

Bundesministerium für Finanzen
Johannesgasse 5
1010 Wien

per E-Mail: e-Recht@bmf.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

ZI. 13/1 17/127

BMF-040400/0004-III/5/2017

BG, mit dem das BG über die Erbringung von Zahlungsdiensten 2018 erlassen wird, mit dem das Alternativfinanzierungsgesetz, das Bankwesengesetz, das E-Geldgesetz 2010, das Fern-Finanzdienstleistungs-Gesetz, das Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz, das Gerichtsgebührengesetz, die Gewerbeordnung, das Investmentfondsgesetz 2011, das Kapitalabfluss-Meldegesetz, das Nationalbankgesetz 1984, das Sanktionengesetz 2010, das Verbraucherzahlungskontogesetz, das Versicherungsaufsichtsgesetz 2016 und das Versicherungsvertragsgesetz geändert werden sowie das Zahlungsdienstegesetz aufgehoben wird (Zahlungsdienstegesetz 2018 (PSD II Umsetzung))

Referent: Dr. Clemens Hasenauer, LL.M., MBA, Rechtsanwalt in Wien

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag begrüßt den vorliegenden Entwurf des ZaDiG 2018 und hofft, dass dieser noch in der von der Richtlinie (EU) 2015/2366 vom 25. November 2015 (im Folgenden "PSD II") vorgesehenen Frist und sohin bis zum 13. Jänner 2018 umgesetzt werden kann.

Sowohl die PSD II-Richtlinie als auch die Erläuterungen zum ZaDiG betonen die herausragende Bedeutung einer Harmonisierung des europäischen Binnenmarktes in Bezug auf Zahlungsdienstleistungen (insbesondere auch in Hinblick auf die Ausnahme von „begrenzten Netzen“), um Marktverzerrungen und ungleiche Wettbewerbsbedingungen hintanzuhalten.

Möchte man dieses Ziel tatsächlich erreichen, können allerdings die vage gehaltenen Formulierungen der PSD II-Richtlinie (also etwa Artikel 3 PSD II, bzw die de facto wortgleichen Bestimmungen etwa des § 3 ZaDiG 2018) alleine nicht genügen. Da der Gesetzestext – schon auf Grund seiner gebotenen Kürze – viele Fragen offen lässt, kommt den Erläuterungen insofern eine besondere Stellung zu.

Insbesondere jene Abgrenzungs- und Detailfragen, die für eine Harmonisierung des europäischen Marktes unabdingbar sind, werden durch die gegenwärtige Fassung der Erläuterungen zum ZaDiG 2018 jedoch nur teilweise in der für die Praxis nötigen Tiefe beantwortet. Dies fällt vor allem im europäischen Vergleich auf. Wir erlauben uns daher im Folgenden, auf einige Problem- und Fragestellungen hinzuweisen und regen an, diese klarzustellen.

Ganz prinzipiell sollte vorab – im Sinne der schon jetzt herrschenden Lehre¹ – klargestellt werden, dass jene Dienstleistungen, die Steuerberater, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Notare, Inkassobüros und andere als übliche Nebenleistungen zu ihrer Tätigkeit für ihre Mandanten/Kunden erbringen, jedenfalls nicht als Tätigkeiten iSd ZaDiG 2018 gelten und somit nicht in dessen Anwendungsbereich fallen.

Im Einzelnen erlaubt sich der ÖRAK, folgende Anmerkungen zu machen:

ZaDiG 2018:

- § 1 Abs 2 Z 6 ZaDiG 2018 (Finanztransfergeschäft):
Klargestellt werden sollte, dass das Inkasso neben der Feststellung und Berechnung der laufenden Abwicklungsarbeit in der Regel als Nebentätigkeit zu einer an sich weiter angelegten Dienstleistung (dem Forderungsmanagement) zu verstehen und daher typischerweise nicht als Finanztransfergeschäft zu qualifizieren ist (dies etwa wenn der Steuerberater die Zahlungsabwicklung seiner Mandanten im Rahmen der Lohnabrechnung übernimmt).² Wie auch bisher in der Literatur vertreten, sollte ferner klargestellt werden, dass Nachnahmezahlungen, wie etwa im Rahmen eines Versandkaufs bzw. eines Kaufs auf Nachnahme nicht dem Tatbestand des Finanztransfergeschäfts unterstehen.³
- § 1 Abs 2 Z 7 ZaDiG 2018 (Zahlungsauslösedienste):
In der deutschen Literatur⁴ wird insbesondere problematisiert, dass die Begriffe „Antrag“ und das „Auslösen“ einer Zahlung iSd § 1 Abs 2 Z 7 ZaDiG unklar seien. Aus dieser Unschärfe resultierende Abgrenzungsprobleme werden insbesondere im Verhältnis zu „technischen Dienstleistern“ (vgl § 3 Abs 3 Z 10 ZaDiG 2018), die keiner Konzessionierung unterliegen, ausgemacht.

¹ Siehe nur *Haslhofer-Jungwirth/Kaufmann/Ressnik/Zimmermann* in *Weilinger*, ZaDiG, § 1 Rz 20 mwN.

² Siehe nur *Haslhofer-Jungwirth/Kaufmann/Ressnik/Zimmermann* in *Weilinger*, ZaDiG, § 1 Rz 66 und Rz 20.

³ Siehe nur *Haslhofer-Jungwirth/Kaufmann/Ressnik/Zimmermann* in *Weilinger*, ZaDiG, § 1 Rz 66.

⁴ Siehe etwa: *Jünemann*, Neuheiten im elektronischen Zahlungsverkehr, DB 2017, 1952; *Conreder*, Neue Zahlungsdienste nach dem Entwurf des neuen Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes und deren Ausnahmen – Wen geht es an?, BKR 2017, 226; *Terlau*, Die zweite Zahlungsdienstleistungsrichtlinie – zwischen technischer Innovation und Ausdehnung des Aufsichtsrechts, ZBB 2016, 122; *Kunz*, Die neue Zahlungsdiensterichtlinie (PSD II): Regulatorische Erfassung "Dritter Zahlungsdienstleister" und anderer Leistungsanbieter, CB 2016, 416 (Teil 1) und CB 2016, 457 (Teil 2).

Auf Grund der praktischen Bedeutung dieser Frage, wird angeregt, eine Präzisierung dieser Begriffe und der Abgrenzung von Zahlungsauslösediensten und technischen Dienstleistern vorzunehmen.

- § 1 Abs 2 Z 8 ZaDiG 2018 (Kontoinformationsdienste):
Des Weiteren thematisiert die deutsche Literatur⁵, dass die Begriffe der „Mitteilung“ und „konsolidierten Informationen“ nicht hinreichend bestimmt seien, sich die Frage stelle, worin der „Mehrwert“ einer solchen Konsolidierung liegen müsse und weiters, ob auch Kontoinformationen, die bloß als Nebenleistung (etwa durch einen Steuerberater) erteilt werden, auch unter das Regime der PSD II fielen.
Es wird daher angeregt, die Aufgaben eines Kontoinformationsdienstes noch klarer zu umschreiben, abzugrenzen und zu erläutern. Insbesondere sollte klargestellt werden, dass Nebendienstleistungen von berufsmäßigen Parteienvertretern (wie zB StB, RA, WP und Notare) jedenfalls nicht als Kontoinformationsdienste iSd ZaDiG 2018 gelten.
- Zum ersten Unterfall eines begrenzten Netzes nach § 3 Abs 3 Z 11 lit a ZaDiG 2018 bzw Artikel 3 k) i) PSD II:
 - Zum erlaubten Produktsortiment:
Es stellt sich die Frage, ob für den ersten Unterfall eines begrenzten Netzes nach § 3 Abs 3 Z 11 lit a ZaDiG 2018 eine Einschränkung des erwerbbaaren Produkt- und Dienstleistungssortiments geboten ist. Dies ist nach Ansicht des ÖRAK klar zu verneinen:
Nicht nur nach seinem eindeutigen Wortlaut, sondern auch bei systematischer Betrachtung des ersten Unterfalls des lit a im Zusammenspiel mit jenem des lit b ist offenkundig, dass es bei ersterem auf eine Limitierung der mit dem Instrument erwerbbaaren Produkte nicht ankommen soll.
Dies gilt ebenso für Artikel 3 k) i) PSD II (sowie § 2 Abs 1 Z 10 lit a dtZAG 2018 und § 2 lit k (i) und (ii) des „Schedule 1“ der englischen „Payment Services Regulations 2017“). Denn anders als etwa im zweiten Unterfall des begrenzten Netzes (nach (Artikel 3 k) ii) PSD II – siehe dazu später) finden sich nirgends Einschränkungen hinsichtlich des Umfangs der im Rahmen eines solchen begrenzten Netzes zulässigen Produktpalette. Maßgebliches Eingrenzungskriterium – das der umfänglichen Ausuferung des Instruments und seiner „allgemeinen Verwendung“ entgegenwirkt – ist hier alleine die Beschränkung auf die Geschäftsräume des Emittenten oder auf das Netzwerk der durch eine Geschäftsvereinbarung mit dem Emittenten verbundenen Dienstleister.
Es sollte daher klargestellt werden, dass ein eingeschränktes Produktsortiment nach der Ausnahme gemäß § 3 Abs 3 Z 11 lit a ZaDiG 2018 nicht gefordert ist, da der Begrenzung des Netzes in diesem Fall durch die Beschränkung auf die „Geschäftsräume des Emittenten oder innerhalb eines begrenzten Netzes von Dienstleistern im Rahmen einer Geschäftsvereinbarung“ Genüge getan ist.

⁵ Siehe etwa: Jünemann, Neuheiten im elektronischen Zahlungsverkehr, DB 2017, 1952; Conreder, Neue Zahlungsdienste nach dem Entwurf des neuen Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes und deren Ausnahmen – Wen geht es an?, BKR 2017, 226; Kunz, Die neue Zahlungsdiensterichtlinie (PSD II): Regulatorische Erfassung "Dritter Zahlungsdienstleister" und anderer Leistungsanbieter, CB 2016, 416 (Teil 1) und CB 2016, 457 (Teil 2).

– Zur räumlichen Ausdehnung eines begrenzten Netzes:

Auch räumliche Einschränkungen, wo sich die „Geschäftsräume des Emittenten“ befinden müssen oder wie weit sich das Netz der durch eine Geschäftsvereinbarung mit dem Emittenten verbundenen Dienstleister reichen darf, finden sich in Artikel 3 k) i) PSD II oder in § 3 Abs 3 Z 11 lit a ZaDiG 2018 nicht.

Ebenso sind im novellierten deutschen ZAG (§ 2 Abs 1 Z 10 lit a) und in der englischen „Payment Services Regulations 2017“ für den ersten Fall eines beschränkten Netzes keine geographische Einschränkung vorgesehen. So unterscheidet die britische FCA⁶ (*Financial Conduct Authority*) etwa im Bereich der Tankkarten zwei Arten von „fuel cards“ und sieht für jene, die unter den ersten Unterfall eines begrenzten Netzes (iSd § 3 Abs 3 Z 11 lit a ZaDiG 2018) fallen, es als zulässig an, wenn sie pan-europäisch für eine spezifische Kette gelten („fuel cards (including pan-European cards) - where these are issued for use at a specified chain of fuel stations and forecourts at these stations“). Dasselbe gilt gemäß FCA für „store cards“, die in den Geschäften einer Franchisekette verwendet werden können („store cards - where the card can be used at a specified chain of stores sharing a common brand under a franchise agreement between the store owners and the issuer“) und „membership cards“ („membership cards - where a card can only be used to pay for goods or services offered by a specific club or organisation“). Somit gilt auch für diesen ersten Unterfall der beschränkten Netze (§ 3 Abs 3 Z 11 lit a ZaDiG 2018) nach Ansicht der britischen FCA (abgesehen vom Nichtbestehen einer Einschränkung bei der Produkt- oder Dienstleistungspalette) keine räumliche Einschränkung, da selbst eine pan-europäische Ausdehnung solcher Netze explizit zugelassen ist.

Diese Ansicht lässt sich wiederum auf eine systematische Interpretation von Artikel 3 k) PSD II stützen, der lediglich in Unterpunkt iii) von der Limitierung auf einen Mitgliedstaat spricht. Es ist daher uE *e contrario* zu vermuten, dass eine solche Beschränkung für Punkt i) und ii) gerade nicht gelten solle. In den Erläuternden Bemerkungen zum ZaDiG 2018 erscheint es nun jedoch problematisch, dass bei der Beschreibung eines „professionellen Emittenten“ (wie in § 3 Abs 3 Z 11 lit a ZaDiG 2018 angeführt) nur „Stadtmarketingorganisationen und regionale Werbegemeinschaften“ genannt sind. Dadurch entsteht uU der Eindruck, dass nach der Ausnahme des § 3 Abs 3 Z 11 lit a ZaDiG 2018 – im Gegensatz zum eindeutigen Wortlaut der PSD II und des ZaDiG 2018 (und auch entgegen der klaren Ansicht der britischen FCA) – eine enge räumliche (uU sogar regionale) Limitierung gefordert ist.

Eine entsprechende Klarstellung (und/oder die Anführung entsprechender zusätzlicher Beispiele) zu § 3 ZaDiG 2018 dahingehend, dass eine solche geographische Limitierung gerade nicht erforderlich ist, erscheint dringend geboten.

– Zum Begriff des professionellen Emittenten:

Begrüßenswert ist aus Sicht des ÖRAK, dass die Erläuterungen zum ZaDiG 2018 die Tätigkeit des professionellen Emittenten näher be- und umschreiben. Vor allem der Umstand, dass die Erläuterungen zum ZaDiG anders als die Erläuterungen zum deutschen ZAG nicht von einem „Dritten“

⁶ <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/PERG/15/5.html?date=2018-01-13&timeline=True>

als professionellen Emittenten sprechen, ist überzeugend, da diese Diktion auch der PSD II völlig fremd ist.

Zu eng gegriffen scheint jedoch, dass die Erläuterungen – wie soeben erwähnt – bloß „Stadtmarketingorganisationen und regionale Werbegemeinschaften“ als Beispiele anführen: Dies lässt Fragen zur Rechtsbeziehung eines professionellen Emittenten zu den durch eine Geschäftsvereinbarung verbundenen Dienstleistern aufkommen. Insofern fallen Parallelen zu der in Deutschland thematisierten Frage⁷ auf, ob es sich bei einem professionellen Emittenten um einen rechtlich selbständigen Dritten handeln müsse, oder ob auch eine Abteilung des Unternehmens als solcher agieren könne.

Letzteres ist uE klar zu bejahen, solange auch in diesem Fall gewährleistet ist, dass – ganz im Sinne der Erläuterungen zu § 3 ZaDiG 2018 – die „unternehmerischen und technischen Voraussetzungen“, eine „ordnungsgemäße Abwicklung“ und eine „sorgfältige Verwaltung“ durch den professionellen Emittenten erfüllt sind.

Es sollte daher das Rechtsverhältnis des „professionellen Emittenten“ zu den durch eine Geschäftsvereinbarung verbundenen Dienstleistern sowie zu deren Kunden klargestellt werden. Dies könnte durch die Nennung weiterer – auch sonstiger privatwirtschaftlicher – Beispiele erfolgen, ebenso wäre eine Klarstellung, dass „auch Unternehmensteile die Aufgabe eines professionellen Emittenten innehaben können“ denkbar.

In jedem Fall sollte explizit angeführt werden, dass Franchise- oder sonstige Vertriebssysteme, die unter einer einheitlichen Marke auftreten oder eine einheitliche Zahlungsmarke verwenden, unabhängig von ihrer exakten rechtlichen Ausgestaltung, in den Anwendungsbereich des § 3 Abs 3 Z 11 lit a ZaDiG 2018 fallen.

- Zum zweiten Unterfall eines begrenzten Netzes nach § 3 Abs 3 Z 11 lit b ZaDiG 2018 bzw Artikel 3 k) ii) PSD II:

- Zum erlaubten Produktsortiment:

Anders als die Erläuterungen zum deutschen ZAG, schweigen die Erläuterungen zu § 3 Abs 3 Z 11 lit b ZaDiG zur Frage, wie sehr die erwerbbaaren Waren oder Dienstleistungen bei diesem Unterfall eines begrenzten Netzes eingeschränkt sein müssen, völlig. Der bloße Gesetzestext „sehr begrenzt“ ist wenig aussagekräftig und in der Praxis kaum greifbar.

Die deutschen Erläuterungen führen hierzu etwa aus: „*Maßgeblich ist hier nach Erwägungsgrund 13 der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie, dass der Wirkungsgrad des Instruments auf eine feste Zahl funktional verbundener Waren oder Dienstleistungen begrenzt ist; insoweit spielt die geographische Dimension keine Rolle, da in diesen Fällen der festgeschriebenen Waren- oder Dienstleistungspalette der Verwendungszweck unabhängig vom geographischen Ort der Verkaufsstelle ist. So etwa bei Kundenkarten für den Individualverkehr (Tankkarten), bei denen im Grundsatz gilt: Alles, was das Auto bewegt (Treibstoffe, Schmierstoffe) fällt unter die Ausnahme, nicht jedoch das, was den Menschen bewegt (Shopware).*“

⁷ Jünemann, Neuheiten im elektronischen Zahlungsverkehr, DB 2017, 1952 (1953); Conreder, Neue Zahlungsdienste nach dem Entwurf des neuen Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes und deren Ausnahmen – Wen geht es an?, BKR 2017, 226 (228).

Grundsätzlich sind diese detaillierten Ausführungen des deutschen Gesetzgebers zwar zu begrüßen, inhaltlich scheinen sie jedoch – wohl des einprägsamen Spruches wegen – zu eng formuliert: Denn „funktional verbundene Waren“ müssen sich sinnvollerweise auf die „Verwendung“ eines Kfz und sicherlich nicht bloß auf die „Bewegung“ eines solchen beziehen. In Bezug auf Kfz ist etwa davon auszugehen, dass jedenfalls auch sonstige Kfz-bezogene Produkte wie Scheibenwaschmittel, Eiskratzer, Warndreiecke, Warnwesten, Vignetten, Straßenkarten bzw. Dienstleistungen wie die Kfz-Waschanlage uÄ erworben werden können. Selbst wenn diese Produkte das Kfz nicht selbst „bewegen“, so dienen sie doch der Fortbewegung eines Kfz und können auch nur im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Kfz eingesetzt werden. Eine so verstandene, enge sachliche Zweckbindung beugt eo ipso einer „Ausuferung“ der erwerbzbaren Produkte vor und entspricht daher voll dem Zweck der PSD II.

Auch für Österreich wären ausführlichere Erläuterungen und veranschaulichende Beispiele zur Fragestellung, wie sehr das Sortiment tatsächlich eingeschränkt werden muss und Beispiele für funktional verbundene Waren und Dienstleistungen wünschenswert.

– Räumlicher Anwendungsbereich:

Hier geht aus den Erwägungen zu PSD II in Punkt 13 (vgl. auch die Erläuterungen zum deutschen ZAG) klar hervor, dass eine räumliche Beschränkung jedenfalls nicht erforderlich ist: „*unabhängig vom geographischen Ort der Verkaufsstelle*“. Auch nach der britischen FCA⁸ sind daher – als zweiter möglicher Typus – „fuel cards“ zulässig, die bei mehreren Ketten verwendbar sind, jedoch nur zum Erwerb einer limitierten und funktional begrenzten Produktauswahl berechtigen („*fuel cards - where these can only be used to purchase fuel and a closed number of goods or services that are functionally connected to fuel [...], including where the cards can be used at multiple retail chains*“). Als weitere Ausnahme nennt die FCA etwa „transport cards“ („*transport cards – where these are used only for purchasing travel tickets (for example, the Oyster card which provides access to different service providers within the London public transport system)*“). Die unlimitierte geographische Reichweite und die Gültigkeit in mehreren Ketten wird im zweiten Anwendungsfall eines begrenzten Netzes sichtlich durch die engere Produktpalette aufgewogen.

Eine entsprechende Klarstellung dahingehend, dass keine räumliche oder geographische Beschränkung bei der Ausnahme nach § 3 Abs 3 Z 11 lit b ZaDiG 2018 besteht, erscheint geboten.

• Zum Begriff „allgemeine Verwendung“ (Erläuterungen zu § 3 ZaDiG vorletzter Absatz):

Die Erläuterungen zu § 3 ZaDiG 2018 führen in ihrem vorletzten Absatz aus, dass die Ausnahme der begrenzten Netze nicht mehr greifen solle, wenn sich ein Instrument mit einem bestimmten Verwendungszweck „zu einem Instrument der allgemeinen Verwendung“ entwickeln sollte. Ob das Wort „allgemein“ örtlich (regional, national, international), inhaltlich (allgemeine Verwendung bei bestimmten sachlich verwandten Produkten), personal (Verwendung durch die „Allgemeinheit“ oder durch einen bestimmten Verkehrskreis) zu verstehen ist, bleibt unklar.

⁸ <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/PERG/15/5.html?date=2018-01-13&timeline=True>

Es wäre aus Sicht des ÖRAK von Vorteil, diesen unbestimmten Begriff durch Beispiele zu unterlegen oder näher zu beschreiben.

- Zur Meldepflicht nach § 3 Abs 4 ZaDiG 2018 bzw Art 37 Abs 2 PSD II:

- Zeitpunkt der Meldepflicht:

Es ist unklar, wann der maßgebliche Beurteilungszeitraum (zur Prüfung, ob der Gesamtwert der Zahlungsvorgänge der letzten zwölf Monate EUR 1 Million überschritten hat) zu laufen beginnt (Übergangsfrist). Ebenso, ob jedenfalls erst nach einem Zeitraum von einem Jahr oder bereits bei erstmaligem Überschreiten einer Zahlungssumme von einer Million Euro eine Meldepflicht entsteht.

Vorab auszuschließen ist sowohl aus formal-rechtlichen (Rückwirkung) als auch verrechnungstechnischen Gründen, dass Zahlungen vor Inkrafttreten des ZaDiG 2018 relevant sein sollen: Denn erst durch das Inkrafttreten des ZaDiG 2018 werden jene Kriterien normiert, die überhaupt ein begrenztes Netz (neu) definieren und daher auch eine Bestimmung und Zuordnung jener Zahlungen, die innerhalb dieses begrenzten Netzes getätigt werden, ermöglicht. Auch die Buchhaltung von Unternehmen kann frühestens ab diesem Zeitpunkt beginnen, einzelne Zahlungen anhand der neuen Kriterien zu beurteilen und zu verbuchen, um so eine Überschreitung des Schwellenwertes nach § 3 Abs 4 ZaDiG zu ermitteln.

Dies entspricht auch der Ansicht der britischen FCA⁹: In ihrem „Handbook“ erläutert sie hierzu, dass eine Meldung bei Betrieb eines begrenzten Netzes und einer Umsatzüberschreitung von einer Million Euro bis spätestens 10. Februar 2019 (28 Tage nach dem 13. Jänner 2019), erfolgen müsse:

“The first notification: If the conditions for notification are met on 13 January 2019 (i.e. if the total value of payment transactions executed through relevant services exceeds €1 million in the preceding 12 month period starting on 13 January 2018), the service provider must submit the notification by 10 February 2019, which is 28 days after the 13 January 2019. If a service provider wishes to submit a services notification before the 10 February 2019 deadline then the service provider may do so at any time from 13 October 2017. From 13 January 2019, service providers must submit their first notification no later than 28 days from the date on which the conditions for notification in regulation 38(1) of the PSRs 2017 were met.”

Damit sind mehrere Dinge klargestellt: (1.) Der Beurteilungszeitraum beginnt nicht vor Inkrafttreten des Gesetzes zu laufen, (2.) der Beurteilungszeitraum beträgt jedenfalls ein Jahr (und wird durch unterjähriges Überschreiten der Schwelle nicht verkürzt) und (3.) es besteht für die Beurteilung der Auslösung der Meldepflicht und für die Durchführung der Meldung noch eine Frist von 28 Tagen nach Vorliegen der materiellen Voraussetzungen.

Auch für Österreich wäre aus Gründen der Rechtssicherheit eine entsprechende Ergänzung wünschenswert. Vor allem in Hinblick auf die Strafandrohung in § 100 Abs 1 Z 4 ZaDiG ist diese Klarstellung aus praktischer Sicht höchst relevant.

- Mitteilung der FMA:

⁹ <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/PERG/15/5.html?date=2018-01-13&timeline=True>

§ 3 Abs 4 ZaDiG 2018 sieht eine Mitteilung der FMA über ein positives Prüfungsergebnis an den Dienstleister vor, während Artikel 37 Abs 2 PSD II eine Mitteilung nur für den gegenteiligen Fall vorsieht, dass eine Tätigkeit nicht als begrenztes Netz anerkannt wird.

Im Sinne der Vollharmonisierung sollte daher dieses redaktionelle Versehen beseitigt werden.

- § 63 ZaDiG 2018:

Der Wortlaut des § 63 Abs 3 ZaDiG 2018 soll im Gegensatz zum Wortlaut des derzeit geltenden § 36 ZaDiG nicht mehr die Verpflichtung des Zahlungsdienstnutzers umfassen, das Zahlungsinstrument selbst zu schützen. Dies wird in den Erläuterungen damit begründet, dass der Text der PSD II-Richtlinie hierfür keine Grundlage biete.

Hierzu sei Folgendes angemerkt: Bereits Art. 56 PSD I-Richtlinie normierte – ebenso wie Art. 69 PSD II – bloß den Schutz der persönlichen Sicherheitsmerkmale, nicht jedoch jenen des Zahlungsinstrumentes selbst. Unter diesem Aspekt hat sich durch die PSD II sohin keine inhaltliche Änderung ergeben. Auch überlässt es die PSD II-Richtlinie (Erwägungen Nr 71 und Nr 72) ausdrücklich dem nationalen Gesetzgeber, den Begriff der Fahrlässigkeit und somit den anwendbaren Sorgfaltsmaßstab näher zu bestimmen: „Zur Feststellung einer möglichen Fahrlässigkeit oder einer groben Fahrlässigkeit des Zahlungsdienstnutzers sollten alle Umstände berücksichtigt werden. Ob und in welchem Maße fahrlässig gehandelt wurde, sollte nach nationalem Recht beurteilt werden. Während der Begriff der Fahrlässigkeit einen Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht beinhaltet, sollte unter grober Fahrlässigkeit mehr als lediglich Fahrlässigkeit verstanden werden [...].“

Grundlegendes Rechtsprinzip der österreichischen Rechtsordnung ist es nun, dass jeder Verkehrsteilnehmer eine gewisse Grundsorgfalt im Eigeninteresse walten lassen muss. Aus diesem Blickwinkel des nationalen Rechts kann es daher nicht zweifelhaft sein, dass sich die gebotene Sorgfalt eines Zahlungsdienstnutzers auch auf den Umgang mit dem Zahlungsinstrument (das immerhin eines von drei Authentifizierungselementen darstellt) erstrecken muss. Ein sachlicher Grund, von den bisher geltenden Sorgfaltanforderungen abzuweichen besteht – wie auch die Erläuterungen zu § 63 erkennen – nicht.

Aus Sicht des ÖRAK scheint es daher ratsam, den bisherigen Wortlaut des ZaDiG beizubehalten und weiterhin explizit auch „Zahlungsinstrumente“ anzuführen. Nur so können unzulässige Schlüsse, die sich auf Grund der Abänderung dieser Bestimmung und des Entfalls der Worte „und das Zahlungsinstrument“ jedenfalls aufdrängen werden, hintangehalten werden. Der unveränderten nationalen Rechtslage sollte auch durch einen unveränderten Wortlaut Rechnung getragen werden.

- § 88 Abs 1 iVm § 93 Abs 1 ZaDiG 2018:

Hier sollte als Zuständigkeit der FMA der Vollständigkeit halber auch die neu eingeführte Prüfung der FMA nach § 3 Abs 4 ZaDiG (Prüfung der Voraussetzungen eines begrenzten Netzes bei Überschreiten eines Zahlungsumsatzes von einer Million Euro pro Jahr) angeführt werden.

- § 90 ZaDiG 2018:
Es scheint, als wurde die neu eingeführte Meldepflicht nach § 3 Abs 4 ZaDiG 2018 und sohin die Ermächtigung der FMA zur Ermittlung und Verarbeitung von Daten zu diesem Zwecke in der Aufzählung des § 90 ZaDiG 2018 vergessen.
Dieses Redaktionsversehen sollte richtiggestellt werden.
- § 115 Abs 6 ZaDiG 2018:
§ 115 Abs 6 ZaDiG 2018 (Übergangsbestimmungen) sieht für Zahlungsauslösedienste und Kontoinformationsdienste, die ihre Tätigkeit erst nach dem 13. Jänner 2016 (konzessionsfrei) erbracht haben vor, dass diese bis zum 12. Jänner 2018 einen Antrag auf Konzessionserteilung oder Registrierung zu stellen hätten. Wenngleich aus den Erläuterungen zu § 115 ZaDiG 2018 hervorgeht, dass für Dienstleister nach § 115 Abs 6 ZaDiG 2018 die 18-monatige Frist des § 115 Abs 5 ZaDiG 2018 (im Sinne eines Umkehrschlusses) nicht gelten solle, so kann dies dennoch keine Antragstellung bis zum Tag vor dem Inkrafttreten des ZaDiG 2018 rechtfertigen. Umkehrschlüsse können zwar der Anwendbarkeit einer Frist (in concreto jener des Abs 5), nicht jedoch den Erfordernissen der Rechtssicherheit derogieren. Die Normierung einer Antragsfrist, die mit dem Tag vor Inkrafttreten jenes Gesetzes, durch das sie eingeführt wird, endet, ist mit dem Gebot der Rechtssicherheit nicht vereinbar und somit uU sogar verfassungsrechtlich bedenklich.
Insofern sei auf die deutsche Parallelbestimmung des § 68 Abs 5 ZAG 2018 verwiesen, die eine dreimonatige Übergangsfrist zur Stellung eines entsprechenden Antrags vorsieht. Die Erläuterungen führen hierzu aus, dass hier „aus Gründen der Rechtssicherheit eine übergangsweise erlaubte Tätigkeit bis zur Bestandskraft der Entscheidung über den Erlaubnisantrag des betreffenden Unternehmens [bestimmt werde], wenn dieses innerhalb von 3 Monaten nach Inkrafttreten des Gesetzes“ gestellt wird. „Damit soll unter Berücksichtigung der neuen Erlaubnispflicht in diesem Bereich zeitnah und transparent ein angemessener Übergang ermöglicht werden.“
Eine vergleichbare Übergangsfrist wäre aus Gründen der Rechtssicherheit auch in Österreich geboten.

E-GeldG:

- § 2 Abs 3 E-GeldG:
 - § 2 Abs 3 E-GeldG in der geltenden Fassung entspricht seinem Wortlaut nach jenem des derzeit in Geltung stehenden § 3 Abs 3 Z 11 ZaDiG. In der vorgeschlagenen Neufassung wird dieser Wortlaut allerdings nicht an den geänderten Wortlaut des § 3 Abs 3 Z 11 ZaDiG 2018 angepasst.
Es wird daher angeregt, den Text von § 2 Abs 3 E-GeldG an jenen des § 3 Abs 3 Z 11 ZaDiG 2018 anzupassen. Folglich sollten dann auch die betreffenden Erläuternden Bemerkungen zu § 3 Abs 3 Z 11 ZaDiG 2018 (einschließlich der hierin gemachten Anmerkungen) für die Ausnahme nach § 2 Abs 3 Z 1 E-GeldG (und damit zB für jene Gutscheine gelten, die als E-Geld zu qualifizieren sind) gelten.
 - *Auch in Österreich besteht ein dringender praktischer Bedarf, nicht personalisierte elektronische Gutscheinkarten, die innerhalb Österreichs räumlich und geographisch nicht eingeschränkt beim selben Emittenten oder vertraglich verbundenen Dienstleister eingesetzt werden, im ersten*

Unterfall der Ausnahmebestimmung des § 3 Abs 3 Z 11 ZaDiG 2018 iVm § 2 Abs 3 E-GeldG zu erfassen.

Sonstiges:

Darüber hinaus regt der ÖRAK an, sämtliche Verweise in den Erläuterungen zum ZaDiG 2018, im ZaDiG 2018 und sonstigen geänderten Gesetzen nochmals kritisch zu prüfen. Im Einzelnen ist uns aufgefallen:

- Erläuterungen zu § 2 ZaDiG (letzter Absatz):
Der Verweis auf „Abs. 3 Z 5“ muss sich richtigerweise auf „§ 3 Abs. 3 Z 5“ beziehen, da § 2 Abs 3 ZaDiG 2018 keine Ziffer 5 hat.
- Erläuterungen zu § 3 ZaDiG (letzter Absatz):
Der letzte Absatz der Erläuterungen zu § 3 ZaDiG lautet: „Unter Tickets gemäß Abs 3 Z 11....“. Richtigerweise müsste auf „Tickets gemäß Abs 3 Z 12“ verwiesen werden.
Es wird angeregt, dieses redaktionelle Versehen richtigzustellen.
- § 115 Abs 7 ZaDiG 2018:
Der Paragraph verweist an zwei Stellen auf „Abs. 7 oder Abs. 8“, und somit partiell auf sich selbst.
Hierbei handelt es sich wohl um ein Redaktionsversehen, das richtiggestellt werden sollte.

Der ÖRAK ersucht um weitest mögliche Berücksichtigung dieser Punkte und bedankt sich nochmals für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Wien, am 14. November 2017

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG


Dr. Rupert Wolff
Präsident

