

**Untersuchungen über das
Spar-, Giro- und Kreditwesen**

Abteilung B: Rechtswissenschaft

Herausgegeben von Peter O. Mühlert,
Uwe H. Schneider und Dirk A. Verse

Band 206

**Die Zahlungsdiensterichtlinie (PSD I)
und ihre aufsichtsrechtliche Umsetzung
im Vereinigten Königreich
und Deutschland**

Von

Dominic Janßen



Duncker & Humblot · Berlin

Dominic Janßen

Die Zahlungsdiensterichtlinie (PSD I) und
ihre aufsichtsrechtliche Umsetzung
im Vereinigten Königreich und Deutschland

Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen

Abteilung B: Rechtswissenschaft

Schriften des Instituts für deutsches und
internationales Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens
an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Herausgegeben von

Prof. Dr. Peter O. Mülbert,
Prof. Dr. Dr. h. c. Uwe H. Schneider, Prof. Dr. Dirk A. Verse

Band 206

Die Zahlungsdiensterichtlinie (PSD I)
und ihre aufsichtsrechtliche Umsetzung
im Vereinigten Königreich
und Deutschland

Von

Dominic Janßen



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ruhr-Universität Bochum hat diese Arbeit
im Jahr 2017 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7352
ISBN 978-3-428-15262-9 (Print)
ISBN 978-3-428-55262-7 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85262-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinen Eltern und meiner Frau
in Dankbarkeit gewidmet*

Geleitwort

Die Zahlungsdiensterichtlinie vom November 2007 wurde durch das Gesetz zur Umsetzung der aufsichtsrechtlichen Vorschriften der Zahlungsdiensterichtlinie mit Wirkung zum 31. Oktober 2009 in das deutsche Recht implementiert. Aufsichtsrechtlich sieht die Umsetzung einen europäischen Pass für innerhalb der EU lizenzierte Zahlungsdienstleister vor. In der Praxis zeigte sich schon bald, dass die grenzüberschreitende Erbringung von Zahlungsdienstleistungen trotz der Harmonisierung noch mit nicht unerheblichen Schwierigkeiten verbunden war, weil einige EU-Staaten die Richtlinie enger und andere sie weiter auslegten und umsetzten bzw. von Wahlrechten Gebrauch machten. Dies hatte z. B. zur Folge, dass ein Zahlungsdienstleister, dessen Tätigkeit in einem EU-Mitgliedsstaat als nicht genehmigungspflichtig angesehen wurde, mangels EU-Passes in einem anderen EU-Mitgliedstaat, der diese Tätigkeit für genehmigungspflichtig erachtete, eine Erlaubnis beantragen musste.

Es ist daher von besonderem Interesse, die Umsetzung in Deutschland mit der in einem hinsichtlich der Genehmigungserfordernisse grds. sehr liberalen EU-Mitgliedstaat wie dem Vereinigten Königreich zu vergleichen. Hieraus lassen sich zugleich Kenntnisse gewinnen für die Beantwortung der Frage, ob seitens der EU der Einsatz einer Richtlinie oder einer Verordnung bevorzugenswert ist und wie die entsprechenden Ermächtigungsnormen im AEUV ausgelegt werden sollten.

Zugleich erbringt die Arbeit auch einen Beitrag und methodischen Lösungsvorschlag zu den umstrittenen Konzepten des Acquiring und des Finanztransfergeschäftes mit einem Schwerpunkt auf der besonders problematischen Zuordnung des Factoring, der Inkassotätigkeiten und der Vermittlungsleistungen mit Treuhanddienstleistungen.

Im Dezember 2015 trat die Zahlungsdiensterichtlinie II in Kraft und ist bis 13. Januar 2018 in den nationalen Rechten umzusetzen. Die damit einhergehende Vereinheitlichung und die trotzdem noch bestehen bleibenden Unterschiede werden von der vorliegenden Arbeit mit berücksichtigt.

Düsseldorf, im Mai 2017 *Rechtsanwalt Prof. Dr. Frank A. Schäfer*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung haben bis Mitte Oktober 2016 Berücksichtigung gefunden.

Die zweite Zahlungsdiensterichtlinie (PSD II) vom 25. November 2015 ist bis zum 13. Januar 2018 in nationales Recht umzusetzen. Der Inhalt der Richtlinie und die durch die Umsetzung zu erwartenden Änderungen der nationalen Rechtsakte sind insoweit bereits in diese Untersuchung einbezogen.

Meinem verehrten Doktorvater Herrn Professor Dr. Frank A. Schäfer, LL.M. (UCLA), gilt mein besonderer Dank für den Anstoß zu dieser Arbeit sowie die hervorragende Betreuung und die vielfältige Förderung des wissenschaftlichen Diskurses. Mein Dank gilt zudem Frau RiOLG Professorin Dr. Andrea Lohse für das große Interesse an dieser Untersuchung und die äußerst zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Die Drucklegung der Arbeit ist durch die Wissenschaftsförderung der Sparkassen-Finanzgruppe e. V. und die Stiftung Geld und Währung großzügig gefördert worden, wofür ich herzlich danke. Dank gilt auch den Herren Professoren Dr. Peter O. Mülbert, Dr. Dr. h.c. Uwe H. Schneider und Dr. Dirk A. Verse für die Aufnahme in ihre Schriftenreihe.

Weiterhin gilt mein großer Dank den Menschen, die mich in den unterschiedlichen Phasen der Entstehung dieser Arbeit mit ihren Anregungen, ihrer Kritik und ihrem Zuspruch bedacht haben und damit zum Gelingen beigetragen haben. Hervorheben möchte ich Reinhard E. Schamberger, LL.M. (London), Dr. David Chrobok, Philipp Dördelmann und Stefan Janßen; ihnen danke ich für ihre freundschaftliche Unterstützung und dafür, dass sie mir stets großartige Diskussionspartner sind.

Frau Dr. Costanza Russo, der ich mich fachlich und persönlich verbunden fühle, danke ich für die Ermöglichung von Forschungsaufhalten an dem Centre for Commercial Law Studies der Queen Mary, University of London, ohne die die Untersuchung der Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie im Vereinigten Königreich durch die Payment Services Regulations 2009 in dieser Form nicht möglich gewesen wäre.

Meinen Eltern bin ich zutiefst dankbar für ihre uneingeschränkte und bedingungslose Unterstützung in jeder Phase meiner Ausbildung sowie da-

für, dass sie mir stets ein großer Rückhalt sind. Nicht nur für die kritische und geduldige Durchsicht des Manuskriptes, sondern auch für ihr großes entgegengebrachtes Verständnis und ihre zgedachte Motivation danke ich ganz herzlich meiner Frau Janina.

Bochum, im Juni 2017

Dominic Janßen

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	19
B. Gang der Untersuchung	21
C. Die Regulierung von Zahlungsgeschäften	24
I. Verhältnis von Zahlungsgeschäften und Bankgeschäften	24
1. Methodisch-kontextueller Untersuchungsrahmen: Autonome Auslegung und komparative Umsetzungsanalyse	28
2. Durchsetzung der Richtlinienziele und -zwecke: Richtlinienkonforme Auslegung auf Basis einer abstrakten Richtlinienauslegung	34
3. Wahl der untersuchten nationalen Umsetzungsakte	38
II. Einheitliche Regulierung von Bank- und Zahlungsgeschäften in Europa	42
1. Regulierung des Zahlungsverkehrs	45
2. Regulierung von Bankgeschäften	52
III. Zwischenergebnis	57
D. Zahlungsdiensterichtlinie (PSD I)	60
I. Struktur	61
1. Richtlinien-systematik	61
2. Methodik der Kodifikation – Abstraktheit vor Einzelfallregulierung	63
a) Implikationen – Zahlungsdiensteaufsichtsrecht	65
b) Implikationen – Zahlungsdienstevertragsrecht	66
II. Europäische Zielsetzungen und rechtliche Grundlagen	68
1. Regelungsziele	68
2. Erlasskompetenzen – Frage nach der Rechtsgrundlage	70
a) Richtlinienerlass – Strategie der Vollharmonisierung	72
b) Doppelte Kompetenzgrundlage – Möglichkeit eines Verordnungserlasses	77
c) Verordnungserlass auf Basis einer unionsrechtlichen Grundlage .	81
d) Vollharmonisierende Richtlinie als Katalysator eines unionsweiten Zahlungsverkehrsraumes	87
III. Zweite Zahlungsdiensterichtlinie (PSD II)	89
IV. Kritische Analyse der Zahlungsdiensterichtlinie (PSD I)	93
1. Zahlungsinstitute	93
a) Regulierung der „Unregulierten“ als neue Wettbewerber	95
b) Konzept der risikospezifischen Regulierung – Systematische-teleologische Argumentation	96

c)	Geographischer Anwendungsbereich – Änderungen durch die PSD II	100
2.	Positiver Anwendungsbereich	104
a)	Zahlungsdienste	106
aa)	Zahlungskontoabhängige Dienste (Nrn. 1 bis 4 des Anhanges)	109
bb)	Ausgabe von Zahlungsinstrumenten und/oder Annahme und Abrechnung („acquiring“) von Zahlungsinstrumenten (Nr. 5 des Anhanges) – Änderungen durch die PSD II	112
(1)	Ausgabe von Zahlungsinstrumenten	112
(2)	Abrechnung (Acquiring) von Zahlungsinstrumenten	118
cc)	Zahlungskontounabhängige Dienste (Nr. 6 und 7 des Anhanges)	120
dd)	Bewertung der Auslegungsergebnisse	122
b)	Zahlungskonto – Kontenabhängige Dienste	124
aa)	Auslegung nach Vorgaben der Europäischen Kommission ..	127
bb)	Principles-based Approach	133
cc)	Zahlungsdienste vs. traditionelle Bankgeschäfte (Einlagen- und Kreditgeschäft)	134
(1)	Abgrenzungskriterien – Unionsrechtliche Vorgaben	134
(2)	Reichweite der Sicherungsanforderungen entgegengenommener und gehaltener Geldbeträge	140
(a)	Delayed Debiting	140
(b)	Rücktransferfälle	142
(c)	Geldbetragsannahme bei Acquiring-Tätigkeiten	147
(3)	Rechtliche Ungleichstellung – Artikel 16 Abs. 2 und Abs. 4 PSD I	149
(4)	Bewertung der Auslegungsergebnisse	152
c)	Finanztransfergeschäfte (Money Remittance) – Zahlungskontenunabhängige Dienste	153
aa)	Systematische Einordnung	153
bb)	Reichweite der umfassten Tätigkeiten	154
(1)	Grundform des Finanztransfers	154
(2)	Auffangtatbestand	157
(3)	„Innovative“ Zahlungsweisen – Mobile Payments, Digital Payments und Electronic Payments	160
(a)	Versuch der aufsichtsrechtlichen Zuordnung	166
(b)	Beispielhafte konzeptionelle Untersuchung	168
(c)	Payment Account vs. E-Money Account	172
(4)	Änderung durch die PSD II – „Dritte Zahlungsdienstleister“	181
3.	Negativer Anwendungsbereich	186
a)	Nicht elektronische, bare Zahlungsweisen	188

b) Nebentätigkeitsprivileg	190
aa) Speziell	190
(1) Cashback Service am Point of Sale (POS)	190
(2) Ausnahme für den Telekommunikations- und IT-Sektor – Änderungen durch die PSD II	191
(3) Handelsagentenprivileg – Änderungen durch die PSD II	194
bb) Allgemein	198
c) „Besitzererlangung von Geldbeträgen“ – „Entering into Possession of Funds“	201
d) Interne und begrenzte Zahlungen	204
aa) Systeminterne Zahlungsabwicklungen	204
bb) „Begrenzte Netze“ – bzw. Verbundzahlungssystemprivileg	205
(1) Tatbestandliche Untersuchung	205
(2) Änderungen durch die PSD II	207
4. Erlaubnis- und Sicherungsanforderungen	212
a) Status quo	212
b) Änderungen durch die PSD II	215
V. Zwischenergebnis	217

E. Aufsichtsrechtliche Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie (PSD I) im Vereinigten Königreich	224
I. Stand der Regulierung vor der Zahlungsdiensterichtlinie	224
1. Relevante aufsichtsrechtliche Regelwerke	224
2. Regulierungskonzept von Bank- und Zahlungsgeschäften	225
II. Payment Services Regulations 2009	230
1. Umsetzungskonzept	230
a) Systematik	230
b) Intention des Gesetzgebers als Auslegungsgrundlage	232
2. Richtlinienkonformität – Ziel- und Zweckerreichungsanalyse	233
a) Payment Account based Payment Services, Schedule 1, Part 1, para. 1(a)–(d) PSR 2009	234
aa) Payment Account	236
(1) Ansatz des Twofold Test – Funktionaler Ansatz	237
(2) Abgrenzung zu E-Geld-Konten sowie „internen“ Konten	243
bb) Payment Services with additional Granting of Credits	246
cc) Reichweite der Sicherungsanforderungen entgegengenommener und gehaltener Geldbeträge	247
b) Issuing Payment Instruments or Acquiring Payment Transactions, Schedule 1, Part 1, para. 1(e) PSR 2009	251
aa) Payment Instrument	251
bb) Acquiring Payment Transactions	253

c)	Non-payment Account based Payment Services – Money Remittance, Schedule 1, Part 1, para. 1(f) und (g) PSR 2009 . . .	257
aa)	Bill Payment Services	258
bb)	Catch-All Provision	259
cc)	Innovative Payment Methods	261
d)	Exceptions	262
aa)	Zahlungsdienst als Haupttätigkeit – Provider acts exclusively as an Intermediary	262
(1)	Commercial Agent	263
(2)	Adding Value	270
bb)	Begrenzte und interne Zahlungen	272
(1)	„Limited Networks“	272
(2)	Dealings amongst Payment Service Providers and Group Companies	277
e)	Tätigkeitsgrad	279
aa)	Carried out as a regular Occupation or Business Activity . . .	279
bb)	Allgemeines Nebentätigkeitsprivileg	280
f)	Geographische Voraussetzung: . . . in the United Kingdom	282
III.	Risikospezifische Regulierung	284
1.	Bestätigung des (weiten) Anwendungsbereiches der Richtlinie? . . .	284
2.	Abgrenzung zum Einlagengeschäft	287
a)	Payment Service – Prima-facie-Beweis für Bankentätigkeit? . . .	287
b)	Risikospezifische und begriffliche Differenzierbarkeit – Payment Service vs. Acceptance of deposits	291
aa)	Einlagengeschäft nach Artikel 5(1) RAO	291
bb)	Kontrastierung	293
IV.	Zwischenergebnis	302
F.	Aufsichtsrechtliche Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie (PSD I) in Deutschland	305
I.	Stand der Regulierung vor der Zahlungsdiensterichtlinie	305
1.	Relevante aufsichtsrechtliche Regelwerke	305
2.	Regulierungskonzept von Bank- und Zahlungsgeschäften	306
a)	Einlagen- und Kreditgeschäft	306
b)	Teilnahme am Zahlungsverkehr	310
II.	Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz	313
1.	Umsetzungskonzept	313
a)	Systematik	313
b)	Intention des Gesetzgebers als Auslegungsgrundlage	316
2.	Richtlinienkonformität – Ziel- und Zweckerreichungsanalyse	318
a)	Zahlungskontogebundene Zahlungsdienste, § 1 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3 ZAG	320
aa)	Zahlungskonto	328
(1)	Vorgeprägtes nationales Begriffsverständnis	329

(2) Abgrenzung zu Girokonten	330
(3) Abgrenzung zu E-Geld-Konten sowie sonstigen „inter- nen“ Konten	333
bb) Zahlungsdienste mit Kreditgewährung	335
cc) Reichweite der Sicherungsanforderungen entgegengenom- mener und gehaltener Geldbeträge	339
b) Zahlungsauthentifizierungsgeschäft, § 1 Abs. 2 Nr. 4 ZAG	343
aa) Zahlungs(authentifizierungs)instrument	344
bb) Annahme und Abrechnung von mit Zahlungsauthentifizie- rungsinstrumenten ausgelösten Zahlungsvorgängen	350
c) Zahlungskontoungebundene Zahlungsdienste – Finanztransfer, § 1 Abs. 2 Nr. 6 ZAG	353
aa) Auffangtatbestand	354
bb) Innovative Zahlungsweisen	358
cc) Sonderfälle	362
(1) Physischer Transport von Bargeld	363
(2) Lohnabrechnung durch Steuerberater	366
(3) Vermittlungsleistungen & Treuhanddienste – das Ver- hängnis innovativer Bezahlssysteme	368
(4) Forderungseinzug und Inkassotätigkeit	373
(5) Factoring	377
(6) Gutscheinsysteme, Couponing- und Loyaltypprogramme	383
dd) Reichweitenreduktion aufgrund eines (zu) weiten Anwen- dungsbereiches?	384
(1) Teleologische Reduktion – Vorbild § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 6 KWG a.F.	384
(2) Tatbestandliche Lösung „Ausschließlichkeit“ vs. teleo- logische Reduktion	386
(3) Allgemeines Nebentätigkeitsprivileg als systematisch- teleologische Auslegung	389
d) Bereichsausnahmen	391
aa) Zahlungsdienste als Haupttätigkeit – Ausschließliches Han- deln als Zahlungsmittler	392
(1) Handelsvertreter und Zentralregulierer	392
(2) Wertsteigerung bzw. Wertschöpfung	398
bb) Begrenzte und interne Zahlungen	399
(1) „Limited Networks“ bzw. Verbundzahlungssysteme	399
(a) In den Geschäftsräumen des Ausstellers	402
(b) Begrenzte Netze	404
(c) Begrenzte Auswahl von Waren und Dienstleistun- gen	408
(d) Geschäftsvereinbarung und Instrumente	409

(2) Zahlungsvorgänge innerhalb von Zahlungs- und Wertpapierabwicklungssystemen, unter Zahlungsdienstleistern und in Konzernen bzw. Verbundgruppen	411
(a) Zahlungsvorgangsspezifische interne Zahlungsmittlungen	411
(b) Konzern- und verbundsinterne Zahlungsvorgänge	414
e) Tätigkeitsgrad	419
aa) Gewerbsmäßige Erbringung bzw. Notwendigkeit eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetriebes	420
bb) Allgemeines Nebentätigkeitsprivileg	424
f) Geographische Voraussetzung: . . . im Inland	428
III. Risikospezifische Regulierung	435
1. Bestätigung des (weiten) Anwendungsbereiches der Richtlinie?	435
2. Abgrenzung zum Einlagengeschäft	439
a) Zahlungsdienste – Prima-facie-Beweis für Bankentätigkeit	439
b) Risikospezifische und begriffliche Differenzierbarkeit – Zahlungsdienst vs. Einlagengeschäft	441
aa) Einlagengeschäft nach § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KWG	441
(1) Annahme fremder Gelder als Einlage	443
(2) Annahme anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder	447
bb) Kontrastierung	452
(1) Tatbestandsmäßigkeit	454
(2) Wertungsmäßige Einzelfallbetrachtung	458
IV. Zwischenergebnis	463
G. Komparative Analyse der Umsetzungsakte	468
I. Ausgangsbedingungen der Regulierung von Bank- und Zahlungsgeschäften in den untersuchten Mitgliedstaaten	468
II. Nationale Umsetzungsakte	470
1. Systematik und Struktur	470
2. Gesetzgeberisch intendierte Regulierungszwecke	471
3. Reichweite der PSR 2009 und des ZAG	472
a) Positiver Anwendungsbereich	473
aa) Zahlungskontogebundene Dienste	473
bb) Zahlungs[authentifizierungs]instrument	478
cc) Zahlungskontoungebundene Dienste	479
(1) Allgemein	479
(2) Kasuistik	480
dd) Innovative Zahlungsweisen	484
b) Negativer Anwendungsbereich	486
aa) Handelsagentenprivileg	487
bb) „Limited Networks“	489
4. Umfang und Intensität	493
a) Auslegung der tatbestandlichen Tätigkeitsgrade	493

b) Allgemeines Nebentätigkeitsprivileg	494
5. Geographischer Anwendungsbereich	495
6. Eingliederung der Zahlungsdiensteregulierung in das ursprüngliche nationale Bankenaufsichtssystem	497
III. Risikospezifische und definitorische Allokation von Zahlungsdiensten	505
IV. Folgerungen für den Grad der Harmonisierung	510
V. Rekurs: Vollharmonisierende Richtlinie vs. Verordnung als Instrument der Vereinheitlichung des europäischen Zahlungsverkehrsraumes	513
1. Frage der mitgliedstaatlichen Integration einer EU-Verordnung vor dem Hintergrund unterschiedlicher Rechtssysteme	514
2. Eignung einer EU-Verordnung zur Steigerung der Rechtssicherheit und Rechtseinheitlichkeit	517
VI. Implikationen für Marktteilnehmer	521
H. Resümee	524
Literaturverzeichnis	528
Verzeichnis elektronischer Quellen	549
Sachwortverzeichnis	554

A. Einleitung

Eine einheitliche aufsichtsrechtliche Regulierung der Erbringung von Zahlungsdiensten durch Nichtbanken, sog. Zahlungsinstitute, wurde in der Europäischen Union erstmals 2007 mit der vollharmonisierenden Zahlungsdiensterichtlinie¹ eingeführt. Im Schatten der Banken- und Finanzkrise sollte durch ein kohärentes liberales Regelwerk ein aufsichtsrechtliches „*light-touch*“-Regime etabliert werden.² Was ursprünglich als Maßnahme verstanden wurde, einen Binnenmarkt für den Zahlungsverkehr unter einheitlichen Wettbewerbsbedingungen und Innovationsförderung zu implementieren und monopolistische Strukturen der Zahlungsgeschäftserbringung durch Kreditinstitute zu durchbrechen, resultierte letztlich aber in einer rechtlichen Zersplitterung und der Ausnutzung von *Regulatory Arbitrage*.³

Obwohl seit der Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie in nationales Recht (im Jahre 2009) mittlerweile sieben Jahre vergangen sind, darf die Materie des Zahlungsdienstenaufsichtsrechtes nach wie vor als neu und weitgehend unerforscht bezeichnet werden. Auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe wie etwa „Zahlungsdienst“, „Zahlungskonto“, „Zahlungsinstrument“ und „Zahlungsvorgang“ vermögen trotz mannigfaltiger Primärquellen nicht rechtssicher interpretiert und ausdifferenziert zu werden; konkretisierende Rechtsprechung ist ebenfalls kaum vorhanden⁴. Vorgeprägte Begriffsverständnisse lassen zwar teilweise einzelne Begriffe und Anwendungskonzepte bekannt und allozierbar erscheinen, stehen jedoch mitunter einer autonomen Auslegung im Wege. Genutzte Rückschlüsse und Argumentationslinien erinnern stark an die Methode der analogen Begriffsbestimmung ganz i. S. d.

¹ Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2005/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG, ABl. EU Nr. L 319 vom 5.12.2007, S. 1 (fortan bezeichnet als PSD I).

² Etwa *Manger-Nestler*, EuZW 2008, 332, 333; vgl. auch *Schäfer/Lang*, BKR 2009, 11, 13.

³ Vgl. dazu feststellend die Studie von London Economics, iff (Institut für Finanzdienstleistungen e.V.) gemeinsam mit PaySys Consultancy GmbH, Study on the Impact of Directive 2007/64/EC on Payment Services in the Internal Market and on the Application of Regulation (EC) No. 924/2009 on Cross Border Payments in the Community, Final Report, Februar 2013, S. 268 ff.

⁴ *Baumann*, GWR 2014, 493, 495.

sog. „*elephant test*“ (bzw. teilweise auch als „*duck test*“ bezeichnet) wie z. B. appliziert von Scruton LJ in *Buckland v Regem*⁵:

„*There was a gentleman who was asked to define an elephant; he said he could not define an elephant, but that he knew one when he saw it. I am very much in the same position as that gentleman. I should find it very difficult to define exactly [...] [a payment service], but I know what is not [...] [a payment service] when I see it [...]*“.

Der elektronische Zahlungsverkehr und Geldtransfer ist von wesentlicher Bedeutung für eine funktionsfähige Marktwirtschaft, schafft Skaleneffekte und fördert Innovation. Vor allem sektorale Anbieter innovativer Zahlungsweisen, zu denen neben großen Internetunternehmen wie Apple, Google, Ebay, Amazon und Facebook ebenso Start-up-Unternehmen zu zählen sind, profitieren durch die Variantenvielfalt des sog. *Mobile Payment, Electronic Payment* und sonstiger moderner Zahlungsweisen.⁶ Nunmehr schickte sich die Europäische Kommission am 24. Juli 2013 an, das Zahlungsdiensterecht durch die zweite Zahlungsdiensterrichtlinie⁷ zu reformieren. Aufgrund größerer Uneinigigkeiten innerhalb der Trilog-Verhandlungen zwischen Europäischer Kommission, dem Europäischen Parlament und Europäischen Rat dauerte es letztlich bis zum 23. Dezember 2015 bis die zweite Zahlungsdiensterrichtlinie vom 25. November 2015 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht wurde und am 12. Januar 2016 in Kraft trat.⁸ Während die erste Zahlungsdiensterrichtlinie es nicht vermochte, regulative Kohärenz herzustellen und Innovativität zu fördern, sollte mit der Nachfolgerichtlinie ein zweiter konservativerer Versuch unternommen werden diese zu erreichen.⁹

⁵ [1933] All ER Rep 676, 682.

⁶ *Busch*, GewArch Beilage WiVerw Nr. 02/2014, 148, 148 f.; vgl. *Rammos*, CR 2014, 67, 67; vgl. *Stahl/Weinfurter*, bankinformation 2014, 14, 16 ff.; vgl. ebenso zur strategischen Einordnung *Sauer*, Bezahlsysteme im Web, 28 ff.

⁷ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinie 2002/65/EG, 2013/36/EU und 2009/110/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG, vom 27.7.2013, COM (2013) 547 final – 2013/0264 (COD) (Kommissionsentwurf vom 24. Juli 2013, des Weiteren bezeichnet als Vorschlag einer PSD II), abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52013PC0547>.

⁸ Richtlinie 2015/2366/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinie 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG, ABl. EU Nr. L 337 vom 23.12.2015, S. 35 ff. (fortan bezeichnet als PSD II). Siehe zum Ganzen vor allem *Hingst/Lösing*, BKR 2014, 315; *Spindler/Zahrte*, BKR 2014, 265; *Bauer/Glos*, DB 2016, 456 sowie hier an ausgewiesenen Stellen.

⁹ Vgl. Begründung des Vorschlages einer PSD II, S. 8.

B. Gang der Untersuchung

Vor diesem Hintergrund der tatsächlichen und aufsichtsrechtlichen Bedeutung von Zahlungsdiensten stellt sich die Frage, ob der Tätigkeitsbereich von Zahlungsinstituten zweifelsfrei bestimmbar ist. Dann könnte eine im Vergleich zu Kreditinstituten liberale aufsichtsrechtliche Regulierung im Lichte der Herauslösung von Zahlungsdiensten aus den tradierten Geschäften des Bankengewerbes (Einlagen- und Kreditgeschäft) gerechtfertigt sein und es könnten in Zeiten komplexer Finanzmarktstrukturen unionsweit nicht intendierte Folgen vermieden werden¹. Im selben Kontext soll die Frage beantwortet werden, ob es durch das gewählte Rechtssetzungsinstrument der vollharmonisierenden Richtlinie gelungen ist, einen europäischen Binnenmarkt für den Zahlungsverkehr zu schaffen.

Zur Klärung dieser Fragen werden zunächst in Abschnitt C. rückblickend unionsrechtliche Regulierungskonzepte und die Interdependenz des Zahlungsverkehrs und der Bankgeschäfte untersucht. Damit wird zugleich das methodische Fundament dieser Arbeit gelegt und die Wahl der untersuchten mitgliedstaatlichen Umsetzungsakte erörtert. Die Zahlungsdiensterichtlinie mit vollharmonisierender Wirkung und einem beispiellosen Anwendungsbereich ist Unionsrecht *par excellence*, weswegen stets eine autonome Auslegung des Richtlinien textes zu forcieren ist².

¹ Vgl. *Lackhoff*, Kreditwesen 2012, 503, 503.

² Die Pflicht bzw. der Vorrang einer unionsautonomen Auslegung (teilweise durch den EuGH auch als „einheitliche Auslegung“ bezeichnet) gilt insbesondere – wie im Fall der PSD I –, wenn durch den Richtliniengeber die Schaffung eines unionsautonomen Konzeptes beabsichtigt wird. Beweis dafür ist etwa ein systematisch vorgelagerter Definitionsartikel – wie in Form des Artikels 4 PSD I – und mangelnde Verweisungen auf das Recht der Mitgliedstaaten. Vgl. dazu etwa EuGH, Urteil vom 14. Mai 1985 – Rs. 139/84 – *van Dijk's Boekhuis*, Slg. 1985, 1405 Rn. 16; im Übrigen wird in ständiger Rechtsprechung des EuGH ein unionsautonomes Konzept zur Förderung der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung und des Gleichheitssatzes vermutet („in der Regel“) etwa EuGH, Urteil vom 16. Januar 2014 – Rs. C-45/13 – *Kainz*, Rn. 19; EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012 – Rs. C-128/11 – *UsedSoft*, Rn. 39; EuGH, Urteil vom 18. Oktober 2011 – Rs. C-34/10 – *Brüstle*, Slg. 2011, I-9821 Rn. 25; EuGH, Urteil vom 21. Oktober 2010 – Rs. C-467/08 – *Padawan*, Slg. 2010, I-10055 Rn. 32 ff.; EuGH, Urteil vom 16. Juli 2009 – Rs. C-5/08 – *Infopaq International*, Slg. 2009, I-6569 Rn. 27; EuGH, Urteil vom 19. September 2000 – Rs. C-287/98 – *Linster*, Slg. 2000, I-6917 Rn. 43; EuGH, Urteil vom 18. Januar 1984 – Rs. 327/82 – *Ekro*, Slg. 1984, 107 Rn. 11; ebenso vor allem *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, § 10 Rn. 4 ff.; im