94 - Einwilligungserfordernis statt gesetzlicher Erlaubnis und mögliche praktische Auswirkungen, Zahlungsdienstleister und die FinTech-Branche in *Taeger*, Smart World - Smart Law?: Weltweite Netze mit regionaler Regulierung, DSRITB 2016, 591; *Indenhuck/Stein*, Datenschutzvorgaben für Kreditinstitute nach PSD2 und DSGVO – Zur Reichweite des Einwilligungserfordernisses nach Art. 94 Abs. 2 PSD2 bzw. § 59 Abs. 2 ZAG; BKR 2018, 136; *Weichert*, Die Payment Service Directive 2 und der Datenschutz, BB 2018, 1161.

32 Ausfühlich hierzu *Böger*, Bankrechtstag 2016, 293 ff; *Hoffmann*, Kundenhaftung unter der Neufassung der Zahlungsdiensterichtlinie, VuR 2016, 243; *Hoffmann*, Das neue Haftungsrecht im Zahlungsverkehr, BKR 2018, 62; *Kahlert*, Neue Regelwerke für den Online-Zahlungsverkehr: Auswirkungen von MaSI und PSD II auf Verbraucher, Zahlungsdienstleister und die FinTech-Branche in *Taeger*, Smart World - Smart Law?: Weltweite Netze mit regionaler Regulierung, DSRITB 2016, 586 f.

V DIE WESENTLICHSTEN ÄNDERUNGEN DURCH DIE ZDRL II

1 Inhalt und Aufbau der ZDRL II

Bevor auf die wesentlichsten Reformelemente der ZDRL II³²⁶ und der sich daraus ergebenden Fragestellungen näher eingegangen wird, soll zunächst ein Überblick über deren Inhalt und Aufbau gegeben werden.³²⁷

Bei der ZDRL II handelt es sich regelungstechnisch um keine ergänzende Begleitregelung der ZDRL I (RL 2007/64/EG), sondern um eine Neukodifikation. Die ZDRL II tritt damit vollständig an die Stelle der ZDRL I.³²⁸ An der grds Struktur hat sich im Vergleich zur bisher geltenden Fassung nichts geändert, wobei es natürlich dennoch zu einigen Modifikationen kommt.³²⁹ Die ZDRL II umfasst sechs Titel mit insgesamt 117 Artikeln.³³⁰ Titel I (Art 1-4 ZDRL II) enthält die allgemeinen Bestimmungen, insb die Begriffsbestimmungen und jene zum Anwendungsbereich der ZDRL II. Dieser Teil der RL enthält die wichtigsten Änderungen im Vergleich zur ZDRL I und wird in der Folge auch den Schwerpunkt der weiteren rechtlichen Auseinandersetzung darstellen. So kam es ua zu einer Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs durch die Einbeziehung der sog „dritten Zahlungsdienstleister“ wie auch zu Einschränkungen im Rahmen des Ausnahmekatalogs (Art 3 ZDRL II). Der Titel II (Art 5-37 ZDRL II) enthält weiters die wichtigsten aufsichtsrechtlichen Bestimmungen. Neu hinzugekommen ist etwa die Regelung des Art 15 ZDRL II. Die EBA hat demnach ein zentrales elektronisches Register zu errichten und zu betreiben, an welches die zuständigen nationalen Aufsichtsbehörden die Angaben des Art 14 ZDRL II³³¹ zu übermitteln haben, wodurch all diese Daten in diesem zentralen Register zusammengeführt werden. Ebenfalls noch nicht in der ZDRL I enthalten war das Verfahren nach Art 27 ZDRL II zur Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zwischen den zuständigen Aufsichtsbehörden. Titel III (Art 38-60 ZDRL II) regelt, wie bereits die ZDRL I, die Transparenz der Vertragsbedingungen und Informationspflichten für Zahlungsdienste. Die den Zahlungsdienstleistern hierdurch auferlegten Informationspflichten treffen weitestgehend auch die neu in den Anwendungsbereich fallenden Zahlungsauslösedienste. Bei diesen sind jedoch gewisse Einschränkungen und Modifikationen zu beachten.³³² Titel IV (Art 61-103 ZDRL II) enthält weiterhin die Rechte und Pflichten der Parteien bei der Erbringung und Nutzung von Zahlungsdiensten. Erweitert wurden die Vorgaben dieses Abschnittes um Bestimmungen, die im Zusammenhang mit den Zahlungsauslöse- und Kontoinformationsdiensten stehen. Gänzlich neu sind die Vorschriften von Kapitel fünf des IV Titels (Art 95-98 ZDRL II). Dieses Kapitel enthält Bestimmungen über operationelle und sicherheitsrelevante Risiken und zur Authentifizierung. Titel V (Art 104-106 ZDRL II) umfasst

326 Ein kurzer Gesamtüberblick über die ZDRL II findet sich ua bei *Böger*, Bankrechtstag 2016, 248 ff; *Bauer/Glos*, Die zweite Zahlungsdiensterichtlinie – Regulatorische Antwort auf Innovation im Zahlungsverkehrsmarkt, DB 2016, 457 ff; *Duy/Stempkowski*, PSD II: Änderungen durch die neue Zahlungsdienste-Richtlinie für Banken, ecollex 2017, 645; *Hingst/Lösing*, Die geplante Fortentwicklung des europäischen Zahlungsdiensteaufsichtsrechts durch die Zweite Zahlungsdienste-Richtlinie, BKR 2014, 315 ff.

327 Dazu auch *Borges*, Identitätsmissbrauch im Online-Banking und die neue Zahlungsdiensterichtlinie (PSD 2), ZBB 2016, 254 f.

328 Art 114 ZDRL II; *Böger*, Bankrechtstag 2016, 251.

329 Vgl *Böger*, Bankrechtstag 2016, 251.

330 Die ZDRL I setzte sich demgegenüber aus fünf Titeln mit insgesamt 96 Artikeln zusammen.

331 ZB die Daten über zugelassene Zahlungsinstitute und die für sie tätige Agenten.

332 Vgl Art 45 Abs 2, Art 46 und 47 ZDRL II.

die delegierten Rechtsakte und die RTS. Titel VI (Art 107-117 ZDRL II) enthält schließlich die üblichen Schlussbestimmungen.

2 Ausweitung des geographischen Anwendungsbereichs und der einbezogenen Währungen³³³

Durch die Neugestaltung des Art 2 ZDRL II kommt es zu weitreichenden Änderungen in Bezug auf den territorialen sowie währungsmäßigen Anwendungsbereich der RL.³³⁴ Die ZDRL II gilt grds für Zahlungsdienste, die innerhalb der EU erbracht werden und zwar unabhängig davon, ob sie innerhalb eines Mitgliedstaates oder grenzüberschreitend durchgeführt werden. Zweck dieser Änderungen ist die Stärkung des Verbraucherschutzes durch eine Harmonisierung der bestehenden Bestimmungen auch im Bereich der grenzüberschreitenden Zahlungsdienste zu erreichen. Das gilt insb in Bezug auf Finanztransferleistungen, was gleichzeitig das Prinzip der Gleichbehandlung von Zahlungsdienstleistern innerhalb der EU verbessert.³³⁵

Nach der bisher geltenden ZDRL I war der zivilrechtliche Anwendungsbereich weitestgehend auf Zahlungsdienste beschränkt, bei denen sowohl der Zahlungsdienstleister des Zahlers als auch des Empfängers in der Union ansässig sein mussten.³³⁶ Zahlungsvorgänge aus Drittstaaten (zB Schweiz, USA, Russland, China) blieben aus dem Anwendungsbereich der ZDRL I daher zum größten Teil ausgeklammert.³³⁷ Dieser Grundsatz wird in Art 2 Abs 1 der ZDRL II beibehalten, allerdings sieht der EU-Gesetzgeber in den darauf folgenden Abs Ausnahmen vom grds EU-Bezug vor. Wesentliche Bedeutung kommt hierbei von der Bestimmung des Art 2 Abs 4 der ZDRL II³³⁸ zu. Diese Regelung sieht vor, dass die Titel III³³⁹ und IV³⁴⁰ der ZDRL II bei Zahlungsvorgängen in sämtlichen Währungen³⁴¹ Anwendung finden, auch wenn nur einer der beteiligten Zahlungsdienstleister in der Union ansässig³⁴² ist (sog One Leg Transaction)^{343, 344}. Dies führt dazu, dass von der Informationspflichten und die sonstigen wesentlichen Bestimmungen zum Schutz der Zahlungsdienstnutzer der ZDRL II auch dann zur Anwendung gelangen, wenn auch nur ein Bestandteil

333 Siehe hierzu § 2 ZaDiG 2018; *Fletzberger*, ZFR 2018, 326.

334 Hierzu auch *Djazayeri*, Das neue europäische Zahlungsdienstrecht (ZDR II bzw. PSD II) nebst neuer Regeln für Multilaterale Interbankenentgelte (MIFs), jurisPR-BKR 9/2013, 2; *Bauer/Glos*, DB 2016, 457; *Duy/Stempkowski*, ecolx 2017, 645 f; *Janßen*, Die Zahlungsdienstrichtlinie (PSD I) und ihre aufsichtsrechtliche Umsetzung im Vereinigten Königreich und Deutschland 100 ff; *Kahlert*, DSRITB 2016, 582 f; *Omlor*, JuS 2017, 627; *Werner*, ZBB 2017, 345 f; *Zahrte*, NJW 2018, 337.

335 *Böger*, Bankrechtstag 2016, 254 f.

336 Art 2 Abs 1 und 2 der RL 2007/64/EG.

337 Die ZDRL I stellte es den Mitgliedstaaten jedoch frei, auch solche Zahlungsvorgänge in den Anwendungsbereich aufzunehmen. Davon hat der österreichische Gesetzgeber in § 1 Abs 1 ZaDiG entsprechend Gebrauch gemacht und so für das ZaDiG einen „One Leg“ Ansatz normiert. Bei Zahlungsvorgängen die über den EWR-Raum hinausgehen, sind die Bestimmungen betreffend der Wertstellung, der Haftung für fehlerfreie Ausführung und Ausführungsfristen nur nach den in § 1 Abs 4 Z 1-4 ZaDiG festgelegten Bestimmungen anzuwenden.

338 Die Umsetzung erfolgte in § 2 Abs 4 ZaDiG 2018; vgl RV 11 BlgNR 26 GP 3.

339 Transparenz der Vertragsbedingungen und Informationspflichten für Zahlungsdienste.

340 Rechte und Pflichten bei der Erbringung und Nutzung von Zahlungsdiensten. Die Titel III und IV der ZDRL II entsprechen dabei den Vertrags- und Kundenschutzbestimmungen des 3. Hauptstück des ZaDiG; vgl *Böger* Bankrechtstag 2016, 255.

341 Eine krit Anmerkung von *Spindler/Zahrte* dazu, dass die Titel III und IV auch bei Drittstaatenwährungen Anwendung finden sollen, siehe *Spindler/Zahrte*, BKR 2014, 266.

342 Ansässigkeit bedeutet hierbei ein Abstellen auf die tatsächliche Belegenheit der die Zahlung ausführenden Stelle, siehe *Terlau*, ZBB 2016, 125.

343 Solche Zahlungsdienste stehen bildlich gesprochen geographisch „nur mit einem Bein innerhalb der EU“, siehe *Omlor*, Die zweite Zahlungsdienstrichtlinie: Revolution oder Evolution im Bankvertragsrecht? ZIP 2016, 560.

344 Vgl *Böger*, Bankrechtstag 2016, 255 mwN; *Kunz*, CB 2016, 420.

eines Zahlungsvorganges innerhalb der EU erbracht wird.³⁴⁵ Der EU-Gesetzgeber möchte damit primär abweichende Ansätze der Mitgliedstaaten verhindern, die sich nachteilig auf die Verbraucher auswirken könnten.³⁴⁶ In diesem Zusammenhang müssen jedoch einige Einschränkungen berücksichtigt werden. Zuerst müssen die Bestandteile dieser Zahlungsvorgänge innerhalb der EU getätigt werden und zudem sind einige Einzelbestimmungen, bei denen der EU-Gesetzgeber den „One Leg Transaction“ Ansatz nicht als sinnvoll erachtet, vom Anwendungsbereich des Art 2 Abs 4 ZDRL II ausgenommen.³⁴⁷ Mit dieser Regelung erfährt der territoriale Anwendungsbereich der RL somit eine Präzisierung, zugleich aber auch eine gewisse Einschränkung. Die Titel III und IV der ZDRL I galten nämlich für alle Zahlungsdienste in der Währung eines Mitgliedstaates, selbst wenn diese außerhalb der Eurozone erbracht wurden.³⁴⁸ Der Ausweitung des geographischen Anwendungsbereichs durch die ZDRL II kommt in Österreich ferner nur eine untergeordnete Rolle zu, da der österreichische Gesetzgeber diese Erweiterung bereits im Rahmen der Umsetzung der ZDRL I großteils vorweggenommen hat. In anderen Mitgliedstaaten der EU wird diese Änderung weitreichendere Folgen haben. So gehen einzelne Mitgliedstaaten (zB Italien, Portugal) derzeit strikt nach dem „Two Leg Ansatz“ vor, allerdings beschränkt auf Zahlungsdienstleister mit einem Sitz innerhalb der EU.³⁴⁹ Andere Länder (zB Belgien) wiederum verfolgen einen gemischten Ansatz, der durch das Bestehen von einigen Ausnahmebestimmungen vom „Two Leg Ansatz“ auch Elemente des „One Leg Ansatzes“ aufweist. In diesen Mitgliedstaaten wird die Weiterentwicklung durch die ZDRL II in diesem Bereich weitreichendere Auswirkungen mit sich bringen, als es in Österreich der Fall sein wird.³⁵⁰

3 Die Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs

Bisher war es sechs Kategorien von Zahlungsdienstleistern vorbehalten, Zahlungsdienste iSd ZaDiG anzubieten. Unter den sog „dritten Zahlungsdienstleistern“ (Third Party Provider, TPP)³⁵¹ werden Anbieter verstanden, welche im zahlungsdienstnahen Bereich tätig sind und bisher keiner Regulierung unterlagen.³⁵² Demnach musste bisher für die Erbringung derartiger Dienstleistungen keine Erlaubnis von der FMA eingeholt werden.³⁵³ Nach Auffassung der BaFin werden sie derzeit unter den Ausnahmetatbestand für technische Dienstleister (§ 2 Abs 3 Z 10 ZaDiG)³⁵⁴ subsumiert. Es handelt sich dabei um das Kernstück sowie den am heftigsten umstrittenen Diskussionspunkt im Rahmen der poli-

345 Böger, Bankrechtstag 2016, 255.

346 Erwägungsgrund (8) ZDRL II.

347 Vgl Kunz, CB 2016, 240; Omlor, ZIP 2016, 560.

348 Art 2 Abs 2 der RL 2007/64/EG.

349 In anderen Ländern wird dieser Ansatz auch auf Zahlungsdienstleister angewandt, die in einem Staat des EWR ansässig sind (zB Frankreich, Niederlande, Schweden).

350 Ausführlich zur unterschiedlichen Umsetzung des geographischen Anwendungsbereichs in den einzelnen Mitgliedstaaten siehe Hingst/Lösing, Zahlungsdienstaufsichtsrecht § 23 Rz 21 ff.

351 Hierzu siehe auch RV 11 BlgNR 26 GP 1; teilweise werden sie auch als „alternative Zahlungsdienstleister“ bezeichnet.

352 Hierzu ua Kokert/Held, Zahlungsdiensterichtlinie II: Risiken und schwerwiegende Folgen für Nutzer und Kreditinstitute, BaFin-Journal, Juni 2014, 27.

353 Vgl Erwägungsgrund (29) ZDRL II.

354 § 1 Abs 10 Nr 9 ZAG; Art 3 lit j der RL 2007/64/EG; zur bisherigen Rechtslage siehe ua Haslhofer-Jungwirth et al in Weilinger, ZaDiG § 2 Rz 43 ff; Dörner/Schenkel in Meyer zu Schwabedissen, Die Erlaubnis zur Erbringung von Zahlungsdiensten, Rz 116 ff.

tischen Debatten der ZDRL II.³⁵⁵ Der europäische Gesetzgeber reagiert damit auf diese neuartigen Geschäftsmodelle, indem er sie in den Anwendungsbereich der ZDRL II aufgenommen hat und sie als Zahlungsdienstleister einordnet.³⁵⁶

Bei den TPP ist zwischen Zahlungsauslösedienstleistern, Kontoinformationsdienstleistern und dritten Kartenemittenten zu unterscheiden.³⁵⁷ Sie erbringen im Rahmen ihrer gewerblichen Tätigkeit Zahlungsdienste, welche im Zusammenhang mit dem Zugang zu Zahlungskonten stehen. Die Führung des damit in Verbindung stehenden Zahlungskontos obliegt aber nicht ihnen, sondern dem kontoführenden Zahlungsdienstleister. Ferner werden sie in die bisher rein bilaterale Schnittstelle zwischen Kunden und Bank miteinbezogen und greifen bei der Ausübung ihrer Tätigkeit auf die Infrastruktur der kontoführenden Stelle zurück. Damit sie ihre Dienste anbieten können, müssen sie sich gegenüber dem kontoführenden Zahlungsdienstleister des Zahlers gem Art 66 Abs 3 lit d ZDRL II³⁵⁸ vor jeder Auslösung einer Zahlung identifizieren und auf eine sichere Art und Weise mit den kontoführenden Zahlungsdienstleistern kommunizieren. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass es für einen kontoführenden Zahlungsdienstleister erkennbar ist, ob er von einem „Dritten Zahlungsdienstleister“ oder von einem Kunden selbst kontaktiert wird.³⁵⁹ Die Einbeziehung in den Anwendungsbereich führt dazu, dass sie dem Aufsichtsregime der nationalen Aufsichtsbehörden unterliegen.³⁶⁰ Ferner haben sie die in der ZDRL II aufgenommenen Datenschutz- und Sicherheitsanforderungen zu beachten. Sie haben gegenüber den zuständigen Aufsichtsbehörden und ihren Kunden bzw Vertragspartnern sicherzustellen, dass die ihnen zugänglich gemachten Sicherheitsmerkmale nur dem jeweiligen Nutzer und dem Herausgeber der Sicherheitsmerkmale zugänglich sind. Es ist ihnen zudem untersagt, sensible Zahlungsdaten (Art 4 Nr 32 ZDRL II)³⁶¹ sowie personalisierte Sicherheitsmerkmale (Art 4 Nr 31 ZDRL II) abzuspeichern. Im Ergebnis haben sie ähnlich weitreichende Pflichten, wie sie ein kontoführender Zahlungsdienstleister einzuhalten hat, wodurch die Sicherheit des Online-Zahlungsverkehrs mE gewährleistet sein sollte.

3.1 Die vom ZaDiG erfassten Zahlungsdienstleister

Um den Wettbewerb im EU-Zahlungsverkehrsmarkt zu fördern, harmonisierte die ZDRL I die Marktzugangsschranken für Zahlungsdienstleister³⁶² und unterschied dabei zwischen sechs Kategorien.³⁶³ Diesen in § 1 Abs 3 ZaDiG taxativ³⁶⁴ aufgezählten Akteuren war es bisher vorbehalten, Zahlungsdienste iSd § 1 Abs 2 ZaDiG zu erbringen, womit diese Bestimmung eine qualitative Marktzugangskontrolle darstellt.³⁶⁵ Bevor es zur aus-

355 Krit hierzu ua *Casper* in *Casper/Terlau*, ZAG § 1 Rz 73 f; *Hingst/Lösing*, Zahlungsdienstenaufsichtsrecht § 6 Rz 114.

356 Nicht eingegangen wird in der ZDRL II jedoch darauf, wie bspw mit sozialen Netzwerken umzugehen ist, welche in jüngster Zeit ebenfalls am Markt mit zahlungsdienstbezogenen Leistungen auftreten; vgl *Kunz*, CB 2016, 417 mwN.

357 Beispiele zu derartigen Dienstleistern siehe ua *Kahlert*, DSRITB 2016, 582; *Duy/Stempkowski* sehen diese Dienstleister insb im Rahmen eines „Multi Bank Standard“ (MBS), einer Software zur Bedienung mehrerer Kontoverbindungen als interessant an, *Duy/Stempkowski*, *ecolex* 2017, 646; ausführlich zum MBS siehe etwa <https://www.stuzza.at/de/mbs-multibank-standard.html> (abgefragt am 24.6.2018).

358 Die Umsetzung erfolgte in § 60 Abs 3 Z 4 ZaDiG 2018.

359 Vgl Erwägungsgrund (93) ZDRL II.

360 Vgl Art 1 Abs 1 lit d iVm Art 37 Abs 1 ZDRL II.

361 Als „sensible Zahlungsdaten“ werden nach Art 4 Nr 32 ZDRL II Daten angesehen, welche für betrügerische Handlungen verwendet werden können (einschließlich personalisierter Sicherheitsmerkmale).

362 Art 4 Nr 9 der RL 2007/64/EG.

363 Art 1 der RL 2007/64/EG.

364 Siehe im ZaDiG 2018 ebenfalls in § 1 Abs 3 ZaDiG 2018.

365 *Findeisen* in *Ellenberger/Findeisen/Nobbe*, Zahlungsverkehrsrecht² § 1 ZAG, Rz 90.