

Fantasien über Vermögensteuer – hier und woanders

Berechnung des
Ausgleichsanspruchs HVertr

Aufhebung des Zuschlags
Rückabwicklung

Perennis?
Perpetuatio fori

Meinungs-Trubel
Einheitsgesellschaft

Zwischengeschalteter 1-Mann
Persönliche/höchstpersönliche Einkünfte

Bilanzpolizei
FMA/„Prüfstelle“ RL-G

Aus für Geschenk-Gutscheine?!

Der Vorschlag der EU-Kommission für die zweite EU-ZahlungsdiensteRL – PSD II¹) hätte, sofern die RL im derzeitigen Entwurf verabschiedet werden sollte, enorme Auswirkungen auf Herausgeber von Gutscheinen. Der Beitrag gibt einen Überblick über die derzeitige Gesetzeslage und die Konsequenzen der beabsichtigten Änderungen, die ein Aus für einen boomenden Wirtschaftszweig und die daran hängenden Effekten bedeuten könnten; eine auch aus der Sicht des Lauterkeitsrechts (Stichwort: unlauterer Normverstoß) beachtenswerte Entwicklung.

JULIANE MESSNER

A. (Geschenk-)Gutscheine nach aktueller Gesetzeslage

Gutscheine erfreuen sich auch in Österreich immer größerer Beliebtheit. Einerseits sind Gutscheine als Geschenk für den Geber und den Nehmer bequem, andererseits sind sie auch als Marketing- und Vertriebsinstrument sehr wirkungsvoll. Waren Gutscheine bisher fast ausschließlich als gedruckte Papiergutscheine erhältlich, hat sich dies in den letzten Jahren stark verändert und Online-Gutscheine und Gutscheine im Kreditkartenformat sind populärer denn je. Aus rechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob Gutscheine als E-Geld, Zahlungsdienste oder als Bankgeschäfte zu qualifizieren sind und somit unter eine Konzessionspflicht der Finanzmarktaufsicht (FMA) fallen.

§ 1 Abs 1 Z 6 Bankwesengesetz (BWG) normiert, dass die Ausgabe und Verwaltung von Zahlungsmitteln wie Kreditkarten, Bankschecks und Reiseschecks ein Bankgeschäft ist. Die Verwendung des Begriffs „Zahlungsmittel“ sowie die demonstrative Aufzählung entsprechen fast wörtlich der in Z 5 des Anh I zur RL 2006/48/EG²) gewählten Formulierung. Eine taxative Aufzählung „sonstiger Zahlungsmittel“ ist mangels gesetzlicher Definition nicht möglich.³) Nach hA ist in diesem Zusammenhang die Ausgabe von Instrumenten zur Begleichung geldwerter Forderungen (Geldsurrogate), wie eben etwa Gutscheinen oder Gutscheinmünzen, die im Austausch gegen gesetzliche Zahlungsmittel begeben werden, differenziert zu sehen.⁴) Unter Zahlungsmittel sind all jene Geldsurrogate zu subsumieren, die von einem größeren – wenn auch nicht notwendigerweise unbestimmten – Personenkreis wirtschaftlich an Zahlungs statt angenommen werden.⁵) Als Wirtschaftsbegriff setzt der Begriff des „Zahlungsmittels“ ein Mindestmaß an allgemeiner Akzeptanz voraus.⁶) Die Schwelle wird bei Gutscheinen, die ausschließlich beim Emittenten selbst eingelöst werden können, jedenfalls nicht erreicht, da der Gutschein nur in einem geschlossenen Zahlungskreis, in dem der Zahlungsmittellemittent und der Leistungserbringer (Akzeptant) ident sind, gültig ist.⁷) Für die Einordnung anderer Gutscheine muss man wohl das „Gesamtbild“ der Regelungen im Zahlungsbereich heranziehen:

Gutscheine können auch in den Anwendungsbereich des Zahlungsdienstegesetzes (ZaDiG) oder des E-Geldgesetzes 2010 (E-GeldG) fallen. E-Geld bezeichnet nach § 1 Abs 1 E-GeldG jeden elektronisch – darunter auch magnetisch – gespeicherten monetären Wert in Form einer Forderung gegenüber dem E-Geld-Emittenten, der gegen Zahlung eines Geldbetrags ausgestellt wird, um damit Zahlungsvorgänge durchzuführen, und der auch von anderen natürlichen oder juristischen Personen als dem E-Geld-Emittenten angenommen wird. Unerheblich ist dabei, wo der Wert elektronisch gespeichert ist. Nach den Materialien⁸) sind insb auch kontentbasierte Serversysteme umfasst.⁹) Einzig maßgeblich ist, dass der Wert allein elektronisch gespeichert ist. Papiergutscheine sind nach § 2 Abs 3 Z 7 ZaDiG von der Anwendbarkeit des ZaDiG ausgenommen. Aus dem *Telos* ergibt sich, dass der Begriff des Papiergutscheins nicht zu eng zu verstehen ist, sondern darauf abstellt, dass der Wert auf einem für jedermann lesbaren Träger, nämlich Papier, Pappe, Kunststoff odgl aufscheint und nicht elektronisch gespeichert ist. ME kann sich daran auch nichts ändern, wenn es sich um elektronisch unterstützte Gutscheine handelt, also solche, die zwar den Wert angeben, aber beim Kauf elektronisch „aktiviert“ und nach dem Einlösen wieder „deaktiviert“ werden – mag dieser bloße Akti-

MMag. Juliane Messner ist Partnerin der auf IT/IP/Technologie spezialisierten Kanzlei GEISTWERT Rechtsanwälte Lawyers Avvocati.

- 1) Vorschlag der Europäischen Kommission v 24. 7. 2013 für eine RL des Europäischen Parlaments und Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der RL 2002/65/EG, 2013/36/EU und 2009/110/EG sowie zur Aufhebung der RL 2007/64/EG, COM (2013) 547 final.
- 2) RL 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 14. 6. 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (BankenRL, CRD I); Anm: aufgehoben durch RL 2013/36/EU (CRD IV), Wortlaut der Z 5 Anh I ist unverändert.
- 3) *Diwok* in *Diwok/Göth*, Bankwesengesetz (2005) § 1 Rz 49.
- 4) *Karas/Traxler/Waldherr* in *Dellinger* (Hrsg), Bankwesengesetz I (7. Lfg 2012) § 1 Rz 56.
- 5) *Diwok* in *Diwok/Göth*, Bankwesengesetz (2005) § 1 Rz 49.
- 6) *Oppitz* in *Chini/Oppitz*, Bankwesengesetz (2011) § 1 Rz 23.
- 7) *Karas/Traxler/Waldherr* in *Dellinger* (Hrsg), Bankwesengesetz I (7. Lfg 2012) § 1 Rz 56.
- 8) ErläutRV 982 BlgNR 24. GP 6, welche wiederum auf ErwGr 8 RL 2009/110/EG verweisen.
- 9) *Lintner* in *Vonkilch* (Hrsg), E-Geldgesetz 2010 (2015) § 1 Rz 10.

vierungsvorgang auch serverbasiert sein. Sollte sich der Wert aber allein serverseitig, also kontenbasiert, ergeben, liegt definitionsgemäß E-Geld vor; das führt aber nicht zwingend zur Konzessionspflicht:

Sowohl das ZaDiG¹⁰⁾ als auch das E-GeldG¹¹⁾ sehen vor, dass Dienste, die auf Instrumenten beruhen, die für den Erwerb von Waren oder Dienstleistungen nur in den Geschäftsräumen des Ausstellers oder im Rahmen einer Geschäftsvereinbarung mit dem Aussteller entweder für den Erwerb innerhalb eines begrenzten Netzes von Dienstleistern oder für den Erwerb einer begrenzten Auswahl von Waren oder Dienstleistungen verwendet werden können, von der Anwendbarkeit ausgenommen sind. Die europäischen Materialien, aus denen die Bestimmungen hervorgehen, sehen eine Wechselbeziehung zwischen „begrenztem Netz von Dienstleistern“ und „begrenzter Auswahl von Waren und Dienstleistungen“ vor, wobei

- die räumliche Reichweite des Instruments,
- die sachliche Reichweite des Instruments sowie
- die Erweiterbarkeit des Netzes („open loop“) zu beachten sind.¹²⁾

Als innerhalb eines begrenzten Netzes einsetzbar gilt ein Instrument dann, wenn es nur für den Erwerb von Waren und Dienstleistungen in einem bestimmten Geschäft oder einer Ladenkette oder unabhängig vom geografischen Standort der Verkaufsstelle nur für eine begrenzte Auswahl von Waren oder Dienstleistungen verwendet werden kann. Beispiele für solche Instrumente können Kundenkarten, Tankkarten, Mitgliedskarten, Fahrkarten, Essensgutscheine oder Gutscheine für Dienstleistungen (wie Kinderbetreuungsgutscheine oder Gutscheine für Sozialleistungs- oder Dienstleistungssysteme zur Förderung der Beschäftigung von Personal zur Erledigung von Haushaltstätigkeiten, wie Reinigungs-, Bügel- oder Gartenarbeiten) sein. Erst wenn sich ein solches Instrument mit bestimmtem Verwendungszweck zu einem Instrument zur allgemeinen Verwendung entwickelt, kann nicht mehr von einem sachlich oder geografisch eng begrenzten Netz ausgegangen werden.¹³⁾

Das Fehlen von klaren Definitionen hinsichtlich dieses Ausnahmetatbestands hat dazu geführt, dass dieser von den nationalen Aufsichtsbehörden unterschiedlich ausgelegt wurde.¹⁴⁾ Dies hatte zur Folge, dass bestimmte Gutscheinkarten in einigen EU-Staaten erlaubnispflichtig sind und in anderen Mitgliedstaaten ohne Erlaubnis ausgegeben werden dürfen. Jedenfalls hat sich ein „Gutschein-Markt“ entwickelt, der für alle Beteiligten durchwegs positive Effekte hat: Meist werden Gutscheine gem den Vorlieben des Geschenknehmers gekauft und dann vom Beschenkten – meist zusätzlich mit anderen Leistungen – beim Gutschein-Annehmer „eingelöst“, sodass durchwegs eine Win-win-Situation entsteht.

B. Die geplante Reform: Der PSD II-Entwurf

Die EU-Kommission hat den Vorschlag für eine zweite EU-ZahlungsdiensteRL – PSD II¹⁵⁾ veröffentlicht. Die obige Ausnahme soll jetzt nicht mehr für

Instrumente (gemeint wohl sämtliche), sondern vielmehr nur mehr für „spezifische“ Instrumente, die darüber hinaus auch noch „zur Erfüllung bestimmter Bedürfnisse geschaffen“ und nur „begrenzt einsetzbar“ sein dürfen, gelten.¹⁶⁾

Damit wird die Ausnahme aber nicht klarer, sondern mit weiteren unbestimmten Begriffen unterlegt, die von den MS wohl wieder unterschiedlich ausgelegt würden. Dennoch wird, insb aufgrund des erklärten Willens der EU-Kommission, die Ausnahmebestimmung des begrenzten Netzes beschränken zu wollen, eine Konzessionspflicht indiziert. Im ErwGr 12 des PSD II-Entwurfs wird angeführt, dass sich aus den Rückmeldungen vom Markt ergeben hätte, dass die unter die Ausnahme der begrenzten Netze fallenden Zahlungen häufig massive Volumen und Werte umfassen und den Verbrauchern Hunderte oder Tausende verschiedener Produkte und Dienstleistungen anbieten und dass dies nicht dem Zweck der Ausnahme der begrenzten Netze iS der RL 2007/64/EG¹⁷⁾ entspricht, weshalb eine präzisere Beschreibung erforderlich sei. Die präzise Beschreibung von „begrenzte Netze“ bleibt der Vorschlag jedoch schuldig. Sollte es tatsächlich zu einer Erweiterung der Konzessionspflicht kommen, wäre das wohl faktisch das Aus für die meisten Gutschein-Systeme, weil sie sich wirtschaftlich wohl kaum mehr tragen würden.

Der Vorschlag der Kommission über Zahlungsdienste sieht darüber hinaus vor, dass vor Aufnahme einer Tätigkeit, die in den Ausnahmehereich der begrenzten Netze fällt, bei der zuständigen nationalen Behörde ein Antrag auf Anerkennung als begrenztes Netz gestellt werden muss, sobald die insgesamt aus-

10) § 2 Abs 3 Z 11 ZaDiG lautet: „Dieses Bundesgesetz ist auf folgende Tätigkeiten nicht anzuwenden: (...) Dienste, die auf Instrumenten beruhen, die für den Erwerb von Waren oder Dienstleistungen nur in den Geschäftsräumen des Ausstellers oder im Rahmen einer Geschäftsvereinbarung mit dem Aussteller entweder für den Erwerb innerhalb eines begrenzten Netzes von Dienstleistern oder für den Erwerb einer begrenzten Auswahl von Waren oder Dienstleistungen verwendet werden können.“

11) § 2 Abs 3 Z 1 E-GeldG lautet: „Kein E-Geld im Sinne dieses Bundesgesetz[es] ist ein monetärer Wert, der auf Instrumenten gespeichert ist, die für den Erwerb von Waren oder Dienstleistungen nur in den Geschäftsräumen des Ausstellers oder im Rahmen einer Geschäftsvereinbarung mit dem Aussteller entweder nur für den Erwerb innerhalb eines begrenzten Netzes von Dienstleistern oder nur für den Erwerb einer begrenzten Auswahl von Waren oder Dienstleistungen verwendet werden können (§ 2 Abs. 3 Z 11 ZaDiG).“

12) Vgl hierzu ErwGr 5 RL 2009/110/EG.

13) Vgl hierzu ErwGr 5 RL 2009/110/EG und ErläutRV 207 BlgNR 24. GP 13.

14) Vgl hierzu Begründung 1.5.3 des Vorschlags der Europäischen Kommission (FN 1).

15) Siehe FN 1.

16) Vgl Vorschlag der Europäischen Kommission (FN 1) Art 3 lit k: „Dienste auf der Grundlage spezifischer Instrumente, die zur Erfüllung bestimmter Bedürfnisse geschaffen und nur begrenzt einsetzbar sind, weil sie vom Inhaber des spezifischen Instruments nur für den Erwerb von Waren oder Dienstleistungen in den Geschäftsräumen des Emittenten oder innerhalb eines begrenzten Netzes von Dienstleistern im Rahmen einer Geschäftsvereinbarung mit dem Emittenten oder nur für den Erwerb einer begrenzten Auswahl von Waren oder Dienstleistungen verwendet werden können.“

17) RL 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 13. 11. 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt.

geführten Zahlungsvorgänge über 1 Mio EUR pro Monat liegen.¹⁸⁾ Auch wenn diese Regelung zunächst nur für Zahlungsdienste und nicht für E-Geld-Produkte gelten würde, ist zu vermuten, dass eine entsprechende Antragspflicht auch für befreite E-Geld-Produkte in begrenzten Netzen eingeführt wird. Diese Beantragung könnte ein (weiteres) bürokratisches Hindernis sein; dazu kommt, dass aufgrund der unklaren (Neu-)Definition von „begrenzten Netzen“ den nationalen Aufsichtsbehörden ein Interpretationsspielraum eingeräumt wird, was der Harmonisierung des Marktes jedenfalls nicht zuträglich ist.

C. Zusammenfassung

Es ist davon auszugehen, dass Gutschein-Systeme nach derzeitiger Rechtslage entweder unter die Ausnahme für Papiergutscheine und/oder die Ausnahme „begrenzter Netze“ fallen und daher nicht konzessionspflichtig sind. Letztere Ausnahme ist aber unklar. Entgegen der von der EU-Kommission deklarierten Absicht, die Begriffe des Ausnahmereichs in der zweiten EU-ZahlungsdiensteRL präziser festzulegen, würde die unklare Neudefinition wohl nicht nur größere, bislang befreite Systeme regulieren, sondern würde vielmehr dazu führen, dass bislang befreite

Zahlungsdienste (wie im Besonderen E-Geld-Produkte) – unabhängig von der Marktbedeutung – einer Konzession der nationalen Aufsichtsbehörden unterliegen.

18) Vgl. Vorschlag der Europäischen Kommission (FN 1) Art 30 Abs 2: „Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass Dienstleister vor Aufnahme einer in Artikel 3 Buchstabe k genannten Tätigkeit, bei der das gemäß Artikel 27 Absatz 1 Buchstabe a berechnete Volumen der Zahlungsvorgänge die dort genannte Schwelle übersteigt, den zuständigen Behörden ihre Absicht mitteilen und einen Antrag auf Anerkennung als begrenztes Netz stellen.“

SCHLUSSSTRICH

Viele der Gutscheinkarten, Kundenkarten, City-Karten, aber auch Bonussysteme, die mehrere Händler inkludieren, könnten zukünftig – sofern die zweite EU-ZahlungsdiensteRL im derzeitigen Entwurf verabschiedet werden sollte – nicht mehr ohne Erlaubnis betrieben werden; die Herausgeber dieser Zahlungsinstrumente müssten eine Zulassung als Kredit-, Zahlungs- oder E-Geld-Institut haben oder aber die Herausgabe dieser Zahlungsinstrumente diesen Instituten überlassen.