



Kurzinformation

Zur geplanten Änderung des § 58a ZAG über den Zugang zu technischen Infrastrukturleistungen im Lichte des Unionsrechts

Der Fachbereich Europa ist um Auskunft gebeten worden, ob für eine geplante Änderung des § 58a Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG) über den Zugang zu technischen Infrastrukturleistungen bei der Erbringung von Zahlungsdiensten oder dem Betreiben des E-Geld-Geschäfts eine Notifizierungspflicht gemäß der Richtlinie (EU) 2015/1535¹ besteht. Zudem wird gefragt, ob die geplante Änderung möglicherweise von EU-Initiativen wie dem Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte)² oder der EU-Strategie für den Massenzahlungsverkehr³ konterkariert werden könnte bzw. inwiefern eine Änderung des § 58a ZAG sich (negativ) auf die genannten Initiativen der Europäischen Kommission auswirken könnte.

Nach der geltenden Vorschrift in § 58a ZAG ist ein Unternehmen, das durch technische Infrastrukturleistungen zu dem Erbringen von Zahlungsdiensten oder dem Betreiben des E-Geld-Geschäfts im Inland beiträgt (Systemunternehmen), auf Anfrage eines Zahlungsdienstleisters oder eines E-Geld-Emittenten verpflichtet, diese technischen Infrastrukturleistungen zur Verfügung zu stellen. Nach der **geplanten Änderung des § 58a ZAG** sollen die technischen Infrastrukturleistungen gegen „*ein die tatsächlichen Kosten des jeweiligen Zugriffs nicht übersteigendes Entgelt*“ (bisher „angemessenes Entgelt“) und unter Verwendung „*einer standardisierten technischen Schnittstelle zu allen Endgeräten*“ (bisher „angemessener Zugangsbedingungen“) zur Verfügung gestellt werden. Ferner müsste die Zurverfügungstellung wie bisher so ausgestaltet sein, dass das

-
- 1 [Richtlinie \(EU\) 2015/1535](#) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft.
 - 2 Europäische Kommission, Vorschlag für eine VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), [COM/2020/842 final](#).
 - 3 MITTEILUNG DER KOMMISSION AN DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT, DEN RAT, DEN EUROPÄISCHEN WIRTSCHAFTS- UND SOZIALAUSSCHUSS UND DEN AUSSCHUSS DER REGIONEN, EU-Strategie für den Massenzahlungsverkehr, [COM\(2020\) 592 final](#).

Die Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegen, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab der Fachbereichsleitung anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

anfragende Unternehmen seine Zahlungsdienste oder E-Geld-Geschäfte ungehindert erbringen oder betreiben kann, darüber hinaus soll nach der geplanten Änderung hierbei auch „*Funktionsgleichheit*“ gewährleistet werden. Schließlich soll die bislang für Systemunternehmen vorgesehene Möglichkeit zur sachlich begründeten Ablehnung der Zurverfügungstellung entfallen.

Das Bestehen einer **Notifizierungspflicht gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2015/1535** für die geplante Änderung des § 58a ZAG erscheint zweifelhaft. Nach einer Ansicht im Schrifttum sei die Richtlinie (EU) 2015/1535 auf eine Regelung wie den § 58a ZAG bereits von vornherein nicht anwendbar, weil sich diese auf „Finanzdienstleistungen“ beziehe und somit der Bereichsausnahme gemäß Art. 1 Abs. 4 Richtlinie (EU) 2015/1535 unterfalle.⁴ Gegen diese Ansicht spricht jedoch, dass unmittelbarer Gegenstand der Regelung in § 58a ZAG nicht die Erbringung von Zahlungsdiensten eines Zahlungsdienstleisters gegenüber seinen Kunden ist, sondern die Verpflichtung von Systemunternehmen, den Erbringern von Zahlungsdiensten bestimmte technische Infrastrukturleistungen zur Verfügung zu stellen. Die Zurverfügungstellung von technischen Infrastrukturleistungen als solche dürfte aber wohl keiner der in Anhang II der Richtlinie (EU) 2015/1535 genannten Finanzdienstleistungen (wie Wertpapier- und Bankdienstleistungen) unterfallen oder entsprechen.

Das Bestehen einer Notifizierungspflicht erscheint vorliegend allerdings auch deshalb zweifelhaft, weil die geplante Änderung allenfalls als Vorschrift betreffend Dienste unter die Notifizierungspflicht gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2015/1535 fallen könnte, sie aber wohl nicht alle Begriffsmerkmale einer „*Vorschrift betreffend Dienste*“ gemäß Art. 1 Abs. 1 Buchst. e und b Richtlinie (EU) 2015/1535 erfüllt. Hierfür müsste die Zurverfügungstellung technischer Infrastrukturleistungen durch ein Systemunternehmen eine „*Dienstleistung der Informationsgesellschaft*“ im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Buchst. b Richtlinie (EU) 2015/1535 darstellen, worunter „*jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abrufe eines Empfängers erbrachte Dienstleistung*“ zu verstehen ist. Im Schrifttum wird dies mit Blick auf die geltende Vorschrift in § 58a ZAG insbesondere unter Hinweis darauf bezweifelt, dass eine Vereinbarung zwischen dem Systemunternehmen und dem Zahlungsdienstleister *nicht notwendig* ohne die gleichzeitige physische Anwesenheit der Vertragsparteien im Sinne eines Fernabsatzvertrags geschlossen wird.⁵ Auch wenn es nach der zitierten Begriffsbestimmung ausreichen würde, dass die genannten Merkmale der betreffenden Dienstleistung „*in der Regel*“ vorliegen, wird an derartigen Überlegungen deutlich, dass eine Regelung wie § 58a ZAG wohl jedenfalls nicht „*speziell auf Dienste der Informationsgesellschaft abzielt*“, wie dies in Art. 1 Abs. 1 Buchst. e Richtlinie (EU) 2015/1535 vorausgesetzt ist. Denn dies ist nach den Anwendungshinweisen der Kommission zu dieser Bestimmung nur der Fall, „*wenn die Bestimmungen einer nationalen Regelung gezielt und ausdrücklich mit der Begründung und nach Maßgabe der Tatsache verfaßt werden, daß der Dienst im Fernabsatz elektronisch und auf individuellen Abrufe eines Empfängers erbracht*

4 Vgl. *Franck/Linardatos*, Germany's 'Lex Apple Pay': Payment Service Regulation Overtakes Competition Enforcement, Discussion Paper Series – CRC TR 224, Discussion Paper No. 173, May 2020, S. 16, abrufbar unter: <https://www.crctr224.de/en/research-output/discussion-papers/archive/2020/germany-vs-lex-apple-pay-payment-service-regulation-overtakes-competition-enforcement-jens-uwe-franck-dimitrios-linardatos>.

5 *Franck/Linardatos*, Germany's 'Lex Apple Pay': Payment Service Regulation Overtakes Competition Enforcement, Discussion Paper Series – CRC TR 224, Discussion Paper No. 173, May 2020, S. 15, abrufbar unter: <https://www.crctr224.de/en/research-output/discussion-papers/archive/2020/germany-vs-lex-apple-pay-payment-service-regulation-overtakes-competition-enforcement-jens-uwe-franck-dimitrios-linardatos>

wird“.⁶ Die Vorschrift des § 58a ZAG zielt jedoch, ebenso wenig wie die geplante Änderung, auf eine bestimmte Art und Weise der Erbringung von Diensten der Zurverfügungstellung von technischer Infrastruktur durch Systemunternehmen. Vielmehr geht es der Vorschrift darum, effektiven Wettbewerb im Bereich der Zahlungsdienste zu ermöglichen.⁷

Es spricht somit viel dafür, dass die geplante Änderung des § 58a ZAG nicht der Notifizierungspflicht gemäß der Richtlinie (EU) 2015/1535 unterliegt. Insoweit ist anzumerken, dass auch die geltende Regelung des § 58a ZAG bei ihrer Einführung nicht notifiziert wurde.⁸ Eine verbindliche Klärung könnte allerdings nur durch den EuGH erfolgen.

In dem von der Europäischen Kommission am 15.12.2020 vorgelegten **Vorschlag für eine Verordnung über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte)**⁹ werden harmonisierte Vorschriften für digitale Märkte, auf denen sog. Gatekeeper tätig sind, festgelegt (Art. 1 und 3). Als Verordnung wäre sie im Falle ihres Inkrafttretens in allen ihren Teilen verbindlich und würde unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelten (Art. 288 Abs. 2 AEUV). Entgegenstehende mitgliedstaatliche Bestimmungen wären unanwendbar. Dies könnte, je nach dem mit welchem Inhalt das vorgeschlagene Gesetz über digitale Märkte in Kraft tritt, auch die Vorschrift des (geänderten) § 58a ZAG betreffen.¹⁰ Hierfür wäre von grundlegender Bedeutung, dass den Mitgliedstaaten nach dem Vorschlag der Kommission im Anwendungsbereich der Verordnung kein Spielraum für weitergehende Maßnahmen verbliebe (Art. 1 Abs. 5). Eine Unanwendbarkeit der Regelung des (geänderten) § 58a ZAG könnte sich sowohl daraus ergeben, dass die

-
- 6 Europäische Kommission, Vademecum zur Richtlinie 98/48/EG, 1998, Dok. S-42/98, S. 16, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/de/the-20151535-and-you/being-informed/guidances/vademecum/>; ähnlich Europäische Kommission, Leitfaden zum Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, 2005, S. 21, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/de/the-20151535-and-you/being-informed/guidances/handbuch-9834-verfahren/>: „Die Bestimmung(en) einer nationalen Verwaltungsvorschrift müssen ausdrücklich so abgefasst o-der auf jeden Fall speziell dazu bestimmt sein, die Tatsache widerzuspiegeln, dass die Aktivität/der Dienst „elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers“ erbracht wird“.
- 7 Vgl. Bericht des Finanzausschusses vom 14.11.2019, [BT-Drucksache 19/15196](#), S. 52 ff.
- 8 Jedenfalls ist hierfür auf der Datenbank TRIS kein entsprechender Datensatz zu finden, <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/de/search/>.
- 9 Europäische Kommission, Vorschlag für eine VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), [COM/2020/842 final](#).
- 10 Hierfür ist es unbedeutend, dass diese Vorschrift der Europäischen Kommission möglicherweise als Vorlage für einzelne Bestimmungen des Vorschlags gedient haben mag, vgl. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT REPORT Accompanying the document Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), [SWD/2020/363 final](#), S. 110: „Furthermore, Section 58a of the German Payment Services Supervisory Act introduces a right for payment service providers and e-money issuers to directly access technical infrastructure providing payment services, such as the near-field communication (NFC) interfaces. This provision has been described in doctrine as the ‘Lex Apple Pay’ and aims at regulating a gatekeeper position in the field of payment services“.

durch sie begründeten Verpflichtungen über diejenigen der Verordnung hinausgehen, als auch, dass sie hinter diesen zurückbleiben.

Aufgrund einer kursorischen Durchsicht der Bestimmungen über die Verpflichtungen von Gatekeepern (Art. 5 ff.) sind folgende Aspekte hervorzuheben: Der Wortlaut dieser Bestimmungen ist detaillierter als in der geplanten Änderung des § 58a ZAG gefasst, worauf sich der Zugang zur technischen Infrastruktur bezieht (vgl. Art. 6 Abs. 1 Buchst. f, „Zugang zu [...] Betriebssystemen, Hardware- oder Software-Funktionen“) und auf welche Funktionalitäten und sonstigen Aspekte sich dies bezieht (etwa in Bezug auf Datenschutz, Datenübertragung, Nutzung von Stores für Software-Anwendungen usw.). Insoweit bleibt der (geänderte) § 58a ZAG möglicherweise hinter den Anforderungen der vorgeschlagenen Verordnung zurück.

In Bezug auf das von den Zahlungsdienstleistern für den Zugang zu entrichtende Entgelt geht der (geänderte) § 58a ZAG aber möglicherweise über die Vorgaben der vorgeschlagenen Verordnung hinaus. Zunächst ist festzustellen, dass Art. 6 Abs. 1 Buchst. f des Vorschlags zu der Frage einer möglichen Gegenleistungspflicht der Diensteanbieter für die Zugangsgewährung schweigt. Dass der Zugang von den Gatekeepern nach dieser Bestimmung nicht kostenlos zu gewähren ist, ließe sich aus einem Umkehrschluss mit Blick auf die Vorgaben gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. g und i des Vorschlags ableiten. Allerdings fehlt auch ein ausdrücklicher Hinweis auf eine Begrenzung des Entgelts, im Unterschied etwa zu der in Art. 6 Abs. 1 Buchst. d, j, und k des Vorschlags enthaltenen Vorgabe „*fairer und diskriminierungsfreier Bedingungen*“. Eine gewisse Begrenzung des Entgelts dürfte sich wohl aber aus Art. 7 Abs. 1 des Vorschlags ergeben, wonach die von den Gatekeepern ergriffenen Maßnahmen dazu führen müssen, dass die Zielsetzungen der entsprechenden Verpflichtungen „*wirksam erreicht werden*“, was jedenfalls bei völlig überhöhten Entgelten nicht der Fall wäre. Unklar ist, ob die Begründungserwägungen der vorgeschlagenen Verordnung diesbezüglich einen Hinweis geben, wenn darin von einem Zugang „*zu gleichen Bedingungen*“ die Rede ist (ErwG 14, 52). Unklar ist auch, welche Bedeutung in diesem Zusammenhang der Überschrift von Art. 6 des Vorschlags zukommt, die auf eine mögliche Konkretisierung der Verpflichtungen hindeutet („*Möglicherweise noch näher auszuführende Verpflichtungen von Gatekeepern*“). Die Überschrift könnte einerseits auf einen Spielraum der Mitgliedstaaten in Bezug auf einzelne Aspekte der Verordnung hindeuten, was allerdings bei einer Verordnung, die weitergehende Maßnahmen der Mitgliedstaaten ausdrücklich ausschließt (Art. 1 Abs. 5), nicht nahe liegt. Andererseits könnte darin ein Verweis auf die der Kommission in Art. 36 des Vorschlags eingeräumte Befugnis zum Erlass von Durchführungsrechtsakten zu sehen sein, wobei sich diese Befugnis nach ihrem Absatz 1 Buchst. b gerade nicht auf Art. 6 Abs. 1 Buchst. f des Vorschlags bezieht. Bei der Überschrift könnte es sich auch schlicht um ein Redaktionsversehen handeln.

In einer rechtlich unverbindlichen Mitteilung vom 24.9.2020 hat die Europäische Kommission eine **EU-Strategie für den Massenzahlungsverkehr**¹¹ vorgestellt, die sich auch speziell mit dem „Zugang zu erforderlichen technischen Infrastrukturen“ befasst. Diesbezüglich kündigt die Kommission an, „parallel zur laufenden und künftigen Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften [zu] prüfen, ob Rechtsvorschriften vorgeschlagen werden sollten, um ein Recht auf Zugang zu

11 MITTEILUNG DER KOMMISSION AN DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT, DEN RAT, DEN EUROPÄISCHEN WIRTSCHAFTS- UND SOZIALAUSSCHUSS UND DEN AUSSCHUSS DER REGIONEN, EU-Strategie für den Massenzahlungsverkehr, [COM\(2020\) 592 final](#).

technischen Infrastrukturen, die als notwendig für die Unterstützung der Bereitstellung von Zahlungsdiensten erachtet werden, unter fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen sicherzustellen“. Dies hat die Kommission mit ihrem Vorschlag für ein Gesetz über digitale Märkte getan. Im Übrigen lässt sich aus den allgemein gehaltenen Ankündigungen der Mitteilung nicht erkennen, ob sich im Rahmen möglicher weiterer Maßnahmen u.U. auch Abweichungen zum Regelungsinhalt der geplanten Änderungen des § 58a ZAG ergeben könnten.

- Fachbereich Europa -