



PAYSYS REPORT

Ausgabe 1 – Juli 2022

In dieser Ausgabe:

1. Sind Smartphones, PCs oder sogar Autos Zahlungsinstrumente?
 - Die verwirrende Definition des Zahlungsinstruments in der PSD2 -

Inhalt

1. Sind Smartphones, PCs oder sogar Autos Zahlungsinstrumente?

Die für die PSD2 grundlegende Definition eines Zahlungsinstruments kann sowohl ein physisches Gerät, eine Zahlungsapplikation oder beide umfassen. Diese veraltete Definition, die vielleicht nur auf die herkömmliche Plastikzahlungskarte zutrifft, ist für digitale Zahlungsapplikationen auf Basis von Geräten, die nicht vom Herausgeber der Applikation angeboten werden, nicht länger geeignet. Das Festhalten an der alten Definition durch die Regulatoren EBA und Europäische Kommission führen derzeit zu merkwürdigen Anforderungen im Bereich der Regulierung im Bereich „Limited Network Exclusion“ (EBA) und im Verfahren der Kommission gegen Apple (Pay).

Sind Smartphones, PCs oder sogar Autos Zahlungsinstrumente?

- die verwirrende Definition des Zahlungsinstruments in der PSD2 -

(hg) Derzeit wird die existierende EU-Zahlungsdienstrichtlinie 2015/2366, besser bekannt als PSD2, einer intensiven Prüfung und Bewertung unterzogen. Gemäß Art. 108 sollte das Ergebnis dieser Bewertung bis zum 13. Januar 2021 von der Kommission vorgelegt werden. Aus mehreren Gründen (u.a. wegen nicht fristgemäßer Umsetzung in einigen Mitgliedsstaaten) konnte der Zeitplan nicht eingehalten werden. Der Review-Bericht ist nun bis zum Jahresende 2022 geplant. Es wird erwartet, dass die Kommission im 1. oder 2. Quartal 2023 einen Vorschlag für eine PSD3 vorlegen wird. Diese neue Richtlinie wird voraussichtlich auch die Regulierung des E-Geldes beinhalten und damit die Zweite E-Geld-Richtlinie (2009/110/EC) ablösen.

Neben einer externen Studie zu Anwendung und Folgen der PSD2 unter Federführung der Firma VVA (Valdani Vicari & Associati), hat die Kommission drei umfangreiche öffentliche Konsultationen mit unterschiedlichen Themen (z. B. Open Finance und Data Sharing) und Zielgruppen (Stakeholder und Verbraucher) gestartet.¹

Jeder, der sich mit der PSD2 intensiver auseinandersetzt, weiß wie wichtig die Definitionen in Art. 4 bei Auslegungs-

fragen der Bestimmungen sind. In der „targeted consultation on the review of the revised PSD2“ möchte die Kommission u.a. wissen: *“Do you consider that the definitions in PSD2 are still adequate?”*

Die Definition eines Zahlungsinstruments (Art. 4 (14)) spielt naturgemäß in dieser Richtlinie eine wichtige Rolle. Diese Basisdefinition lautet:

“payment instrument means a personalised device(s) and/or set of procedures agreed between the payment service user and the payment service provider and used in order to initiate a payment order”.

Diese Definition, die bereits in der PSD1 (2007) vorhanden war und in der PSD2 nur leicht modifiziert wurde, führt in der Praxis der Regulatoren und Aufsichtsbehörden derzeit zu merkwürdigen und kuriosen Schlussfolgerungen und sollte deshalb in der PSD3 geändert werden. Diese Anregung, die wir in den derzeitigen Konsultationsprozess einbringen werden, möchten wir im Folgenden näher erläutern.

Our Comment:

Nach dieser Definition könnte ein Zahlungsinstrument, das die Auslösung eines Zahlungsauftrags ermöglicht,

- ein „device“ oder
- ein “set of procedures“ oder
- ein “device“ und ein “set of procedures“

sein.

Ausgehend von der Verwendung des Begriffs “device“²

in der PSD2 sollte es in diesem Zusammenhang als etwas Physisches betrachtet werden, während sich der Satz von Verfahren auf die Funktionalität des Instruments bezieht.

Die PSD2 bezieht sich in Erwägungsgründen und Artikeln auch auf kartengebundene Zahlungsinstrumente, aber hier fehlt eine Definition. Die Interchange Fee Regulation (EU) 2015/751 (IFR) enthält jedoch eine Legaldefinition von kartengebundenen Instrumenten in Art. 2 (20):

Wie weit will man bei „any other technical devices“ eigentlich gehen?

Smartphone, Wearable, PC, On-Board-Units in Lastwagen, Auto-karosserie, Speichereinheit auf einem Server oder sogar der gesamte Server?

“card-based payment instrument” means any payment instrument, including a card, mobile phone, computer or any other technological device containing the appropriate payment application which enables the payer to initiate a card-based payment transaction which is not a credit transfer or a direct debit as defined by Article 2 of Regulation (EU) No 260/2012.”

An dieser Stelle konzentriert sich der Begriff "Zahlungsinstrument" offensichtlich auf die Eigenschaft eines Zahlungsinstruments als "device": "a card, mobile phone, computer or any other technological device", während die Funktion und das Verfahren auf den Begriff "payment application" verlagert wird. Nach dieser Definition hat das Adjektiv "card-based" nichts mit der Art des technischen Geräts (Plastikkarte oder nicht) zu tun, sondern ausschließlich mit der spezifischen Funktionalität des Geräts als Container einer Zahlungsapplikation.

Die Definition von "card-based transactions" nach Art. 2(7) der IFR) bestätigt diese Logik:

“card-based payment transaction” means a service based on a payment card scheme’s infrastructure and business rules to make a payment transaction by means of any card, telecommunication, digital or IT device or software if this results in a debit or a credit card transaction. Card-based payment transactions exclude transactions based on other kinds of payment services.”

Die Eigenschaft des Zahlungsinstruments lediglich als eines technischen Geräts steht auch an anderer Stelle im Vordergrund, wie z.B. bei der Definition des Co-Badgings (Art. 4 (48) der PSD2 bzw. Art. 2 (31) der IFR):

“co-badging” means the inclusion of two or more payment brands or payment applications of the same brand on the same card-based payment instrument.

Auch hier gibt es eine klare Unterscheidung zwischen den beiden Ebenen: "device" und "application(s)".

Die Bedeutung des Begriffs "Zahlungsinstrument" hängt also vom Kontext ab: Gerät und/oder Zahlungsapplikation. Im Text der PSD2 finden wir unterschiedliche Auslegungen, z.B. Art. 68 und 69 (Zahlungsapplikation) oder in Art. 70 eher als Gerät. In den Erwägungsgründen hingegen finden sich an einigen Stellen verwirrende und widersprüchliche Aussagen, wie z.B.:

“Payment services offered via internet or via other at-distance channels, the functioning of which does not depend on where the device used to initiate the payment transaction or the payment instrument used are physically located” (Erwägungsgrund 95).

Das Device ist und wird obsolet

Auf der Stufe "device" werden "card, mobile phone, computer or any other technological device" genannt. Bei einer herkömmlichen Plastikzahlungskarte ist der Träger (Plastik) unmittelbar mit der Zahlungsapplikation verbunden. Die Applikation ist allerdings auch ohne Träger einsetzbar (z. B. für Fernzahlungen im E-Commerce). Device und Applikation werden vom gleichen Issuer bereitgestellt.

Bei einer Chipkarte ist diese Identität zwar in der Regel faktisch gegeben, aber nicht zwingend notwendig. Der Herausgeber der Chipkarte mit Zahlungsapplikation A (z. B. eine Bank) könnte „seinen“ Chip für eine weitere Zahlungsapplikation B eines anderen Issuers (z. B. einer Handelskundenkarte) als Speicherort zur Verfügung stellen, die der Karteninhaber an einem Terminal des Händlers herunterladen kann. Device und Zahlungsapplikation sind jetzt nicht länger eine Einheit, die vom gleichen Issuer bereitgestellt wird. Solche Modelle gab es in der Periode der sogenannten „multi-application“ Chipkarten, bevor das Smartphone auf den Markt kam.

Als nächste Stufe könnte man sich eine völlige Trennung vorstellen: Eine Chipkarte (oder ein anderes technisches Gerät), die von einem neutralen technischen Drittdienstleister bezüglich der Zahlungsfunktionen „nackt“ zur Verfügung gestellt wird. Der Karteninhaber kann nach Belieben eine oder mehrere Zah-

lungssapplikationen unterschiedlicher Issuer auf dieser Karte heruntergeladen. Die Issuer des Gerätes und der Zahlungssapplikationen sind nicht länger identisch. Damit sind wir beim Smartphone angelangt.

Das Wallet als Zwischenebene

Der Smartphonehersteller bietet in der Regel selbst keine Zahlungssapplikation an, auch nicht im Fall Apple Pay, in dem Apple nur einen leeren Container (Wallet) zur Verfügung gestellt, der mit Zahlungssapplikationen (auserwählter) Dritter gefüllt werden kann. Wir sehen also zwischen Device und Zahlungssapplikation noch eine Zwischenstufe: Das digitale Wallet als Container, der von einem Drittanbieter angeboten werden könnte, in den verschiedene Zahlungsanwendungen von verschiedenen Anbietern geladen werden können (z. B. Google Pay Wallet mit virtuellen Zahlungskarten des Emittenten A, B usw.). Das Wallet kann auch von einer Bank angeboten werden, wobei nur eine oder mehrere Zahlungssapplikationen dieser Bank installiert werden können (z. B. die Debit- und die Kreditkarte dieser Bank).

Wenn das Wallet nur eine Applikation enthält (wie z. B. das Paypal Wallet) und als Einheit von einem Issuer der Applikation angeboten wird, gibt es keine deutliche Trennung zwischen beiden Ebenen. Die Begriffe Wallet und App werden in diesem Fall oft als Synonyme verwendet.

Ein Device, auf dem nur Zahlungssapplikationen Dritter installiert werden können, ist kein Zahlungsinstrument.

Auf das Problem, dass Apple neben Apple Pay andere Wallets (technisch durch den versperrten Zugang zur NFC Antenne) derzeit ausschließt und dem Inhaber bei der Auswahl der Zahlungssapplikationen der Drittanbie-

ter in dem Apple Wallet nicht die freie Wahl bietet, kommen wir noch zurück.

Nun deckt die Definition eines Zahlungsinstruments die gesamte Bandbreite ab: Von technischem Gerät, über das Wallet bis hin zur Zahlungssapplikation. Wie weit will man bei „any other technical devices“ eigentlich gehen? Smartphone, Wearable, PC, On-Board-Units in Lastwagen, Autokarosserie („car-based payments“), die Speichereinheit auf einem Server in der Cloud oder sogar der gesamte Server? Die Fantasie setzt hier für die Zukunft keine Grenzen.

Eine konsequente Anwendung dieser hybriden Definition des Zahlungsinstruments führt jedoch zu seltsamen Ergebnissen. Das Smartphone mit einer Zahlungssapplikation, die von einem Zahlungsdienstleister angeboten wird, erfüllt die Anforderungen der Definition eines Zahlungsinstruments:

“a personalised device...and used in order to initiate a payment order.”

Gemäß Anhang 1 der PSD2 ist die Ausgabe eines Zahlungsinstruments ein Zahlungsdienst. Die Bereitstellung von Smartphones, auf die eine Zahlungsanwendung geladen werden kann, gilt bislang noch nicht als Zahlungsdienstleistung im Sinne der PSD2. Das Gleiche gilt für die Anbieter von hardware- und/oder softwarebasierten Containern. Folglich muss entweder die Definition eines Zahlungsinstruments nach Art. 4(14) der PSD2, ihre PSD2-immanente Auslegung oder die Praxis der Aufsichtsbehörden falsch sein.

Kein Zahlungsinstrument ohne Issuer

Ein PSD2-relevantes Zahlungsinstrument setzt einen Issuer voraus. Dieser Issuer hat gemäß Art. 4 (45) eine vertragliche Beziehung zum Inhaber des Instruments bezüglich der Initiierung von Zahlungen:

“issuing of payment instruments’ means a payment service by a payment service provider contracting to provide a payer with a payment instrument to initiate and process the payer’s payment transactions”.

Wenn ich als Zahler mit dem Provider eines technischen Geräts keinen Vertrag zur Auslösung einer Zahlung habe, ist das Gerät kein Zahlungsinstrument und der Provider kein Issuer eines Zahlungsinstruments, der eine PSD2-konforme Autorisierung benötigt. Ein Smartphone bzw. ein Wallet (im Sinne eines Containers) sind demnach in der derzeitigen Zahlungsverkehrslandschaft keine Zahlungsinstrumente im Gegensatz zu der auf diesen Geräten oder in diesen Wallets gespeicherten Zahlungssapplikation.

Neue Definition ist erforderlich

Zurück zur Definition des Zahlungsinstruments. Offensichtlich hatte man bei der PSD1 (2007!) noch die Plastikzahlungskarte im Kopf, in der Gerät und Applikation zu einer Einheit verschmolzen sind. Schon die virtuelle Karte zeigt, dass das technische bzw. physische „device“ völlig unerheblich ist. Nach unserem Verständnis ist der „set of procedures“, die zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister vereinbart wurden und zur Auslösung eines Zahlungsauftrags verwendet werden, keine Option, sondern ein Kriterium und eine zentrale Anforderung für jedes Zahlungsinstrument.

Auf Basis der heutigen Definition kann das Device nur Bestandteil der Definition sein, wenn es untrennbar mit einer oder mehreren Zahlungsapplikationen verbunden ist. In diesem Fall werden das Device und die Zahlungsapplikation(en) als Zahlungsinstrument vom Issuer herausgegeben.

Eine neue Definition des Begriffs „Zahlungsinstrument“, die der Aufsichtspraxis entspricht, könnte lauten:

„payment instrument means a set of procedures agreed between the payment service user and the payment service provider and used in order to initiate a payment order. This payment application could be contained in a physical device (like a card, smartphone, tablet etc.) and/or in a personalised digital carrier (e.g. wallet).“

Praktische Konsequenzen der falschen Definition

Da in der Aufsichtspraxis derzeit zu Recht keine Anbieter von technischen Geräten (Smartphones, PC's) und von Wallets im Sinne von Zahlungsapplikationscontainern (Google Pay, Apple Pay & Co.) eine Erlaubnis als Zahlungsdiensteanbieter benötigen, stellt sich die Frage nach den praktischen Folgen der fehlerhaften Definition eines Zahlungsinstruments. An zwei Beispielen möchte ich die Relevanz erläutern.

Fall 1: Sonderbare Auflage für Issuer von Zahlungsinstrumenten in der LNE

Unklare Regeln für „limited networks“

Die PSD2 sieht in Art. 3(k) die wichtige Ausnahme für sogenannten „limited network“ und „limited range“ vor, zusammengefasst unter dem Begriff „Limited Network Exclusion“ (LNE). Issuer von Zahlungsinstrumenten, die nur in einem begrenzten Netzwerk von Akzeptanzstellen (die nicht mit dem Issuer identisch sind) ge-

nutzt werden können (wie z. B. City-Cards, händlerübergreifende Zahlungskarten einer Franchise-Kette, Mall-Cards usw.), fallen nicht unter die Bestimmungen des PSD2. Sie brauchen keine Erlaubnis und sind auch geldwäscherechtlich keine Verpflichtete.

Das Gleiche gilt für Zahlungsinstrumente, die nur zum Erwerb einer sehr begrenzten Palette an Produkten oder Dienstleistungen verwendet werden können („limited range“), wie z. B. Tankkarten, Lunchkarten usw. Da die Anforderungen gemäß Art. 3(k) in den Mitgliedsstaaten unterschiedlich interpretiert und gehandhabt werden, hat die European Banking Authority (EBA) im Februar 2022 Guidelines verabschiedet.³ Diese LNE-Guidelines, die ab Juni 2022 gelten, sollen nun von den nationalen „competent authorities“ (CA) nach dem Prinzip „comply or explain“ möglichst übernommen werden.

Eine Anforderung (1.7.) lautet:

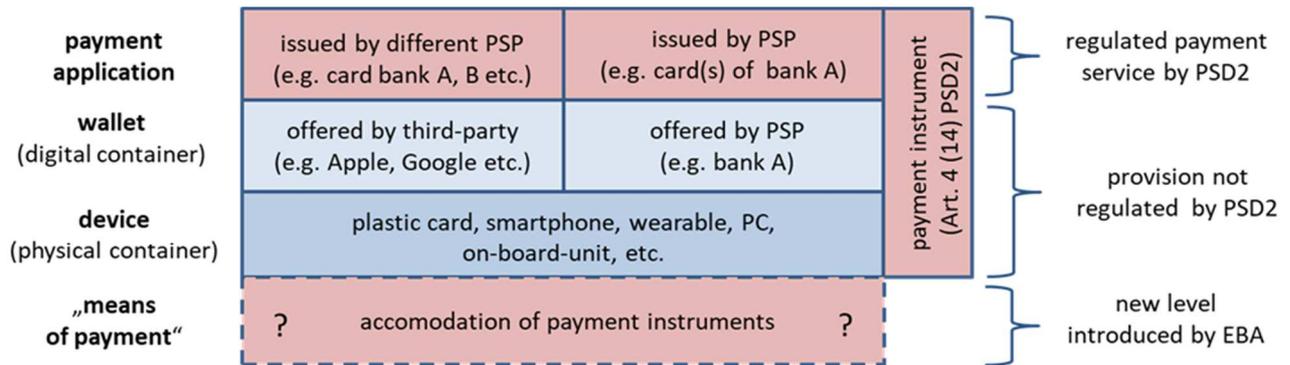
„Competent authorities should take into account that a single card-based or other means of payment cannot accommodate simultaneously payment instruments within the scope of PSD2 and specific payment instruments within the scope of Article 3(k) of PSD2.“

Die rätselhafte Stufe des „means of payment“

Jetzt wird es kompliziert. Offensichtlich sieht die EBA eine weitere Stufe in Form eines leider nicht definierten „means of payment“, der mehrere Zahlungsinstrumente beherbergen kann, die – wie eine Babuschka-Puppe – dann in einer nächsten Stufe Zahlungsapplikationen beinhalten können. Diese Stufe gibt es aber nicht.



Vor diesem Hintergrund ist der von der EBA in den LNE-Leitlinien verwendete neue Begriff *“(card-based) means of payment“* schwer zu interpretieren. Offensichtlich kann ein einziges (kartengebundenes) Zahlungsmittel ein oder mehrere Zahlungsinstrumente beherbergen. Die Auslegung eines Zahlungsmittels als **Device** führt dazu, dass das Zahlungsmittel kein physisches Gerät oder digitaler Träger ist. Wenn man ein Zahlungsinstrument nur als eine **Zahlungsapplikation**



© PaySys Consultancy GmbH

Abbildung 1: Die unterschiedlichen Stufen des Zahlungsinstruments

(„a set of procedures“) interpretiert, könnte man ein Zahlungsmittel als Gerät oder Träger interpretieren. Diese Auslegung widerspricht jedoch der aktuellen rechtlichen Definition eines Zahlungsinstruments.

Die deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) hat ihre Meinung veröffentlicht, dass der Begriff "Zahlungsmittel", wie er in den EBA-Leitlinien verwendet wird, als "Träger" (ohne Angabe, ob physisch und/oder digital) interpretiert werden sollte. Als Beispiele werden eine Karte und ein Wallet genannt.⁴

Konsequenzen der widersprüchlichen Definitionen

Wenn man davon ausgeht, dass die EBA den Begriff "Zahlungsmittel" tatsächlich auch als physisches Gerät und/oder digitalen Träger von Zahlungsanwendungen interpretiert, hat diese Auffassung erhebliche Konsequenzen.

Die Beschränkungen der LNE-Leitlinien beziehen sich auf Zahlungsinstrumente. Die jeweiligen Emittenten müssen diese Beschränkungen einhalten, um das LNE in Anspruch nehmen zu können. In der Praxis unterliegen nur die Emittenten von Zahlungsinstrumenten im Sinne von Zahlungsapplikationen der PSD2, nicht aber die Emittenten von physischen oder digitalen Geräten und Trägern.

Gemäß Art. 1.7 der LNE-Leitlinien muss der Emittent einer LNE-Zahlungsanwendung nun sicherstellen, dass sein Zahlungsinstrument (im Sinne einer Zahlungsapplikation) nicht von einem Gerät/Träger gehostet wird, das gleichzeitig eine regulierte Zahlungsapplikation enthält. Dies kann der Emittent in der Regel nur gewährleisten, wenn er für seine Zahlungsapplikation auch ein bestimmtes Gerät und/oder einen bestimmten Träger bereitstellt. Gleichzeitig muss er technisch und vertraglich verhindern, dass der Kunde eine regulierte Zahlungsapplikation auf dieses Gerät oder diesen Träger lädt.

Wenn **physische Geräte** unter "other means of payment" fallen, können LNE-Zahlungsinstrumente nicht als digitale Zahlungs-Apps angeboten werden, die auf ein Smartphone, ein Tablet oder einen PC geladen werden können, wenn diese Geräte nicht vom Emittenten hinsichtlich der Nutzung anderer Zahlungs-Apps von Drittanbietern kontrolliert werden können. Unter dem Strich können LNE-Zahlungsanwendungen dem Verbraucher praktisch nur auf monofunktionalen Plastikkarten oder anderen Geräten (z. B. Wearables) zur Verfügung gestellt werden, die ebenfalls vom Emittenten ausgegeben werden. Ein absurdes und nicht sehr verbraucherfreundliches Ergebnis.

Wenn nur das Level „digitaler Träger“ unter "other means of payment" fällt, führt Art. 1.7 zu dem Ergeb-

nis, dass LNE-Zahlungsanwendungen nur als proprietäre Wallet des Emittenten geladen werden können und nicht in Drittanbieter-Trägern (wie Apple Pay).

Der Hintergrund dieser Anforderung ist vermutlich der Schutz des Verbrauchers, der mit zwei unterschiedlich regulierten Zahlungsapplikationen auf einer Karte (z. B. eine Mastercard mit einer zusätzlichen Tankkarte-Applikation), in einem Wallet oder einem Smartphone (oder sogar PC?) anscheinend überfordert ist.

Es ist aber ein Widerspruch zur IFR, in der man dagegen von einem aufgeklärten und selbstbewussten Verbraucher ausgeht, dem man am POS im Falle einer co-badged Karte die Auswahl zwischen zwei Zahlungsapplikationen zutraut.

Übrigens: In der Praxis nutzt der Karteninhaber diese Option am POS allerdings nicht. Ist er tatsächlich überfordert oder ist es ihm eher egal, welches Brand er nutzt?

Fall 2: Co-badged digitale Wallets and das Vorgehen gegen Apple

Ein zweigleisiger Ansatz der EU-Kommission

Wettbewerbsrechtlich geht die Kommission derzeit gegen Apple vor (case AT. 40452). Anfang Mai 2022 schickte die Kommission ein „Statement of Objections“ bezüglich der wettbewerbseinschränkenden Praxis bezüglich Apple Pay.⁵ Der Vorwurf lautet, dass der Konzern für seine Produkte iPhones und iPads die Entwicklung konkurrierender „payment wallets“ technisch verhindert, um seine eigene Wallet Apple Pay nicht zu gefährden. Für alternative Wallets ist der für kontaktlose Zahlungen notwendige Zugang zur NFC-Antenne versperrt. Das Vorgehen der Kommission wird wettbewerbsrechtlich begründet (Verstoß gegen Art. 102 der TFEU). Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung dieses Falles sei den Wettbewerbsexperten überlassen.

Interessanterweise verfolgt die Kommission aber auch schon seit längerem den Ansatz, mit Hilfe der Interchange Fee Regulation (IFR 2015) diese Praxis von Apple zu verhindern. Wie wir gleich sehen werden, gewinnt auch hier die aus unserer Sicht mangelhafte Definition eines Zahlungsinstrumentes große Bedeutung.

In ihrem „Report on the application of regulation (EU) 2015/751 on interchange fees for card-based payment transactions“ (Juni 2020)⁶ überträgt die Kommission die gesetzlichen Bestimmungen bezüglich „co-

badging“ von Plastikkarten auch auf Wallets und Smartphones. Sie sieht hier eine größere Relevanz als bei Plastikkarten, bei denen die Co-Badging-Auflagen der IFR in der Realität ohne Wirkung verpufft sind.

Co-Badging in der Interchange Fee Regulation

Es gibt das Recht des Inhabers eines Zahlungsinstrumentes (Verbraucher) gegenüber seinem PSP auf die Installation von zwei oder mehreren unterschiedlichen Zahlungsapplikationen auf einem kartengebundenen Zahlungsinstrument (Art. 8 (2)). Das Recht setzt voraus, dass der PSP dieses co-badged Produkt anbietet und dass der Verbraucher sich für die Inanspruchnahme beider Zahlungsapplikationen qualifiziert (z. B. für die Applikation der Kreditkarte neben der der Debitkarte).

In der klassischen Plastikkartenwelt hat diese Bestimmung noch keinem Issuer schlaflose Nächte bereitet und auch dem Bankkunden dürfte dieses Wahlrecht in der Praxis ziemlich egal sein. Das könnte sich ändern, wenn man als Zahlungsinstrument (im Sinne eines Devices) die Plastikkarte als Träger oder Container durch einen Wallet oder ein Smartphone ersetzt. Erwartungsvoll schreibt die Kommission: *“The rationale for consumers to request such co-badging is more obvious for mobile wallets.”*⁷ Nun stellt sich aber die Frage, in welchen Fällen die Verbraucher dies gegenüber ihrem PSP verlangen können.

Die Kommission sieht zwei Fälle: *“...it prescribes to allow to effectively choose*

- (1) which payment application to upload on a mobile wallet and
- (2) which wallet to upload on a smart phone.”

Damit sind offensichtlich drei unterschiedliche Ebenen angesprochen: Zahlungsapplikation, Wallet und Smartphone. Das Auswahlrecht des Verbrauchers gegenüber dem PSP gemäß Art. 8 der IFR bezieht sich aber nur auf Zahlungsapplikationen (bzw. payment brands). Augenscheinlich bezieht sich der 2. Fall auf ein Wallet als „digital carrier“.⁸ Möchte die EU Kommission damit Apple zu Leibe rücken? Der Verbraucher hätte damit den Anspruch auf ein weiteres Wallet auf seinem iOS-Gerät. Ein solcher Anspruch besteht jedoch nicht: Das Wallet an sich ist keine Zahlungsapplikation und Apple demnach kein PSP gegen den der Verbraucher Ansprüche im Sinne des Art. 8 (2) der IFR erheben kann.

Der erste Schlag ins Wasser gegen Apple

Auch die niederländische Wettbewerbsbehörde ACM

wollte Dezember 2020 (ohne Apple explizit zu nennen) das Problem des NFC-Zugangs für konkurrierende Wallets zuerst über die IFR lösen.⁹ Erst nach einigen Monaten erkannte sie im Juli 2021, dass man mit der IFR dieses Problem nicht lösen kann.¹⁰ ACM glaubt aber, dass die IFR allerdings wirken würde, wenn auf dem Smartphone konkurrierende Wallets vorhanden sind.¹¹ Diese aber gibt es auf dem iPhone nicht. In den Niederlanden bieten derzeit über 30 Banken und andere PSP ihre Zahlungsapplikationen für das Apple Pay Wallet an.¹² Ich würde sagen: Ausreichende Auswahl und Wettbewerb auf Ebene der Zahlungsapplikation, kein Wettbewerb auf Wallet-Ebene, zumindest auf Apple-Geräten. Die Applikationsanbieter sind beim iOS-Smartphone auf den digital container Apple Pay angewiesen. Der Fall der ACM verlief im Sande.

Co-Badging und konkurrierende Wallets

Würde das in der IFR-festgelegte Wahlrecht des Verbrauchers Anwendung finden, wenn es auf dem Smartphone neben Apple Pay ein weiteres, konkurrierendes Wallet gibt? Die Kommission und die ACM glauben dies. Diese These hält jedoch einer genauen Prüfung nicht stand.

Erstens setzt die Definition des Co-Badgings voraus, dass es um Zahlungsapplikationen geht, die auf dem gleichen kartenbasierten Zahlungsinstrument installiert sind. Auf Wallet-Ebene müsste es sich demnach um das gleiche Wallet handeln: Entweder das Apple Pay Wallet oder ein konkurrierendes Wallet. Art. 8(2) der IFR hilft also nichts gegen die fehlende Wallet-Konkurrenz auf einem Apple-Gerät.

Die IFR ist eine stumpfe Waffe im Apple (Pay)-Fall.

Zweitens besteht der Anspruch des Verbrauchers und Inhabers eines Zahlungsinstruments gemäß Art. 8 (2) der IFR gegenüber dem Issuer, wenn dieser Issuer ein co-badged Zahlungsinstrument (hier im Sinne eines Devices) mit zwei oder mehreren Zahlungsapplikationen herausgibt. Das Device kann eine Plastikkarte oder

ein Wallet (theoretisch auch ein Smartphone oder sogar ein PC) sein, die vom Issuer herausgegeben werden. Die IFR setzt hier voraus, dass das Device auch vom Issuer der Zahlungsapplikationen bereitgestellt wird. In diesem Fall könnte ein Anspruch gegen den Issuer abgeleitet werden.

Ein Device, auf dem nur Zahlungsapplikationen Dritter installiert werden können, ist aber kein Zahlungsinstrument und demnach dessen Herausgabe auch kein erlaubnispflichtiger Zahlungsdienst gemäß PSD2.¹³ Der Verbraucher und Inhaber des Devices (Wallet, Smartphone usw.) hat bezüglich der Zahlungsapplikationen keine Ansprüche gegen den Device-Anbieter, da dieser keine Zahlungsapplikationen herausgibt. Auch kann er vom Issuer der Zahlungsapplikation nicht verlangen, dass dieser die App auf einem fremden Device installieren kann.

Europäische Kommission in der Sackgasse

Wie wir bereits in unserem PaySys-Report Nr. 8-9 (2020) festgestellt haben, ist die IFR eine stumpfe Waffe im Apple-Fall. Dennoch verfolgt die Kommission diese Sackgasse weiter. Sie will hier weitere Daten sammeln

“on the rights of consumers to choose payment brand and payment application for mobile payments both on their wallets and at the point of sale, and the possible impact on such choice of technical restrictions such as limited access to the NFC infrastructure of mobile devices.”¹⁴

Diese Daten sind nun Bestandteil einer von der Kommission im Frühling 2022 ausgeschriebene Analyse:

“the technical or other restrictions preventing the effective implementation of the choice of payment application to be inserted on the payment instrument (i.e. co-badging) (for instance, extent to which user requests are followed through) for digital wallets or wearables.”¹⁵

Nun schadet es natürlich nicht, diese Marktanalyse in einer Vielzahl Mitgliedsstaaten durchzuführen. In der Regel wird es sich aber nicht um Verstöße gegen die IFR handeln.

Die mangelhafte Definition eines Zahlungsinstruments führt also zu Verwirrungen und sollte dringend überarbeitet werden. Auch die EBA befürwortet eine Überarbeitung in ihrem Beitrag zum PSD2-Review.¹⁶

„The EBA is of the view that the current definition of a ‘payment instrument’ requires further clarification since it leaves too much room for interpretation. In particular,

it is not clear what is to be considered a payment instrument and what the specific features of a payment instrument are. In terms of specific examples, it is not clear whether a mobile phone or a computer can be considered as a payment instrument." (Seite 13)

Entscheidend ist die Zahlungsapplikation. Das physische oder digitale Gerät oder Träger, das die Applikationen beherbergt, ist irrelevant, es sei denn der Issuer der Zahlungsapplikation bietet das Gerät in einer technisch unlösbarer Einheit mit der Applikation an. Es gibt meines Erachtens keine Konstellationen im heutigen Markt, in denen ein Handy oder ein Computer demnach Zahlungsinstrumente sind. Sonst müsste

man die Erlaubnis zum Issuing von Zahlungsinstrumenten (gemäß Art. 4 (45) der PSD2) auf die Anbieter dieser Devices ausdehnen. So weit wird es in der PSD3 hoffentlich nicht kommen.

Die Analyse zeigt, wie wichtig eine sinnvolle Definition des Begriffs „Zahlungsinstrument“ ist. Hier gibt es eine wichtige Aufgabe für die PSD3. Was den „Fall Apple“ angeht, so ist das Zahlungsverkehrsrecht hier eine stumpfe Waffe. Die EU-Kommission sollte sich lieber auf das Wettbewerbsrecht stützen.

Notes

- 1 https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13331-Payment-services-review-of-EU-rules/public-consultation_de sowie https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13331-Payment-services-review-of-EU-rules/F_en
- 2 In manchen Mitgliedsstaaten wird das Wort „device“ nur an dieser Stelle in dem jeweiligen landessprachlichen Text der PSD2 nicht sinngemäß oder wortwörtlich, sondern mit „Instrument“ übersetzt, wie z. B. in der deutschen und niederländischen Übersetzung. Bedingt durch diesen Übersetzungsfehler ist das hier diskutierte Definitionsproblem in diesen Jurisdiktionen vermutlich nicht evident.
- 3 <https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/payment-services-and-electronic-money/guidelines-limited-network-exclusion-under-psd2>
- 4 See BaFin, Die Zeit läuft, 19.04.22 https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2022/fa_bj_2204_EBA-Leitlinien_Bereichsausnahmen.html
- 5 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_2764
- 6 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1217
- 7 Report on the application of regulation (EU) 2015/751 on interchange fees for card-based payment transactions“ (Juni 2020), S. 15
- 8 Demnach kann das Wallet im 2. Fall nur im Sinne einer Zahlungsapplikation verstanden werden, aber nicht als Container unterschiedlicher Zahlungsapplikationen. In einem Satz verwendet die Kommission zwei unterschiedliche Interpretationen des Begriffs „Wallet“. Das ist ziemlich irreführend.
- 9 <https://www.acm.nl/en/publications/acm-launches-investigation-users-freedom-choice-regarding-payment-apps-smartphones>
- 10 <https://www.acm.nl/en/publications/closure-investigation-payment-apps-confirms-need-new-rules>.
- 11 *„The IFR can only be used if there is a choice between different payment apps. That choice currently does not exist in the Netherlands. In other countries, where competitor payment apps do exist, the IFR may be applied“.* ACM nutzt irrtümlicherweise den Begriff „Zahlungsapplikation“, meint aber – so der Kontext - das Wallet. ACM sagt, dass Banken in den Niederlanden oft keine Zahlungsapplikationen für Smartphones mehr anbieten. Da die meisten Banken aber digitale Kartenapplikationen anbieten, die z. B. via Google Pay oder zum Teil auch via Apple Pay genutzt werden können, bezieht sich ACM offensichtlich auf das unzureichende Angebot der Banken von proprietären Wallets mit eigenen Zahlungsapplikationen.
- 12 <https://support.apple.com/de-de/HT206637>
- 13 Zu Recht schreibt die EBA *„the services related to operation of a digital wallet which are of technical nature, and do not constitute a payment service and, therefore, do not require authorisation.“* (EBA, Opinion of the European Banking Authority on its technical advice on the review of Directive (EU) 2015/2366 on payment services in the internal market (PSD2), EBA/Op/2022/06, 23 June 2022, S. 13.
- 14 Report on the application of regulation (EU) 2015/751 on interchange fees for card-based payment transactions“ (Juni 2020), S. 15
- 15 European Commission, Tender Specifications, Study on New Developments in Card-based Payment Markets, Including as Regards Relevant Aspects of the Application of the Interchange Fee Regulation, Call for tenders COMP/2022/OP/0002, S. 11-12.
- 16 EBA, Opinion of the European Banking Authority on its technical advice on the review of Directive (EU) 2015/2366 on payment services in the internal market (PSD2), EBA/Op/2022/06, 23 June 2022

Should you have any questions or comments please contact:

Dr. Hugo Godschalk (hgodschalk@paysys.de)

Dr. Malte Krueger (mkrueger@paysys.de)

Please, send us your views to:

paysys-report@paysys.de

 PAYSYS REPORT IMPRINT

PaySys Consultancy GmbH

Im Uhrig 7
60433 Frankfurt /Germany
Tel.: +49 (0) 69 / 95 11 77 0
Fax.: +49 (0) 69 / 52 10 90
email: paysys-report@paysys.de
www.paysys.de

PAYSYS REPORT
Juli 2022

© PaySys Consultancy GmbH

Subscribers are not allowed to copy or to distribute this news-
letter outside their companies without permission of PaySys
Consultancy.

Disclaimer: PaySys Consultancy sees to the utmost reliability
of its news products. Nevertheless, we do not accept any re-
sponsibility for any possible inaccuracies.



Subscription info:

The PAYSYS REPORT is published 10 times a year in English
in electronic format (pdf) and contains about 4-6 pages.
The price is 500 EUR per year (company license)

To order, please send an email to paysys-report@paysys.de

PaySys Consultancy is German member of

