

ZAG

Schäfer / Omlor / Mimberg

2. Auflage 2025
ISBN 978-3-406-81837-0
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Nach Auffassung der BaFin reicht dazu die bloße Übernahme der Verpflichtung zu einer solchen Dokumentation aus, nicht dagegen „das Versprechen, sich alles treulich zu merken“.⁶³⁹

Das Konto muss **in laufender Rechnung** geführt werden. Erforderlich ist deshalb des Weiteren die Abrede iSv § 355 HGB, die dokumentierten beiderseitigen Ansprüche des Zahlungsdienstleisters und des Zahlungsdienstnutzers in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung des sich für den einen oder anderen Teil ergebenden Überschusses auszugleichen („Kontokorrent“).⁶⁴⁰ Es bedarf insoweit der Dokumentation **rechtsverbindlicher Ansprüche**; lediglich buchungstechnisch geführte Konten, die die Forderungen und Verbindlichkeiten nicht bindend feststellen, scheiden damit aus.⁶⁴¹ 362

Zum Zahlungskonto wird ein derart geführtes Konto erst dann, wenn es auch „für die **Ausführung von Zahlungsvorgängen genutzt** wird“.⁶⁴² Nach der gesonderten Legaldefinition des § 1 Abs. 15a liegt ein **Zahlungsvorgang** in jeder „Bereitstellung, Übermittlung oder Abhebung eines Geldbetrags, unabhängig von der zugrunde liegenden Rechtsbeziehung zwischen Zahler und Zahlungsempfänger“ (vgl. näher → Rn. 394a ff.). Dabei sind als **„Geldbetrag“** – wie aus Art. 4 Nr. 25 PSD2 folgt – „Banknoten und Münzen, Giralgeld oder E-Geld“ anzusehen. 363

Ein Zahlungskonto liegt daher insbesondere vor, wenn es 364

- die Einzahlung von Bargeld gegen die Schaffung von (regulärem) Buchgeld oder E-Geld,
- die Auszahlung von Bargeld gegen die Auflösung von (regulärem) Buchgeld oder E-Geld oder
- die Übermittlung von (regulärem) Buchgeld oder E-Geld ermöglicht.⁶⁴³

3. Beispiele. Dem Begriff des Zahlungskontos sind vor diesem Hintergrund vor allem **Girokonten** und **Kreditkartenkonten** zu subsumieren.⁶⁴⁴ Dieser Wertung steht es nicht entgegen, dass Girokonten häufig nicht *ausschließlich* der Durchführung von Zahlungsvorgängen, sondern zugleich anderen Funktionen – wie der Einräumung von Kontokorrentkrediten oder dem Wechsel- oder Scheckinkasso – dienen;⁶⁴⁵ das Zahlungskonto iSd § 1 Abs. 17 bildet in solchen Fällen also lediglich einen Teil des Girokontos.⁶⁴⁶ Ohne Belang für die Einordnung als Zahlungskonto bleibt es auch, wenn der 365

⁶³⁹ BaFin, Merkbl. ZAG v. 31.1.2024, sub B. I. 1.; zustimmend Hingst/Lösing, Zahlungsdienstenaufsichtsrecht, § 6 Rn. 29.

⁶⁴⁰ Schwennicke/Auerbach/Schwennicke, KWG, 4. Aufl. 2021, ZAG § 1 Rn. 170; Hingst/Lösing, Zahlungsdienstenaufsichtsrecht, § 6 Rn. 25.

⁶⁴¹ BaFin, Merkbl. ZAG v. 31.1.2024, sub B. I. 1.; Hingst/Lösing, Zahlungsdienstenaufsichtsrecht, § 6 Rn. 30.

⁶⁴² Vgl. auch EuGH v. 4.10.2018 – C-191/17, BKR 2018, 524 Rn. 31 – konstitutives Merkmal.

⁶⁴³ BaFin, Merkbl. ZAG v. 31.1.2024, sub B. I. 1.

⁶⁴⁴ BaFin, Merkbl. ZAG v. 31.1.2024, sub B. I. 1.; Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber/Heucke, ZAG, 1. Aufl. 2019, § 1 Rn. 105; Ellenberger/Findeisen/Nobbe/Böber/Findeisen, ZahlungsverkehrsR, 3. Aufl. 2020, ZAG § 1 Rn. 738, 740.

⁶⁴⁵ Begr. RegE z. Zahlungsdienstleistungsgesetz, BT-Drs. 16/11613, 35; Casper/Terlau/Casper, ZAG, 3. Aufl. 2023, § 1 Rn. 37; Schwennicke/Auerbach/Schwennicke, KWG, 4. Aufl. 2021, ZAG § 1 Rn. 175; Klebeck/Dobrauz/Aschenbeck/Drefke, Rhdb. Finanzdienstleistungen, 5. Kap. Rn. 262.

⁶⁴⁶ Danwerth, Finanztransfärgeschäft, S. 128 f.; Begr. RegE z. Zahlungsdienstleistungsgesetz, BT-Drs. 16/11613, 35 („Grundbaustein“).

relevante Teil des Girokontos als **Pfändungsschutzkonto** iSd § 850k ZPO geführt wird.⁶⁴⁷

- 366** Auch **E-Geld-Konten** („Wallets“ u.Ä) können als Zahlungskonten einzuordnen sein, wenn sie die oben genannten Anforderungen (→ Rn. 360 ff.) erfüllen. Sie müssen also insbesondere auf den Namen des E-Geld-Inhabers lauten und diesem eine Übertragung von E-Geld-Beträgen auf andere E-Geld-Konten, die Auszahlung der E-Geld-Beträge als Bargeld oder die Umwandlung der E-Geld-Beträge in (reguläres) Buchgeld auf anderen Konten ermöglichen.⁶⁴⁸ Als Zahlungskonten iSd § 1 Abs. 17 sind daher u. a. **PayPal**⁶⁴⁹ und **Mangopay-Konten** zu werten. Etwas anderes gilt dagegen, wenn es sich bei dem E-Geld-Konto lediglich um ein „Schattenkonto“, also ein buchungstechnisches Verrechnungskonto handelt (vgl. zB → Rn. 236), auf dem das E-Geld-Guthaben nur für *interne Zwecke* des E-Geld-Emittenten vermerkt wird und das in aller Regel auch nicht auf den Namen des E-Geld-Inhabers lautet.⁶⁵⁰
- 367** Da sie nicht der Ausführung von Zahlungsvorgängen dienen (→ Rn. 363), lassen sich reine **Kredit-** und **Einlagekonten** oder gar **Depots** nicht der Legaldefinition des § 1 Abs. 17 subsumieren. Praktisch relevant wird dies vor allem für **Spar-** und **Festgeldkonten**, für **Kreditkonten** (die Kreditsalden, Zins- und Tilgungsleistungen ausweisen) sowie für **Kreditkartenabrechnungskonten**. Gleiches gilt für **Online-Sparkonten**, die nur mit einem korrespondierenden Referenzkonto verwendet werden können: Da sich auch solche Konten nicht *unmittelbar*, sondern nur über das zwischengeschaltete Referenzkonto für Zahlungsvorgänge einsetzen lassen, scheidet ihre Einordnung als Zahlungskonto aus.⁶⁵¹ In diese Kategorie fallen in der Regel auch sog. **virtuelle Konten**, sofern sie die Ausführung von Zahlungsvorgängen lediglich über verbundene (und ihrerseits § 1 Abs. 17 zu subsumierende) „physischen Konten“ erlauben.⁶⁵²
- 368** Konten, die beispielsweise in **Bartersystemen** oder **Tauschringen** lediglich der Übermittlung „privater Währungen“ oder ähnlicher Verrechnungseinheiten – also gerade nicht von „**Geldbeträgen**“ iSv Art. 4 Nr. 25 PSD2 (→ Rn. 363) – dienen, sind ebenso wenig als Zahlungskonten zu werten. Etwas anderes gilt indes, wenn ein solches Konto auch die Auszahlung der jeweiligen Verrechnungseinheit in Form gesetzlicher Zahlungsmittel ermöglicht (→ Rn. 42).⁶⁵³

⁶⁴⁷ BaFin, Merkbl. ZAG v. 31.1.2024, sub B. I. 1.

⁶⁴⁸ Casper/Terlau/Casper, ZAG, 3. Aufl. 2023, § 1 Rn. 38; s. nunmehr klarstellend auch BaFin, Merkbl. ZAG v. 31.1.2024, sub B. I. 1.

⁶⁴⁹ Ausführlich Danwerth, Finanztransfergeschäft, S. 132; s. nunmehr klarstellend auch BaFin, Merkbl. ZAG v. 31.1.2024, sub B. I. 1.

⁶⁵⁰ BaFin, Merkbl. ZAG v. 31.1.2024, sub B. I. 1.; Ellenberger/Findeisen/Nobbe/Böger/Findeisen, ZahlungsverkehrsR, 3. Aufl. 2020, ZAG § 1 Rn. 730; Hingst/Lösing, Zahlungsdienstaufsichtsrecht, § 6 Rn. 35; Casper/Terlau/Casper, ZAG, 3. Aufl. 2023, § 1 Rn. 38; Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber/Heucke, ZAG, 1. Aufl. 2019, § 1 Rn. 122.

⁶⁵¹ EuGH v. 4.10.2018 – C-191/17, BKR 2018, 524 Rn. 32; BaFin, Merkbl. ZAG v. 31.1.2024, sub B. I. 1.; Ellenberger/Findeisen/Nobbe/Böger/Findeisen, ZahlungsverkehrsR, 3. Aufl. 2020, § 1 Rn. 749.

⁶⁵² Vgl. eingehend – auch zu abw. Gestaltungen – Forstmann/Kurth RdZ 2021, 157 (158 f.); s. auch Kaetzler RdZ 2022, 106 (107).

⁶⁵³ Schwennicke/Auerbach/Schwennicke, KWG, 4. Aufl. 2021, ZAG § 1 Rn. 177; s. auch BaFin, Merkbl. ZAG v. 31.1.2024, sub B. I. 1.

XXIII. Kontoführender Zahlungsdienstleister (Abs. 18)

1. Grundlagen. § 1 Abs. 18 definiert den Begriff des „kontoführenden Zahlungsdienstleisters“ durch nahezu wörtliche Übernahme der entsprechenden Richtlinienvorgabe in Art. 4 Nr. 17 PSD2. Die **Legaldefinition** verfügt über kein Regelungsvorbild in der PSD1 oder im ZAG 2009. 369

Praktische Bedeutung erlangt die Regelung vor allem für das **Verständnis des 10. Abschnitts** des ZAG. Darin wird der kontoführende Zahlungsdienstleister spezifischen Pflichten gegenüber anderen Zahlungsdienstleistern unterworfen; dies gilt u. a. im Verhältnis zum „kartenausgebenden Zahlungsdienstleister“, der in § 45 Abs. 1 eine eigene Legaldefinition erfährt. Umgekehrt treffen andere Zahlungsdienstleister – etwa den Zahlungsauslöse- und den Kontoinformationsdienstleister – nach jenen Vorschriften auch bestimmte Pflichten gegenüber dem kontoführenden Zahlungsdienstleister. Wegen der Einzelheiten ist auf die Kommentierung der §§ 45 ff. zu verweisen. 370

Des Weiteren findet der Begriff des kontoführenden Zahlungsdienstleisters **zivilrechtliche Verwendung** in den §§ 675c ff. BGB, so u. a. in den §§ 675f Abs. 3, 675m Abs. 3, 675u S. 5, 676b Abs. 4 BGB. Diese Normen betreffen zumeist das Verhältnis zwischen Zahlungsauslöse- und Kontoinformationsdienstleister einerseits und kontoführendem Zahlungsdienstleister andererseits. 371

2. Begriffsmerkmale. „Kontoführender Zahlungsdienstleister“ ist gem. § 1 Abs. 18 „ein Zahlungsdienstleister, der für einen Zahler ein Zahlungskonto bereitstellt und führt“. Der kurze Regelungswortlaut verwendet damit drei Begriffe, die ihrerseits Legaldefinitionen im ZAG erfahren, nämlich diejenigen des „**Zahlungsdienstleisters**“ (§ 1 Abs. 1 S. 1), des „**Zahlers**“ (§ 1 Abs. 15) und des „**Zahlungskontos**“ (§ 1 Abs. 17); wegen der Einzelheiten vgl. daher im Ausgangspunkt → Rn. 8 ff., 342 ff. und 355 ff. 372

Als kontoführender Zahlungsdienstleister iSd § 1 Abs. 18 kommt stets nur derjenige Zahlungsdienstleister in Betracht, der **dem Zahler** ein Zahlungskonto bereitstellt und führt. Im Rahmen seiner Kontoführung *für den Zahlungsempfänger* unterfällt der Zahlungsdienstleister somit nicht der Legaldefinition; praktisch begrenzt dies vor allem die Reichweite der in den §§ 45 ff. geregelten Pflichtenkreise (→ Rn. 370). Die Rolle des jeweiligen Zahlungsdienstleisters kann sich indes vor diesem Hintergrund mit jedem einzelnen Zahlungsvorgang seines Kunden wandeln. 373

Von der tatbestandlich des Weiteren notwendigen **Bereitstellung** des Kontos dürfte auszugehen sein, sobald der Zahlungsdienstleister die das Vorliegen eines Zahlungskontos begründende buch- und rechnungsmäßige Gegenüberstellung von Forderungen und Verbindlichkeiten (näher → Rn. 361) für den Zahler errichtet hat.⁶⁵⁴ Eigenständige Bedeutung kommt diesem Tatbestandsmerkmal allerdings nicht zu, wenn man mit der BaFin⁶⁵⁵ bereits diese Kontoerrichtung als Teil der nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 18 *darüber hinaus* erforderlichen **Kontoführung** ansieht (→ Rn. 54). Zum Begriff der Kontoführung, die vor allem, aber nicht ausschließlich das Buchen von Zahlungsein- und -ausgängen umfasst, vgl. näher → Rn. 55. 374

⁶⁵⁴ Ähnlich Casper/Terlau/Casper, ZAG, 3. Aufl. 2023, § 1 Rn. 432.

⁶⁵⁵ BaFin, Merkbl. ZAG v. 31.1.2024, sub B.I.2.

XXIV. Fernzahlungsvorgang (Abs. 19)

- 375 § 1 Abs. 19 definiert den Begriff des „**Fernzahlungsvorgangs**“ durch wörtliche Übernahme der Richtlinienvorgabe in Art. 4 Nr. 6 PSD2. Der PSD1 war der Begriff demgegenüber noch unbekannt; dementsprechend ist eine Vorläuferregelung im ZAG 2009 ebenso wenig existent.
- 376 **Praktische Bedeutung** erlangt die Legaldefinition in erster Linie für die Auslegung der in § 55 Abs. 2 enthaltenen Vorgaben betreffend die sog. qualifiziert-starke Kundenauthentifizierung, die der Zahlungsdienstleister stets anzufordern hat, wenn der Zahler einen Fernzahlungsvorgang auslöst (näher → § 55 Rn. 37 ff.). Diese Regelung bezweckt – was Relevantz auch für das Verständnis des § 1 Abs. 19 entfaltet (→ Rn. 381) – die Eindämmung des gesteigerten Betrugs- und Missbrauchsrisikos, das sich aus dem Einsatz des Internets bzw. von Fernkommunikationsmitteln im Rahmen des Zahlungsvorgangs ergibt.⁶⁵⁶ Die Legaldefinition dürfte darüber hinaus zumindest Anhaltspunkte für das Verständnis der in § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 verwendeten Formulierung „über einen Fernzugang“ liefern (näher → § 55 Rn. 34).
- 377 § 1 Abs. 19 enthält **zwei Tatbestandsvarianten**, die beide auf den Begriff des „**Zahlungsvorgangs**“ aufbauen. Dieser Begriff erfährt – zurückgehend auf Art. 4 Nr. 5 PSD2 – eine gesonderte Legaldefinition in § 1 Abs. 15a, vgl. daher im Ausgangspunkt zunächst → Rn. 349a ff.
- 378 **1. „Über das Internet“**. Nach der **ersten Tatbestandsvariante** ist ein Fernzahlungsvorgang „ein Zahlungsvorgang, der über das Internet ... ausgelöst wird“. Erfasst werden damit zunächst Zahlungsvorgänge, die im **Online-Banking** angestoßen werden,⁶⁵⁷ beispielhaft lässt sich an eine online erteilte Überweisung denken.⁶⁵⁸ Zu subsumieren sind dieser Variante aber auch Zahlungsvorgänge im elektronischen Geschäftsverkehr (e-commerce), also insbesondere (Karten-)Zahlungen für Waren und Dienstleistungen, die der Zahlungsempfänger über seinen **Online-Shop** vertreibt.⁶⁵⁹ Zahlungsvorgänge, die an **Geldautomaten** – und damit in geschlossenen Systemen der Zahlungsdienstleister bzw. Banken – ausgelöst werden, sind demgegenüber nicht als Fernzahlungsvorgänge zu werten.⁶⁶⁰
- 379 **2. „Mittels eines Geräts, das für die Fernkommunikation verwendet werden kann“**. Die **zweite Tatbestandsvariante** erfasst als Fernzahlungsvorgang daneben jeden „Zahlungsvorgang, der ... mittels eines Geräts, das für die Fernkommunikation verwendet werden kann, ausgelöst wird.“ Dieser Variante sind damit vor allem Zahlungsvorgänge im sog. **Mobile Payment** zu subsumieren, also solche, die über Mobiltelefone, Smartphones, Tablets, Smartwatches o.Ä. angestoßen werden.⁶⁶¹

⁶⁵⁶ Casper/Terlau/Terlau, ZAG, 3. Aufl. 2023, § 1 Rn. 433; Baumann GWR 2017, 275 (277); Omlor BKR 2019, 105 (110); vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 3 der RTS.

⁶⁵⁷ Staudinger/Omlor, BGB, Neubearb. 2020, BGB § 675v Rn. 42; Casper/Terlau/Terlau, ZAG, 3. Aufl. 2023, § 1 Rn. 434; Conreder/Schneider/Hausemann DStR 2018, 1722 (1726).

⁶⁵⁸ Zahrte NJW 2018, 337 (340).

⁶⁵⁹ Casper/Terlau/Terlau, ZAG, 3. Aufl. 2023, § 1 Rn. 434.

⁶⁶⁰ EBA, EBA-Op-2019-06, Tz. 37; Casper/Terlau/Terlau, ZAG, 3. Aufl. 2023, § 1 Rn. 435; Ellenberger/Findeisen/Nobbe/Böger/Findeisen, ZahlungsverkehrSR, 3. Aufl. 2020, ZAG § 1 Rn. 769.

⁶⁶¹ Casper/Terlau/Terlau, ZAG, 3. Aufl. 2020, § 1 Rn. 435. Zur demgegenüber tatbestandlich nicht erfassen, lediglich „manuellen“ Weitergabe von Kartendaten über Telefon,

Ausgehend vom Wortlaut der Norm wäre ein mit einem solchen Gerät ausgelöster Zahlungsvorgang auch dann der zweiten Tatbestandsvariante zu subsumieren, wenn diese Auslösung ohne Rückgriff auf die Fernkommunikationsfunktion des Geräts im **stationären Handel** erfolgt, beispielsweise unter Einsatz von *Near Field Communication (NFC)* an der Ladenkasse, wie es etwa die Systeme Apple Pay und Google Pay⁶⁶² erlauben. Denn nach der Formulierung des § 1 Abs. 19 Var. 2 kommt es lediglich darauf an, dass das betreffende Gerät für die Fernkommunikation „**verwendet werden kann**“. Unter Schutzzweckaspekten ließe sich für ein solches weites Verständnis immerhin anführen, dass ein zur Fernkommunikation geeignetes Gerät prinzipiell eine größere Fläche für Angriffe von außen (etwa in Form von „Handy-Trojanern“ u.Ä.) bietet, was sich letztlich auch auf die Sicherheit solcher Zahlungen im stationären Handel auswirken kann.

Dennoch lehnt die ganz herrschende Meinung im Schrifttum ein solches Verständnis zu Recht ab. Sie geht zutreffend davon aus, dass der **Wortlaut** der zweiten Tatbestandsvariante **zu weit geraten** und deshalb **teleologisch zu reduzieren** ist⁶⁶³ (vgl. auch → § 55 Rn. 37). Schon der – freilich gerade zu definierende – Begriff „*Fernzahlungsvorgang*“ spricht gegen die Erfassung derartiger direkt am Point of Sale ausgelöster Zahlungsvorgänge. Entscheidend kommt hinzu, dass der Richtliniengeber ausweislich Erwägungsgrund Nr. 95 der PSD2 allein denjenigen Risiken entgegenzuwirken beabsichtigte, die sich aus der **unter Abwesenden erfolgenden Zahlung** ergeben („*Zahlungsdienste, die über das Internet oder über andere Fernkommunikationskanäle angeboten werden und nicht davon abhängig sind, an welchem Ort sich das für die Auslösung des Zahlungsvorgangs verwendete Gerät oder das verwendete Zahlungsinstrument tatsächlich befinden, sollten daher die Authentifizierung von Zahlungsvorgängen durch dynamische Codes enthalten ...*“). Im Einklang damit hebt auch der deutsche Gesetzgeber in den Materialien hervor, ein Gerät im Sinne der zweiten Tatbestandsvariante könne „ohne die gleichzeitige körperliche Anwesenheit von Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer für den Abschluss eines Vertrages über die Erbringung von Zahlungsdiensten eingesetzt werden“ und verweist dafür auf die Definition des Begriffs „Fernkommunikationsmittel“ in Art. 4 Nr. 34 PSD2, die ebenfalls maßgeblich auf das Fehlen der „gleichzeitigen körperlichen Anwesenheit“ abstellt.⁶⁶⁴

XXV. Zahlungsinstrument (Abs. 20)

1. Grundlagen. § 1 Abs. 20 definiert den Begriff des „Zahlungsinstruments“ und setzt damit die Richtlinienvorgabe in Art. 4 Nr. 14 PSD2 um.

Obleich eine ähnliche Legaldefinition bereits in Art. 4 Nr. 23 PSD1 enthalten war, hatte der Gesetzgeber des **ZAG 2009** noch auf deren isolierte

Telefax, E-Mails usw durch Reisebüros im stationären Reisevertrieb vgl. (aus dem Blickwinkel des § 55 ZAG) BaFin, Merkblatt 04/2022 (BA).

⁶⁶² Vgl. zu diesen und ähnlichen Systemen etwa Harman BKR 2018, 457 (459); Danwerth ZBB 2015, 119 (120 ff.); Söbbling WM 2016, 1066 (1066 ff.); Kunz CB 2018, 393 (394).

⁶⁶³ Hoffmann VuR 2016, 243 (252); Casper/Terlau/Terlau, ZAG, 3. Aufl. 2023, § 1 Rn. 437; Staudinger/Omlor, BGB, Neubearb. 2020, BGB § 675v Rn. 42; Omlor RdZ 2020, 20 (23); Kunz CB 2018, 393 (397); Jungmann WM 2021, 557 (561); krit., aber iErg zustimmend Casper/Terlau/Zahrte, ZAG, 3. Aufl. 2023, § 55 Rn. 54 f.; s. auch Zahrte BKR 2019, 484 (489).

⁶⁶⁴ Begr. RegE z. Gesetz zur Umsetzung der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie, BT-Drs. 18/11495, 140.

Überführung in das nationale Recht verzichtet. Stattdessen hatte § 1 Abs. 5 ZAG 2009 den Terminus des „Zahlungsauthentifizierungsinstruments“ eingeführt und auf diese Weise die beiden unionsrechtlichen Begriffe „Authentifizierung“ (Art. 4 Nr. 19 PSD1) und „Zahlungsinstrument“ (Art. 4 Nr. 23 PSD1) zusammengefasst. Diesen deutschen Sonderweg – der in der Anerkennung des sog. „Zahlungsauthentifizierungsgeschäfts“ als Zahlungsdienst iSd § 1 Abs. 2 Nr. 4 ZAG 2009 mündete – hat der nationale Gesetzgeber somit im Zuge der Umsetzung der PSD2 durch die Ergänzung des § 1 Abs. 20 (sowie des § 1 Abs. 23, → Rn. 428 ff.) wieder verlassen. Hintergrund dessen bildete nicht nur die zwischenzeitliche Sorge „um die richtlinienkonforme Umsetzung des vollharmonisierten Rechtsaktes“,⁶⁶⁵ sondern auch die Einführung des Begriffs „starke Kundenauthentifizierung“ durch Art. 4 Nr. 30 PSD2. Denn dabei handelt es sich – wie sich explizit aus seiner Legaldefinition in § 1 Abs. 24 ergibt – um eine spezielle Form der Authentifizierung iSd § 1 Abs. 23 (→ Rn. 461), die gerade unabhängig von einem zur Erteilung von Zahlungsaufträgen vorgesehenen Medium – also dem Zahlungsinstrument – erfolgen kann.⁶⁶⁶

384 Aufsichtsrechtliche Relevanz erlangt die Legaldefinition des § 1 Abs. 20 in erster Linie für das Verständnis des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 Var. 1, wonach die „Ausgabe von Zahlungsinstrumenten“ einen eigenen Zahlungsdienst bildet. Der Terminus „Ausgabe von Zahlungsinstrumenten“ erfährt allerdings eine gesonderte Definition in § 1 Abs. 35 S. 2 (vgl. näher → Rn. 608 ff.), die ihrerseits auf den Begriff des Zahlungsinstruments iSd § 1 Abs. 20 abstellt. Darüber hinaus findet der Begriff des Zahlungsinstruments **zivilrechtliche Verwendung** in den §§ 675c ff. BGB, so u. a. in den §§ 675f Abs. 6, 675j Abs. 1, 675k, 675l, 675m, 675v, 675w BGB.

384a Der Vorschlag der Kommission zur PSR⁶⁶⁷ und zur PSD3⁶⁶⁸ sieht eine Änderung der Legaldefinition des Begriffs „Zahlungsinstrument“ insofern vor, als künftig nicht mehr auf ein „personalisiertes“ (vgl. dazu → Rn. 389), sondern auf ein „individualisiertes“ Instrument oder Verfahren abgestellt werden soll, vgl. Art. 3 Abs. 18 PSR-E bzw. Art. 2 Abs. 15 PSD3-E. Dies soll – wie sich aus Erwgr. 12 PSD3-E ergibt – sicherstellen, „dass Guthabekarten, bei denen der Name des Inhabers des Instruments nicht auf der Karte aufgedruckt ist, Zahlungsinstrumente sind“.

385 2. Tatbestandsmerkmale. Nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 20 ist ein Zahlungsinstrument „jedes personalisierte Instrument oder Verfahren, dessen Verwendung zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister vereinbart wurde und das zur Erteilung eines Zahlungsauftrages verwendet wird“.

⁶⁶⁵ Begr. RegE z. Gesetz zur Umsetzung der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie, BT-Drs. 18/11495, 110.

⁶⁶⁶ Begr. RegE z. Gesetz zur Umsetzung der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie, BT-Drs. 18/11495, 110; s. auch Klebeck/Dobrauz/Aschenbeck/Drefke, Rhdb. Finanzdienstleistungsgesetz, 5. Kap. Rn. 279.

⁶⁶⁷ Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, COM(2023) 367 final.

⁶⁶⁸ Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste und E-Geld-Dienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinie 98/26/EG und zur Aufhebung der Richtlinien (EU) 2015/2366 und 2009/110/EG, COM(2023) 366 final.

a) Instrument oder Verfahren zur Erteilung eines Zahlungsauftrages. Im Fokus der Regelung stehen damit die Begriffe „Instrument“ und „Verfahren“, die ihrerseits keine näheren Definitionen in der PSD2 oder im ZAG erfahren. Aus den weiteren tatbestandlichen Anforderungen des § 1 Abs. 20 erschließt sich jedoch, dass die Verwendung sowohl des jeweiligen Instruments als auch diejenige des jeweiligen Verfahrens abstrakt **geeignet sein** müssen, sich zwischen Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister als **Mittel zur Erteilung von Zahlungsaufträgen vereinbaren** zu lassen.⁶⁶⁹ 386

Im Schrifttum werden dem Begriff des **Instruments** meist nur körperliche Gegenstände subsumiert;⁶⁷⁰ danach sind als Instrumente iSd § 1 Abs. 20 vor allem **Zahlungskarten** anzusehen. *Kündgen* hat allerdings zu Recht darauf hingewiesen, dass auch die bestimmte Verwendung eines solchen körperlichen Gegenstandes zur Erteilung von Zahlungsaufträgen letztlich immer zugleich ein Verfahren bildet;⁶⁷¹ beispielhaft ist die bestimmte Präsentation einer Zahlungskarte im **NFC**-Bereich eines Zahlungsterminals zu nennen.⁶⁷² Richtigerweise lässt sich die Tatbestandsvariante „Instrument“ somit als bloße Unterform der Variante „Verfahren“ begreifen.⁶⁷³ 387

Zahlungsinstrument iSd § 1 Abs. 20 kann deshalb jegliches denkbare **Verfahren** sein, dessen Verwendung sich als Mittel zur Erteilung eines Zahlungsauftrages vereinbaren lässt; ob dabei ein körperlicher Gegenstand zum Einsatz gelangt, bleibt ohne Belang. Neben einer bestimmten Verwendung von Zahlungskarten kann insbesondere auch ein spezifisches Verhalten auf einer Website (**Onlinebanking** mit PIN und TAN) oder in einem Telefongespräch (**Telefonbanking** mit PIN) als Mittel zur Erteilung eines Zahlungsauftrages vereinbart werden.⁶⁷⁴ Gleiches gilt für die Präsentation eines spezifischen **Smartphones** oder einer **Smartwatch** an einem am Point of Sale aufgestellten Zahlungsterminal⁶⁷⁵ sowie selbst für die Einfahrt mit einem spezifischen KFZ in bestimmte Parkhäuser oder Mautstationen.⁶⁷⁶ Dieses 388

⁶⁶⁹ S. dazu auch BaFin, Merkbl. ZAG v. 31.1.2024, sub B. IV. 1.

⁶⁷⁰ Casper/Terlau/Casper, ZAG, 3. Aufl. 2023, § 1 Rn. 442; BeckOGK/Kündgen, Stand: 15.9.2023, BGB § 675j Rn. 55.

⁶⁷¹ BeckOGK/Kündgen, Stand: 15.9.2023, BGB § 675j Rn. 57.

⁶⁷² Vgl. dazu auch Habersack EuZW 2020, 767 (768); Jungmann WM 2021, 557 (567); Hoffmann/Rastegar WM 2021, 957 (960); differenzierend EuGH v. 11.11.2020 – C-287/19, BKR 2021, 234 Rn. 75 ff. – DenizBank, der die Karte und ihre NFC-Funktion im dort konkret vorliegenden Entscheidungssachverhalt einerseits als personalisiertes Instrument und andererseits als Verfahren – und somit als zwei Zahlungsinstrumente – wertet; die Entscheidung betraf die Konstellation, dass eine Zahlungskarte für Zahlungen ab einer bestimmten Höhe nur mit Zwei-Faktoren-Authentifizierung verwendbar war und zugleich Kleinbetragszahlungen allein mit der NFC-Funktion, dh ohne Authentifizierung, ermöglichte (vgl. zuvor bereits in diesem Sinne Generalanwalt Manuel Campos Sánchez-Bordana Schlussanträge v. 30.4.2020 – Rs C-287/19, ZIP 2020, 1006 (1010) – DenizBank). Krit. zu diesem Begründungsansatz auch Linardatos BKR 2021, 665 (666); Casper/Terlau/Casper, ZAG, 3. Aufl. 2023, § 1 Rn. 445.

⁶⁷³ Vgl. auch Casper/Terlau/Terlau, ZAG, 3. Aufl. 2023, § 2 Rn. 61a; Linardatos BKR 2021, 665 (666).

⁶⁷⁴ Casper/Terlau/Casper, ZAG, 3. Aufl. 2023, § 1 Rn. 96; BeckOKBGB/Schmalenbach, Stand: 1.5.2024, § 675j Rn. 16; BeckOGK/Foerster, Stand: 1.11.2022, BGB § 675c Rn. 221; Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber/Heucke, ZAG, 1. Aufl. 2019, § 1 Rn. 109; s. auch (zum ZAG 2009) BGH NJW 2017, 3222 Rn. 28 ff.

⁶⁷⁵ Vgl. aus der Praxis etwa Ziff. 2.1. der Sonderbedingungen zur Nutzung von Apple Pay der Deutschen Bank AG (Stand Dezember 2018); s. auch BeckOKBGB/Schmalenbach, Stand: 1.5.2024, BGB § 675j Rn. 16.

⁶⁷⁶ Vgl. zu solchen In-Car-Payments ausführlich Linardatos RdZ 2020, 36 (38); Korschinski RdZ 2020, 66 (67); s. auch Gebhard/Sturies RdZ 2020, 12 (16).

weite Verständnis trägt zugleich der Absicht des Gesetzgebers Rechnung, die Legaldefinition des Zahlungsinstruments **technologieneutral** auszugestalten, um auch künftige technische Entwicklungen zu erfassen.⁶⁷⁷ Allerdings lassen sich zugleich klassische Verfahren – wie das Unterzeichnen eines **Überweisungsträgers** – weiterhin als Mittel zur Erteilung eines Zahlungsauftrages vereinbaren und bilden dann Zahlungsinstrumente iSd § 1 Abs. 20.⁶⁷⁸

- 389 **b) Das Tatbestandsmerkmal „personalisiert“.** Nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 20 muss ein **Instrument** (→ Rn. 387) „personalisiert“ sein, um als Zahlungsinstrument in Betracht zu kommen. Schon aus sprachlichen Gründen lässt sich diese Anforderung nicht als Bezugnahme auf die „personalisierten Sicherheitsmerkmale“ iSd § 1 Abs. 25 werten; ohne Belang bleibt daher, ob sich das jeweilige Instrument nur unter Verwendung eines derartigen Sicherheitsmerkmals einsetzen lässt.⁶⁷⁹ Als „personalisiert“ iSd § 1 Abs. 20 ist das Instrument vielmehr bereits dann anzusehen, wenn sein Einsatz es dem Zahlungsdienstleister ermöglicht, den erteilten Zahlungsauftrag einem bestimmten Zahlungsdienstnutzer zuzuordnen.⁶⁸⁰ Kein personalisiertes Instrument bildet daher vor allem die anonym verwendbare **Geldkarte** (vgl. dazu aber noch → Rn. 392). Etwas anderes gilt demgegenüber vor allem für **Debit- und Kreditkarten**, wenn sie nach den Vereinbarungen zwischen Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer mit PIN bzw. mit PIN oder Unterschrift einzusetzen sind und deshalb nicht nur die notwendige Zuordnung zu einem konkreten Zahlungsdienstnutzer, sondern darüber hinaus sogar dessen Authentifizierung ermöglichen.⁶⁸¹ Die – tatbestandlich ausreichende – Zuordnung ist dem Zahlungsdienstleister allerdings auch bei Einsatz von Kreditkarten im sog. **Mail-Order-Verfahren** (dh unter bloßer Mitteilung von Nutzer- und Kartendaten im Distanzgeschäft) möglich, so dass dessen Vereinbarung als Mittel zur Erteilung von Zahlungsaufträgen nichts an der notwendigen Personalisierung der betreffenden Kreditkarte ändert.⁶⁸² Auf die Frage, ob auch dieses Verfahren eine Authentifizierung iSd § 1 Abs. 23

⁶⁷⁷ Vgl. Begr. RegE z. Gesetz zur Umsetzung der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie, BT-Drs. 18/11495, 110; zu denkbaren künftigen Anwendungsfeldern s. etwa BaFin, Merkbl. ZAG v. 31.1.2024, sub B. IV.1.; Jungmann WM 2021, 557 (558).

⁶⁷⁸ EuGH v. 9.4.2014 – C-616/11, EuZW 2014, 464 Rn. 44 – T-Mobile Austria GmbH/Verein für Konsumenteninformation; BeckOGK/Köndgen, Stand: 15.9.2023, BGB § 675j Rn. 60; Casper/Terlau/Casper, ZAG, 3. Aufl. 2023, § 1 Rn. 96; zur Fax-Anweisung als Zahlungsinstrument vgl. BGH BKR 2021, 240 Rn. 32 ff.; Zahrt ZBB 2021, 131 (136 f.).

⁶⁷⁹ Zustimmend OLG Köln GRUR-RS 2023, 36750 Rn. 70; BaFin, Merkbl. ZAG v. 31.1.2024, sub B. IV. 1.; vgl. auch Omlor BKR 2019, 105 (107); BeckOGK/Foerster, Stand: 1.11.2023, BGB § 675c Rn. 223; Schwennicke/Auerbach/Schwennicke, KWG, 4. Aufl. 2021, ZAG § 1 Rn. 187; iErg ebenso BeckOKBGB/Schmalenbach, Stand: 1.5.2024, § 675j Rn. 16; Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber/Heucke, ZAG, 1. Aufl. 2019, § 1 Rn. 109; aA wohl OLG Celle BKR 2021, 114 Rn. 27; differenzierend Casper/Terlau/Casper, ZAG, 3. Aufl. 2023, § 1 Rn. 447 ff.

⁶⁸⁰ BeckOKBGB/Schmalenbach, Stand: 1.5.2024, § 675j Rn. 16; BeckOGK/Köndgen, Stand: 15.9.2023, BGB § 675j Rn. 59; Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber/Heucke, ZAG, 1. Aufl. 2019, § 1 Rn. 109.

⁶⁸¹ Begr. RegE z. Gesetz zur Umsetzung der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie, BT-Drs. 18/11495, 110; Casper/Terlau/Casper, ZAG, 3. Aufl. 2023, § 1 Rn. 94.

⁶⁸² BeckOKBGB/Schmalenbach, Stand: 1.5.2024, § 675j Rn. 17; BeckOGK/Foerster, Stand: 1.11.2023, BGB § 675c Rn. 223; Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber/Heucke, ZAG, 1. Aufl. 2019, § 1 Rn. 109; s. auch (zu § 1 Abs. 5 ZAG 2009) Oechsler WM 2010, 1381 (1382).