



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden und durch die Hofräte Dr. Jensik, Dr. Musger, Dr. Schwarzenbacher und Dr. Rassi als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, Wien 6, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei Pay-Life Bank GmbH, Wien 3, Marxergasse 1B, vertreten durch Bichler Zrzavy Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert 36.000 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 1. Oktober 2014, GZ 5 R 91/14k-10, womit das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 24. April 2014, GZ 18 Cg 118/13m-6, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen, die hinsichtlich der Spruchpunkte des erstgerichtlichen Urteils I. a) 2. - 8. sowie II. und der jeweiligen Kostenentscheidungen bestätigt werden, werden im Spruchpunkt I. a) 1. dahin abgeändert, dass das Urteil insoweit wie folgt zu lauten hat:

„Das Begehren, die beklagte Partei sei schuldig,

a) im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt und/oder hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

1. Die Wertkarte wird anonym benutzt, sodass ein

Nachweis der Autorisierung einzelner Zahlungsvorgänge PayLife nicht möglich ist. Es gilt daher als vereinbart, dass § 34 Abs 2 (Nachweis der Autorisierung) sowie § 44 Abs 1 und 2 (Haftung für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge) des Zahlungsdienstgesetzes (kurz ZaDiG) nicht angewendet werden. PayLife haftet daher nicht für den Verlust, den Diebstahl, die missbräuchliche Verwendung oder sonstiger nicht von dem Karteninhaber autorisierter Nutzung der Wertkarte oder der Kartendaten.

IVm: Wertkarte (auch Geschenkkarte): Eine von PayLife herausgegebene Zahlungskarte, mit der Zahlungen nur bis zu der Höhe vorgenommen werden können, bis zu der sie vorher geladen wurde (§ 8). Zahlungen können mit Vorlage der Wertkarte und Leistung einer Unterschrift des Karteninhabers vorgenommen werden.

Und iVm: Der Karteninhaber ist berechtigt an Zahlungseinrichtungen, die mit dem MasterCard Logo gekennzeichnet sind, mit der Wertkarte und durch Unterschriftsleistung Lieferungen und Leistungen von Vertragsunternehmen im In- und Ausland bis zu der geladenen Höhe bargeldlos zu bezahlen. Der Karteninhaber weist durch seine Unterschriftsleistung PayLife unwiderruflich an, den Rechnungsbetrag bis zu der geladenen Höhe an das jeweilige Vertragsunternehmen zu zahlen. PayLife nimmt diese Anweisung bereits jetzt an.

Und iVm: Der Karteninhaber ist dabei insbesondere verpflichtet, die Wertkarte sorgfältig zu verwahren. Keine sorgfältige Verwahrung ist insbesondere:

- die Aufbewahrung in einer Weise, dass Dritte an ihr ohne erheblichen Aufwand unbefugt Gewahrsam erlangen können;

- die Verwendung von Wertkarte und Kartendaten

für andere Zwecke als die des Zahlungsverkehrs.

Bei der Verwendung von Kartendaten ist darauf zu achten, dass diese nicht von Dritten ausgespäht werden können; oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie sei ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen; wird abgewiesen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.961,64 EUR (darin enthalten 326,94 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der Kläger ist ein gemäß § 29 KSchG klagslegitimierter Verein.

Die Beklagte ist eine inländische Gesellschaft, die das Zahlungskartengeschäft betreibt und ihre Leistungen, und zwar insbesondere eine „Prepaid MasterCard Geschenkkarte“, das ist eine übertragbare, nicht wiederaufladbare Wertkarte, welche mit einem Guthaben von 10 bis zu 150 EUR geladen werden kann, im gesamten Bundesgebiet anbietet. Im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit tritt die Beklagte laufend mit Verbrauchern in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit ihnen Verträge. Sie verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in ihren Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) und/oder Vertragsformblättern unter anderem die hier strittigen Klauseln.

Der Kläger beehrte mit seiner Klage, der Beklagten die Verwendung oder Berufung auf diese oder sinngleiche Klauseln zu untersagen und ihm die Ermächtigung

zur Urteilsveröffentlichung in einer Samstag-Ausgabe der „Kronen-Zeitung“ zu erteilen. Die Klauseln verstießen gegen gesetzliche Verbote, insbesondere gegen das Zahlungsdienstegesetz (ZaDiG) und das E-Geldgesetz, und seien teilweise gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und auch nicht ausreichend transparent.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Die Klauseln stünden mit den gesetzlichen Vorgaben in Einklang. Für den Fall der Klagsabweisung stellte die Beklagte in diesem Umfang auch ein Veröffentlichungsbegehren. Für den Fall der (teilweisen) Klagsstattgebung beantragte die Beklagte, ihr eine Leistungsfrist von zumindest sechs Monaten zur Änderung ihrer AGB einzuräumen.

Das Erstgericht gab der Klage unter Setzung einer Leistungsfrist von vier Monaten für die Unterlassung der Verwendung der beanstandeten oder sinngleicher Klauseln zur Gänze statt und ermächtigte den Kläger zur begehrten Urteilsveröffentlichung. Es folgte in Bezug auf alle Klauseln dem Standpunkt des Klägers, bejahte die Wiederholungsgefahr, weil die Beklagte der Aufforderung des Klägers zur Abgabe einer Unterlassungsverpflichtung nicht nachgekommen sei, und erachtete das Veröffentlichungsbegehren in einer bundesweit erscheinenden Tageszeitung im Hinblick auf den sich auf das ganze Bundesgebiet erstreckenden Kundenkreis der Beklagten als berechtigt.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die

Revision der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die Klage abzuweisen; in eventu wurde ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragte in seiner Revisionsbeantwortung, die Revision zurückzuweisen, bzw ihr nicht Folge zu geben.

Die Revision ist zulässig und teilweise berechtigt.

Allgemeine Grundsätze:

Im Rahmen der Verbandsklage hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (RIS-Justiz RS0016590). Im Gegensatz zur jeweiligen Vertragsauslegung im Individualprozess kann auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen nicht Rücksicht genommen werden. Es kann also keine geltungserhaltende Reduktion stattfinden (RIS-Justiz RS0038205).

Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Durch diese Bestimmung wurde ein die objektive Äquivalenzstörung und die „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigendes bewegliches System geschaffen (RIS-Justiz RS0016914). Die Beurteilung, ob eine Klausel den Vertragspartner gröblich benachteiligt, orientiert sich am dispositiven Recht, das als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs für den Durchschnittsfall dient (RIS-Justiz RS0014676).

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene

Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Dieses sogenannte Transparenzgebot soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung Allgemeiner Geschäftsbedingungen sicherstellen, um zu verhindern, dass der für die jeweilige Vertragsart typische Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird oder ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden (RIS-Justiz RS0115217 [T8]).

Das ZaDiG (BGBl I 2009/66 idgF) setzt die Zahlungsdienste-Richtlinie (RL 2007/64/EG vom 13. 11. 2007, Abl 2007 L 319/1) in innerstaatliches Recht um, legt die Bedingungen fest, zu denen Personen Zahlungsdienste gewerblich in Österreich erbringen dürfen (Zahlungsdienstleister) und regelt die Rechte und Pflichten von Zahlungsdienstleistern und Zahlungsdienstnutzern im Zusammenhang mit Zahlungsdiensten, die an in Österreich ansässige Zahlungsdienstnutzer oder von in Österreich ansässigen Zahlungsdienstleistern erbracht werden (§ 1 Abs 1 ZaDiG).

Das E-Geldgesetz (BGBl I 2010/107) setzt die Richtlinie 2009/110/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 16. 9. 2009 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten um; die Richtlinie fasst die Definition von E-Geld und die aufsichtsrechtlichen Bedingungen für E-Geld-Institute, die erstmals in der Richtlinie 2000/46/EG EU-weit normiert worden waren, grundlegend neu. Daneben werden auch einheitliche Bestimmungen betreffend die Ausgabe und Rücktauschbarkeit von E-Geld und die Zulässigkeit von Entgelten normiert.

Zu den Klauseln im Einzelnen:

Klausel 1:

Die Wertkarte wird anonym benutzt, sodass ein Nachweis der Autorisierung einzelner Zahlungsvorgänge PayLife nicht möglich ist. Es gilt daher als vereinbart, dass § 34 Abs 2 (Nachweis der Autorisierung) sowie § 44 Abs 1 und 2 (Haftung für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge) des Zahlungsdienstegesetzes (kurz ZaDiG) nicht angewendet werden. PayLife haftet daher nicht für den Verlust, den Diebstahl, die missbräuchliche Verwendung oder sonstiger nicht von dem Karteninhaber autorisierter Nutzung der Wertkarte oder der Kartendaten.

IVm: Wertkarte (auch Geschenkkarte): Eine von PayLife herausgegebene Zahlungskarte, mit der Zahlungen nur bis zu der Höhe vorgenommen werden können, bis zu der sie vorher geladen wurde (§ 8). Zahlungen können mit Vorlage der Wertkarte und Leistung einer Unterschrift des Karteninhabers vorgenommen werden.

IVm: Der Karteninhaber ist berechtigt an Zahlungseinrichtungen, die mit dem MasterCard Logo gekennzeichnet sind, mit der Wertkarte und durch Unterschriftsleistung Lieferungen und Leistungen von Vertragsunternehmen im In- und Ausland bis zu der geladenen Höhe bargeldlos zu bezahlen. Der Karteninhaber weist durch seine Unterschriftsleistung PayLife unwiderruflich an, den Rechnungsbetrag bis zu der geladenen Höhe an das jeweilige Vertragsunternehmen zu zahlen. PayLife nimmt diese Anweisung bereits jetzt an.

IVm: Der Karteninhaber ist dabei insbesondere verpflichtet, die Wertkarte sorgfältig zu verwahren. Keine sorgfältige Verwahrung ist insbesondere:

- die Aufbewahrung in einer Weise, dass Dritte an ihr ohne erheblichen Aufwand unbefugt Gewahrsam erlangen können;*
- die Verwendung von Wertkarte und Kartendaten für andere Zwecke als die des Zahlungsverkehrs. Bei der Verwendung von Kartendaten ist darauf zu achten, dass diese nicht von Dritten ausgespäht werden können.*

Der Kläger brachte vor, diese Klausel verstoße gegen die Bestimmungen des § 33 Abs 2 Z 2 ZaDiG, nach der eine von §§ 34 Abs 3 sowie 44 Abs 1 und 2 ZaDiG abweichende Vereinbarung nur dann zulässig sei, wenn der Zahlungsdienstleister die Autorisierung des Zahlungsvorgangs nicht nachweisen könne. Da Zahlungen mit Vorlage der Karte und Unterschrift des Karteninhabers vorgenommen werden müssten - dies ergebe sich im Zusammenhang mit § 1.1. und § 4.1.1. der AGB - werde die Wertkarte zumindest außerhalb des Internets nicht anonym genutzt: im Bestreitungsfall (§ 34 Abs 3 ZaDiG) könnte die Autorisierung des Zahlungsvorgangs mit der eigenhändigen Unterschrift des berechtigten Karteninhabers nachgewiesen werden. Auch bei Zahlungen mit der Karte im Internet sei nachprüfbar, ob diese vom berechtigten Karteninhaber autorisiert worden seien, weil bei solchen Zahlungen die Kartendaten einschließlich der Kunden-Kontrollnummer angegeben werden müssten, mit deren Hilfe ohnehin jede Zahlung mit der Karte von der Beklagten erfasst werde und mit deren Hilfe der Karteninhaber jederzeit den Stand seines E-Geld-Guthabens bei der Beklagten abfragen könne (vgl § 7 der AGB). Diese Kunden-Kontrollnummer werde nur dem Karteninhaber schriftlich mitgeteilt (§ 1.2. AGB), der in der Folge gemäß § 9.2. letzter Satz der AGB verpflichtet sei, die Karte vor dem Zugriff Dritter und die Kartendaten vor einer Kenntnisnahme durch Dritte zu schützen. Werde die Karte vom ursprünglichen Inhaber einem Dritten übertragen, müsste diesem auch die Karten-Kontrollnummer mitgeteilt werden (§ 5.2. AGB), wobei den neuen Karteninhaber hinsichtlich der Karte und der Kartendaten die gleichen Verwahrungs- und Geheimhaltungspflichten träfen (§ 5.1. AGB). Daher wäre es

der Beklagten ohne nennenswerte Zusatzkosten und Einschränkung der Benutzerfreundlichkeit der Karte möglich, nachzuweisen, dass eine Zahlung entweder mit Hilfe eines geheimen, nur dem berechtigten Karteninhaber bekannten Sicherheitsmerkmals (Kunden-Kontrollnummer) oder seiner eigenhändigen Unterschrift autorisiert worden sei. Es liege daher eine unzulässige Umgehung der dem Finanzdienstleister in § 44 Abs 1 ZaDiG auferlegten Haftpflichten vor. Jedenfalls wäre aber die durch die AGB geschaffene Pflichtenlage gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. § 33 Abs 2 Z 2 ZaDiG sei nicht zu entnehmen, welche vertragliche Regelung an Stelle der gesetzlichen Haftungsregelung und der § 44 ZaDiG zugrunde liegenden wechselseitigen gesetzlichen Sorgfaltspflichten gesetzt werden könne. Hier werde der Zahlungsdienstleister von allen gesetzlichen Sorgfalts- und Haftpflichten befreit, während der Karteninhaber weiterhin die in § 36 Abs 1 ZaDiG vorgesehene Verwahrungs- und Geheimhaltungspflichten unbeschränkt erfüllen müsse. Im Übrigen komme es nur auf den objektiven Inhalt der Klauseln an und nicht darauf, wie die Beklagte in der Praxis tatsächlich vorgehe. Nach dem Inhalt der verfahrensgegenständlichen AGB handle es sich bei der Kunden-Kontrollnummer sehr wohl um ein nur dem jeweils berechtigten Karteninhaber bekanntes und von ihm geheim zu haltendes Sicherheitsmerkmal. Da bei Zahlung mit der Karte die gleichen Modalitäten wie bei Kreditkartenzahlung einzuhalten seien, lägen zudem die Voraussetzungen des § 33 Abs 2 Z 2 ZaDiG insofern nicht vor, als die Wertkarte nicht benutzerfreundlicher als eine normale Kreditkarte sei.

Die Beklagte entgegnete, dass beim Kauf einer Geschenkkarte die persönlichen Daten des Erwerbers nicht erfasst würden, sodass zu keinem Zeitpunkt eine Verknüpfung

einer Geschenkkarte oder einer Kunden-Kontrollnummer mit dem jeweiligen Karteninhaber möglich sei. Beim Kauf der Geschenkkarte gebe der Erwerber nur an, mit welchem Guthaben (10 bis 150 EUR) diese beladen werden solle. Die Kunden-Kontrollnummer werde bereits bei der Produktion einer Kartennummer zugewiesen und auf der Geschenkkarte aufgedruckt. Die Kartennummer sei für die Verrechnung mit Händlern notwendig, um spätere Zahlungstransaktionen einer konkreten Geschenkkarte zuordnen zu können. Die auf der Geschenkkarte aufgedruckte Kunden-Kontrollnummer ermögliche die „Kontrolle“ der Geschenkkarte, insbesondere die Abfrage des geladenen Guthabens durch den jeweiligen Karteninhaber. Die Geschenkkarte, welche weltweit im internationalen MasterCard Zahlungsnetzwerk einsetzbar sei, müsse gegenüber den Akzeptanzstellen (Händlern) so gestaltet sein, dass eine Transaktion gleich wie mit herkömmlichen (personalisierten) Prepaid- oder Kreditkarten abgewickelt werden könne. Der Karteninhaber müsse den Zahlungsbeleg des Händlers unterfertigen und der Händler die Unterschrift mit jener auf dem „Unterschriftsfeld“ der Geschenkkarte vergleichen. Dieses „Unterschriftsfeld“ sei nicht vom Erwerber, sondern vom Beschenkten zu unterschreiben. Diese Unterschrift werde jedoch nicht der Beklagten bekannt gegeben und könnte daher von der Beklagten auch nicht mit der Kunden-Kontrollnummer verbunden werden.

Das Berufungsgericht führte dazu aus, im Fall von Zahlungsinstrumenten, die - wie hier - Geldbeträge speicherten, die 150 EUR nie überstiegen (Kleinbetragszahlungsinstrumente), könnten die Zahlungsdienstleister gemäß § 33 Abs 2 Z 2 ZaDiG mit ihren Zahlungsdienstnutzern vereinbaren, dass die §§ 34 Abs 3 (Nachweis der Autorisierung) sowie 44 Abs 1 und 2 (Haftung

für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge) nicht anzuwenden seien, wenn das Zahlungsinstrument anonym genutzt werde oder der Zahlungsdienstleister aus anderen Gründen, die sich aus der Natur des Zahlungsinstruments ergäben, nicht nachweisen könne, dass ein Zahlungsvorgang autorisiert war. Diese Bestimmung stelle daher auf die Möglichkeit des Zahlungsdienstleisters ab, die Autorisierung des Zahlungsvorgangs nachzuweisen. § 3 Z 5 ZaDiG definiere Zahlungsvorgang als vom Zahler oder Zahlungsempfänger ausgelöste Bereitstellung, Transfer oder Abhebung eines Geldbetrags, unabhängig von etwaigen zugrunde liegenden Verpflichtungen im Verhältnis zwischen Zahler und Zahlungsempfänger. Nach § 34 Abs 1 erster Satz ZaDiG gelte ein Zahlungsvorgang nur dann als autorisiert, wenn der Zahler dem Zahlungsvorgang in der zwischen dem Zahler und seinem Zahlungsdienstleister vereinbarten Form und Verfahren (§ 28 Abs 1 Z 2 lit c ZaDiG) zugestimmt habe. Im Falle der Bestreitung der Autorisierung durch den Zahlungsdienstnutzer oder der Geltendmachung der nicht ordnungsgemäßen Ausführung habe dessen Zahlungsdienstleister gemäß § 34 Abs 3 ZaDiG nachzuweisen, dass der Zahlungsvorgang authentifiziert war, ordnungsgemäß aufgezeichnet und verbucht wurde und nicht durch einen technischen Zusammenbruch oder eine andere Störung beeinträchtigt wurde. Die Authentifizierung (§ 3 Z 17 ZaDiG) sei das vom Zahlungsdienstleister angewandte Verfahren zur Feststellung, ob der Zahlungsauftrag tatsächlich vom Zahler autorisiert wurde. Bestandteil dieser Überprüfung seien auch die personalisierten Sicherheitsmerkmale, etwa die Unterschrift des Zahlers, durch die das Zahlungsinstrument (§ 3 Z 21 ZaDiG) auf eine bestimmte Person individualisierbar sei. Es sei wohl zutreffend, dass die (noch) nicht unterschriebene

Geschenkkarte in dem Sinne anonym sei, als eine Weitergabe an Dritte möglich sei. Solange die Karte nicht vom berechtigten Inhaber unterschrieben sei (wobei der Karteninhaber nach § 2 zweiter Satz AGB zur unverzüglichen Unterzeichnung der Wertkarte auf dem dafür vorgesehenen Unterschriftenfeld verpflichtet sei), fehle ihr die Personalisierung. Sie könne aber in den hier interessierenden Fällen auch nicht als Zahlungsinstrument eingesetzt werden, für die die Unterschrift auf der Geschenkkarte erforderlich sei. Da der Karteninhaber ausgehend vom eigenen Vorbringen der Beklagten Zahlungen auf genau die gleiche Weise wie Kreditkartenzahlungen autorisieren müsse, und zwar indem er den Zahlungsbeleg des Händlers zu unterfertigen und der Händler die Unterschrift mit der Unterschrift auf der Geschenkkarte zu überprüfen habe, liege keine anonyme Nutzung des Zahlungsinstruments vor, bei der ein Nachweis der Autorisierung nicht möglich ist. Die Beklagte könne durchaus eine Verbindung zwischen dem konkreten Zahlungsvorgang, dem ein personalisiertes Zahlungsinstrument (unterschriebene Wertkarte in Verbindung mit zu unterzeichnendem Zahlungsbeleg) zugrunde liege, und der Kartenummer (die sich von der Kunden-Kontrollnummer unterscheide) herstellen, weil, wie die Beklagte einräume, nur so möglich sei, den Transaktionsbetrag von dem auf der Geschenkkarte gespeicherten Betrag abzubuchen. Daraus folge, dass die Beklagte die Unterschrift anhand des Zahlungsbelegs sehr wohl einer bestimmten Kartenummer zuzuordnen vermöge, sodass eine Authentifizierung im Sinn des Gesetzes durchführbar sowie eine Autorisierung nachweisbar sei. Damit scheidet die Anwendbarkeit des § 33 Abs 2 Z 2 ZaDiG aus, dessen beide Alternativen voraussetzten, dass der Zahlungsdienstleister die

Autorisierung des Zahlungsvorgangs nicht nachweisen könne. Darauf, ob der Beklagten die Identität des Karteninhabers bekannt sei, komme es nicht an.

Die Revisionswerberin macht geltend, die Anonymität einer Geschenkkarte sei zwingende Voraussetzung, um sie verschenken zu können. Die Kartennummer, die auf der Geschenkkarte angedruckt sei, ändere an der Anonymität nichts. Weder der Erwerber der Geschenkkarte noch ein Dritter, dem sie geschenkt werde, müsse sich gegenüber der Beklagten legitimieren. Es sei daher unmöglich, die Kartennummer einem konkreten Karteninhaber zuzuordnen. Nicht anders sei es bei einer Banknote, die ebenfalls über eine Seriennummer verfüge. Dem Argument, der Karteninhaber müsse Zahlungen auf genau die gleiche Weise wie bei Kreditkartenzahlungen autorisieren, hielt die Beklagte entgegen, die Authentifizierung gemäß § 3 Z 17 ZaDiG diene zum Nachweis der legitimen Nutzung des Zahlungsinstrumentes gegenüber dem Zahlungsdienstleister. Der Beklagten sei jedoch die Unterschrift des tatsächlichen Karteninhabers nicht bekannt; sie könne daher nicht nachvollziehen, ob die Transaktion mit der Geschenkkarte von einem „legitimen“ Karteninhaber vorgenommen worden sei. Die Unterschrift auf der Geschenkkarte und dem Leistungsbeleg des Händlers sei daher keine Autorisierung iSd § 3 Z 17 ZaDiG. Der Zahlungsvorgang bleibe weiterhin anonym. Die in den Materialien zu § 33 Abs 2 Z 2 ZaDiG enthaltene Aufzählung von anonymen Zahlungsinstrumenten sei bloß demonstrativ.

Dazu wurde erwogen:

Eine Legaldefinition des Begriffs der anonymen Nutzung liegt nicht vor. Nach *Gerhartinger* (Elektronisches Geld im österreichischen Bank- und Privatrecht, 281 FN 922)

kommt es nicht darauf an, ob der Kunde dem Zahlungsdienstleister bekannt ist, sondern ob sich der Zahler im Zeitpunkt der Zahlung (etwa durch Pin-Eingabe) identifiziert, weil gerade durch die fehlende Identifizierung der in Art 59 ZahlungsdiensteRL geforderte „Nachweis der Authentifizierung“ eines bestimmten Zahlungsvorgangs unmöglich werde. *Haghofer* (in *Weilinger*, ZaDiG § 35 Rz 10) stellt ebenfalls auf die Verwendung personalisierter Sicherheitsmerkmale ab, sodass die Zahlung nicht authentifiziert werden kann, also aufgrund ihrer Ausgestaltung nicht nachgewiesen werden kann, dass ein Zahlungsvorgang von einer bestimmten Person autorisiert wurde (vgl auch *Leixner*, ZaDiG², § 33 Rz 4).

§ 3 Z 17 ZaDiG definiert die Authentifizierung als ein Verfahren, mit dessen Hilfe der Zahlungsdienstleister die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments, einschließlich seiner personalisierten Sicherheitsmerkmale, überprüfen kann. Der Authentifizierungsvorgang knüpft somit ebenfalls an die Identifizierung des Kunden an, die durch Überprüfung der personalisierten Sicherheitsmerkmale erfolgt (*Broucek* in *Weilinger*, ZaDiG § 3 Rz 52; vgl auch die ErläutRV 982, XXIV. GP, 6 zum E-GeldG, wo für die Anwendbarkeit des § 33 ZaDiG auf Pre-Paid Produkte auf das Fehlen personalisierter [Sicherheits-]Merkmale abgestellt wird). Die Unterschrift kann ein personalisiertes Sicherheitsmerkmal sein (*Broucek* aaO, Rz 53), nicht jedoch die Kunden-Kontrollnummer: Sie ist auf der Karte abgedruckt, daher jedem Inhaber bekannt und dient nur dazu, dem Missbrauch von in Datenbanken gespeicherten und ausgeforschten Kreditkartennummern vorzubeugen, hat aber keine darüber hinausgehende Schutzfunktion (*Ziegler*, Kreditkartenmissbrauch im Fernabsatz - Neuregelung nach

dem ZaDiG, *ecolex* 2011, 793 [795]). Anhand der personalisierten Sicherheitsmerkmale (Unterschrift) hat sich der Zahlungsdienstleister also zu vergewissern, dass die Zustimmung zum Zahlungsvorgang (Autorisierung) auch tatsächlich durch den Berechtigten erfolgt ist (*Leixner*, ZaDiG², § 3 Rz 35; *Harrich*, *Zivilrechtliche Aspekte des Zahlungsdienstgesetzes*, 304). Dies setzt ein Verfahren voraus, mit dem die Unterschrift überprüft werden kann (*Leixner*, ZaDiG², § 34 Rz 10). In die gleiche Richtung weist die Entscheidung des EuGH *T-Mobile Austria GmbH gegen VKI*, C-616/11, die ausspricht, dass ein Zahlungsinstrument nur dann als personalisiert (im Gegensatz zu anonym: Rn 34) anzusehen ist, wenn es dem Zahlungsdienstleister ermöglicht zu überprüfen, dass der Zahlungsauftrag von einem hierzu berechtigten Nutzer erteilt wurde (Rn 33). Der EuGH stellte dabei bei der Prüfung eines Überweisungsauftrags darauf ab, dass das Kreditinstitut den unterschriebenen Zahlschein mit der vorab hinterlegten Unterschriftenprobe vergleichen und daher authentifizieren könne (Rn 39). Dies ist der Beklagten hier aber nicht möglich, weil es keine vorab hinterlegte Unterschriftenprobe gibt. Auch ist der Beklagten der Name des berechtigten Zahlers nicht bekannt. Sie hat daher keine Möglichkeit zur Überprüfung, ob die Zustimmung zum Zahlungsvorgang (Autorisierung) tatsächlich durch den Berechtigten erfolgt ist. Bei der von der Beklagten herausgegebenen Pre-Paid Geschenkkarte handelt es sich daher um ein anonymes Zahlungsinstrument, sodass ein Abbedingen von §§ 34 Abs 3 und 44 Abs 1 und 2 ZaDiG zulässig ist.

Dem weiteren Argument des Klägers, die Klausel 1 sei selbst dann gröblich benachteiligend iSv § 879 Abs 3 ABGB, wenn die Voraussetzungen für ein Abbedingen

von §§ 34 Abs 3 und 44 Abs 1 und 2 ZaDiG vorlägen, weil dem Karteninhaber in §§ 9.1. und 9.2. der AGB der Beklagten - als Teil der beanstandeten Klausel 1 - trotz des Ausschlusses der entsprechenden Pflichten der Beklagten Sorgfalts- und Haftungspflichten auferlegt würden, wie sie den Zahlungsdienstnutzer nach § 36 Abs 1 ZaDiG zum Schutz der Sicherheit des Zahlungsverkehrs träfen (so werde der Karteninhaber verpflichtet, die Wertkarte sorgfältig zu verwahren, insbesondere nicht derart, dass Dritte ohne erheblichen Aufwand unbefugt Gewahrsam erlangen können, bzw werde dem Karteninhaber auferlegt, bei der Verwendung von Kartendaten darauf zu achten, dass diese nicht von Dritten ausgespäht werden können), und die Statuierung dieser Pflichten des Zahlungsdienstnutzers stehe in einem auffallenden, sachlich nicht zu rechtfertigenden Missverhältnis zum gleichzeitigen Pflichtenausschluss der Beklagten, ist Folgendes entgegen zu halten:

Es ist zwar zutreffend, dass diese Sorgfaltspflichten (Obliegenheiten nach § 9 der gegenständlichen AGB) auf den korrespondierenden Sorgfaltspflichten des Zahlungsdienstleisters aufbauen (vgl *Hagenhofer* in *Weilinger*, ZaDiG § 36 Rz 2). Allfällige Obliegenheitsverletzungen des Verbrauchers würden aber lediglich dazu führen, dass dieser nach Maßgabe der Bestimmungen des § 44 Abs 2 ZaDiG ganz oder teilweise für den Schaden haftet, der dem Zahlungsdienstleister dadurch entsteht, dass er im Fall der Ausführung eines vom Zahler nicht autorisierten Zahlungsvorgangs keinen Ersatzanspruch nach § 1041 ABGB hat (vgl *Hagenhofer* aaO Rz 1 mwN). Dieser *Schaden* entsteht der Beklagten im hier gegebenen Fall aber ohnehin nicht, hat sie doch ihre Haftung für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge - nach dem oben Gesagten

zulässigerweise - ausgeschlossen. Somit führt die beanstandete Verknüpfung der Haftungsausschlüsse der Beklagten mit den in §§ 9.1 und 9.2 ihrer AGB statuierten Obliegenheiten des Karteninhabers zu keinem nicht schon durch den Haftungsausschluss selbst gegebenen Nachteil für den Verbraucher. Ein solcher wurde vom Kläger auch nicht behauptet. Eine *gröbliche Benachteiligung* der Verbraucher iSd § 879 Abs 3 ABGB durch die in Rede stehende Klausel (Verbindung des Haftungsausschlusses der Beklagten mit der Statuierung von Obliegenheiten des Karteninhabers) ist daher nicht zu erkennen. Diese wäre nur bei einem *erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnis* der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner gegeben (*Langer* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG³ § 879 Abs 3 ABGB Rz 21). Davon kann aber im Fall von Obliegenheitsverletzungen, die - wie aufgezeigt - keine Wirkungen entfalten können, keine Rede sein.

Dass die Beklagte auf die Rechtsausführungen des Klägers zu § 879 Abs 3 ABGB nicht eingegangen ist, begründet kein Zugeständnis iSv § 266 ZPO, da sich ein solches nur auf Tatsachen bezieht (vgl 4 Ob 18/13w mwN).

Auf eine Intransparenz der Klausel 1 iSv § 6 Abs 3 KSchG hat sich der Kläger nicht gestützt. Dieser Aspekt bleibt daher ungeprüft.

Die Klausel 1 ist daher zulässig.

Klausel 2:

Reklamationen sind unverzüglich innerhalb von 42 Tagen nach Durchführung der Transaktion PayLife unter Angabe sämtlicher Transaktionsdaten schriftlich zu melden. Eine Verletzung der Meldepflicht kann zur Minderung von Ansprüchen des Karteninhabers gegenüber PayLife führen.

Der Kläger machte geltend, diese Klausel verstoße gegen § 36 Abs 3 ZaDiG, weil das ZaDiG einerseits eine Rügefrist von 13 Monaten (und nicht bloß 42 Tage) und andererseits keine Formvorschriften vorsehe. Die in dieser Klausel vorgesehene Verkürzung der Rügepflicht sei gesetzwidrig, weil die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung in § 33 Abs 2 Z 2 ZaDiG nach dem Inhalt der von der Beklagten verwendeten AGB nicht vorliegen würden. Eine Rüge nach § 36 Abs 3 ZaDiG diene auch der Geltendmachung der Haftung des Zahlungsdienstleisters nach § 46 ZaDiG für fehlerhaft oder nicht ausgeführte Zahlungsaufträge; diese Ansprüche des Zahlungsdienstnutzers könne die Ausnahmebestimmung in § 33 Abs 2 Z 2 ZaDiG von vornherein überhaupt nicht berühren.

Die Beklagte erwiderte, gemäß § 33 Abs 2 Z 2 ZaDiG seien die Bestimmungen der §§ 34 Abs 3, 44 Abs 1 und Abs 2 ZaDiG nicht anzuwenden, wenn das Zahlungsinstrument anonym genutzt werde. Sei die Haftung des Zahlungsdienstleisters für nicht autorisierte Zahlungen (§ 44 Abs 1 und 2 ZaDiG) ausgeschlossen, so bedürfe es auch keiner Frist für die Geltendmachung der Erwirkung einer Berichtigung. Daher stelle diese Klausel den Verbraucher besser, weil dem Karteninhaber eine Reklamation und Reklamationsfrist eingeräumt werde, obwohl dies vom Gesetz nicht vorgesehen sei. Die Beklagte erkläre sich bereit, den Schaden auszugleichen, sofern es dem Karteninhaber gelinge, nachzuweisen, dass die Geschenkkarte missbräuchlich falsch verwendet worden sei.

Das Berufungsgericht führte dazu aus, nach § 36 Abs 3 ZaDiG habe der Zahlungsdienstnutzer den Zahlungsdienstleister zur Erwirkung einer Berichtigung durch

den Zahlungsdienstleister unverzüglich nach Feststellung eines nicht autorisierten oder fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorgangs, der zur Entstehung eines Anspruchs einschließlich eines solchen nach § 46 ZaDiG geführt habe, zu unterrichten (Rügeobliegenheit). Habe der Zahlungsdienstleister die Angaben gemäß §§ 31 bis 33 ZaDiG mitgeteilt oder zugänglich gemacht, so ende die Frist für den Zahlungsdienstnutzer zur Unterrichtung des Zahlungsdienstleisters zur Erwirkung einer Berichtigung spätestens 13 Monate nach dem Tag der Belastung oder Gutschrift. Die Klausel widerstreite dieser Bestimmung, weil sie die (absolute) Rügefrist auf 42 Tage verkürze und eine Formvorschrift statuiere („schriftlich“), die das Gesetz nicht vorsehe. § 26 Abs 6 ZaDiG bestimme, dass, soweit in Vereinbarungen zum Nachteil des Verbrauchers von den §§ 26 bis 46 und 48 ZaDiG betreffend Informationspflichten, Autorisierung und Ausführung von Zahlungsvorgängen sowie Haftung abgewichen werde, diese abweichenden Bestimmungen unwirksam seien. Es komme in diesem Fall ein Ausschluss der Haftung nach § 33 Abs 2 Z 2 ZaDiG nicht in Betracht, weil weder eine anonyme Nutzung des Zahlungsinstruments vorliege, noch der Zahlungsdienstleister aus anderen Gründen, die sich aus der Natur des Zahlungsinstruments ergäben, die Autorisierung des Zahlungsvorgangs nicht nachweisen könne, sodass der Argumentation der Beklagten, aufgrund der Klausel ergebe sich eine Besserstellung des Karteninhabers gegenüber den Bestimmungen des ZaDiG, nicht zu folgen sei. Für die Beklagte wäre aber auch nichts zu gewinnen, wenn die Bestimmung des § 33 Abs 2 Z 2 ZaDiG in diesem Fall zur Anwendung gelänge, denn nach § 33 Abs 2 Z 2 ZaDiG könne nur die Haftung für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge

ausgeschlossen werden, nicht aber die Haftung der Beklagten für nicht erfolgte oder fehlerhafte Ausführung nach § 46 ZaDiG. Durch die beanstandete Klausel würden daher auch Ansprüche des Verbrauchers beschnitten, für die die Beklagte ihre Haftung gar nicht abbedingen könne.

Die Beklagte wiederholte auch in der Revision ihren Standpunkt, nach § 33 Abs 2 Z 2 ZaDiG sei sie berechtigt, bei anonymen Geschenkkarten die Haftung für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge gemäß § 44 Abs 1 und 2 ZaDiG auszuschließen. Daraus folge, dass die 13-Monatsfrist gemäß § 36 Abs 3 ZaDiG nicht zur Anwendung gelange. Dem Zahlungsdienstnutzer stehe nach § 33 Abs 2 Z 2 ZaDiG kein Recht zu, nicht autorisierte Zahlungsvorgänge zu reklamieren. Somit stelle die gegenständliche Klausel den Karteninhaber gegenüber den Bestimmungen des ZaDiG besser.

Dazu wurde erwogen:

§ 36 Abs 3 ZaDiG lautet:

Zur Erwirkung einer Berichtigung durch den Zahlungsdienstleister hat der Zahlungsdienstnutzer den Zahlungsdienstleister unverzüglich nach Feststellung eines nicht autorisierten oder fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorganges, der zur Entstehung eines Anspruches einschließlich eines solchen nach § 46 geführt hat, zu unterrichten (Rügeobliegenheit). Hat der Zahlungsdienstleister die Angaben gemäß §§ 31 bis 33 mitgeteilt oder zugänglich gemacht, so endet die Frist für den Zahlungsdienstnutzer zur Unterrichtung des Zahlungsdienstleisters zur Erwirkung einer Berichtigung spätestens 13 Monate nach dem Tag der Belastung oder Gutschrift. [...]

Die Bestimmung ist nach § 26 Abs 6 ZaDiG zwingend.

§ 46 Abs 1 ZaDiG lautet:

Wird ein Zahlungsauftrag vom Zahler ausgelöst, so haftet sein Zahlungsdienstleister unbeschadet der § 36 Abs. 1 und 3 und § 48 gegenüber dem Zahler für die

ordnungsgemäße Ausführung des Zahlungsvorganges bis zum Eingang des Betrages, der Gegenstand des Zahlungsvorganges ist, beim Zahlungsdienstleister des Empfängers.

Für Ansprüche nach § 46 ZaDiG enthält § 33 ZaDiG auch für (anonyme) Kleinbetragszahlungsinstrumente keinen Ausnahmetatbestand.

Da die beanstandete Klausel die Frist auch für Ansprüche nach § 46 ZaDiG entgegen § 36 Abs 3 iVm § 26 Abs 6 ZaDiG unzulässig verkürzt, ist sie aus diesem Grund unzulässig, ohne dass die anonyme Verwendung etwas daran ändern könnte.

Klauseln 3 und 5:

3. In jedem Fall verjähren Ansprüche des Karteninhabers gegenüber PayLife innerhalb von einem Jahr, sofern gesetzliche Regelungen nicht eine kürzere Verjährungsfrist vorsehen.

5. Der Anspruch auf Auszahlung des Guthabens einer Wertkarte erlischt jedenfalls nach 1 Jahr ab dem Zeitpunkt der Ungültigkeit der Wertkarte.

Der Kläger führte zu Klausel 3 aus, dass gemäß §§ 18 und 19 E-Geldgesetz der E-Geld-Inhaber jederzeit das Recht habe, den monetären Wert des gehaltenen E-Geldes zum Nennwert zu erhalten. Sollte der Rücktausch nach mehr als einem Jahr nach Vertragsablauf verlangt werden, so könne unter bestimmten Voraussetzungen ein Entgelt vereinbart werden. Aus § 19 Abs 2 Z 3 E-Geldgesetz lasse sich ableiten, dass der E-Geld-Inhaber auch nach mehr als einem Jahr nach der Beendigung des E-Geld-Vertrags, die hier mit dem auf der Wertkarte angegebenen Ende der Gültigkeitsdauer eintrete, einen Anspruch auf Rücktausch seines Guthabens habe. Mit dieser Bestimmung sei die Vereinbarung eines Verfalls oder der Verjährung der Ansprüche des E-Geld-Inhabers nicht

vereinbar. Klausel 5 verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB und gegen die Bestimmungen in §§ 18 und 19 Abs 2 Z 3 E-Geldgesetz. Denn aus § 19 Abs 2 Z 3 E-Geldgesetz lasse sich ableiten, dass der E-Geld-Inhaber auch nach mehr als einem Jahr nach der Beendigung des E-Geld-Vertrags, die hier mit dem auf der Wertkarte angegebenen Ende der Gültigkeitsdauer eintrete (§ 14.1 AGB), einen Anspruch auf Rücktausch seines Guthabens habe und dass der E-Geld-Emittent in solchen Fällen den „verspäteten“ Rücktausch des E-Geldes nur durch die Verrechnung eines vereinbarten Rücktauschentgelts, nicht aber durch die Vereinbarung eines Verfalls oder der Verjährung der Ansprüche des E-Geld-Inhabers sanktionieren dürfe, wie das in § 13 der AGB der Beklagten vorgesehen sei. Die Klausel sei aber auch nach § 879 Abs 3 ABGB unwirksam. Der Anspruch des E-Geld-Inhabers auf Rücktausch seines Guthabens verjähre nach dem dispositiven Recht erst nach 30 Jahren. Diese Frist könne zwar auch in AGB verkürzt werden, allerdings dürfe die vereinbarte kürzere Verfalls- oder Verjährungsfrist die Geltendmachung der Ansprüche nicht ohne ausreichenden sachlichen Grund übermäßig erschweren, was im Rahmen einer umfassenden Interessensabwägung zu beurteilen sei. Die gegenständliche Klausel sei unzulässig, weil sie Ansprüche des Verbrauchers aus einem entgeltlichen Vertrag betreffe und die in ihr vereinbarte Verjährungsfrist nur ein Jahr betrage.

Die Beklagte wendete ein, dass weder das E-Geldgesetz noch das ZaDiG Bestimmungen über die Verjährung des Anspruchs des E-Geld-Inhabers auf Ersatz der vor Ablauf des E-Geld-Instruments auf dieses geladenen Geldbeträge vom E-Geld-Emittenten enthalte. Im E-Geldgesetz gebe es keine Frist, innerhalb derer ein allfälliger Rückforderungsanspruch geltend gemacht werden

müsse. Aus § 19 Abs 4 E-Geldgesetz ergebe sich lediglich, dass der E-Geld-Inhaber einen Anspruch darauf habe, den Rücktausch der vor Vertragsablauf geladenen Beträge bis zum Ablauf eines Jahres nach Vertragsbeendigung mit dem Nennwert des gehaltenen E-Gelds zu verlangen. Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre sei die Vereinbarung einer kürzeren als der gesetzlich vorgesehenen Verjährungsfrist zulässig, wenn sie sachlich gerechtfertigt sei. Eine solche Vereinbarung könne auch in AGB und Vertragsformblättern erfolgen. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Verjährungsfrist für den Rücktausch von E-Geld - im Gegensatz zu arbeitsrechtlichen Ansprüchen - nicht verkürzt werden könne. Außerdem habe die Beklagte ein wirtschaftliches Interesse daran, die Möglichkeit des Rücktausches zeitlich zu begrenzen. Neben den Gründen der Bilanzierung, welche eine realistische zeitliche Grenze erforderlich mache, entstünden auch Kosten für die fortgesetzte Speicherung der Kartendaten (Kartenummer sowie Kunden-Kontrollnummer und damit verbunden das Guthaben auf der jeweiligen Geschenkkarte). Es sei auch nicht erkennbar, weshalb ein Karteninhaber für die Disposition über sein E-Geld mehr als zwölf Monate benötigen sollte. Durch das auf der Geschenkkarte aufgedruckte Enddatum wisse der Karteninhaber stets, wann die Geschenkkarte ihre Gültigkeit verliere, weshalb ein konkreter, neuerlicher Hinweis an den Karteninhaber, der schon aufgrund der Anonymität der Geschenkkarte nicht möglich sei, nicht erforderlich sei. Eine Verkürzung der Verjährungsfrist sei aus technischen Gründen gerechtfertigt, zumal auf dem auf der Rückseite der Geschenkkarte angebrachten Magnetstreifen die für die Zahlungstransaktion wesentlichen Daten verschlüsselt gespeichert seien. Der

Magnetstreifen unterliege einer physischen Alterung, weshalb die Möglichkeit bestehe, dass dieser nach einiger Zeit nicht mehr ausgelesen werden und somit die Geschenkkarte nicht mehr verwendet werden könne. Die Hersteller der Karte könnten nicht gewährleisten, dass diese Daten über einen Zeitraum von über 30 Jahren ausgelesen werden könnten. Weiters unterliege der bargeldlose Zahlungsverkehr laufenden Änderungen. Es sei nicht absehbar, über welchen Zeitraum E-Geld überhaupt oder in der derzeitigen Form angeboten werden könne. Es sei nicht sachgerecht, vom E-Geld-Emittenten und von den Händlern zu verlangen, die technischen Voraussetzungen für Nutzung von „kartengestütztem E-Geld“ über einen Zeitraum von 30 Jahren zur Verfügung zu stellen.

Das Berufungsgericht führte dazu aus, nach § 18 Abs 1 E-Geldgesetz habe der E-Geld-Emittent dem E-Geld-Inhaber auf Verlangen jederzeit den monetären Wert des gehaltenen E-Gelds zum Nennwert, unter Berücksichtigung von § 19, zu erstatten. Soweit in Vereinbarungen davon zulasten von E-Geld-Inhabern abgewichen werde, seien diese Bestimmungen unwirksam. Aus § 19 Abs 4 erster Satz E-Geldgesetz folge, dass dem E-Geld-Inhaber der gesamte Nennwert des gehaltenen E-Gelds zu erstatten sei, wenn er bei Vertragsablauf oder bis zu einem Jahr nach Vertragsablauf den Rücktausch fordere. Ergänzend normiere § 19 Abs 2 Z 3 E-Geldgesetz, dass Entgelte für den Rücktausch verrechnet werden dürfen, wenn der E-Geld-Inhaber den Rücktausch nach mehr als einem Jahr nach Vertragsablauf verlange. Auch die Bestimmungen des § 19 Abs 2 bis Abs 4 E-Geldgesetz seien zwingend zugunsten des E-Geld-Inhabers (§ 19 Abs 5 E-Geldgesetz). Die Klauseln 3 und 5 seien daher unwirksam, weil eine Bestimmung, wonach das Recht auf Rücktausch

bereits nach einem Jahr verjähre respektive der Anspruch auf Auszahlung des Guthabens einer Wertkarte bereits nach einem Jahr nach Ungültigkeit der Wertkarte (Vertragsablauf) ver falle, in Widerspruch zur gesetzlichen Regelung stehe, wonach die jederzeit bestehende Pflicht des Rücktauschs zum Nennwert nach mehr als einem Jahr nach Vertragsablauf nur durch die Vereinbarung eines Entgelts eingeschränkt werden könne. Es sei zwar richtig, dass §§ 18 und 19 E-Geldgesetz keine explizite Regelung der Verjährung des Rücktauschspruchs des E-Geld-Inhabers gegenüber dem E-Geld-Emittenten enthielten und dass die Vereinbarung einer kürzeren als der gesetzlich vorgesehenen Verjährung in AGB bei sachlicher Rechtfertigung zulässig sei. Aus den zitierten Bestimmungen des E-Geldgesetzes er gebe sich allerdings, dass die Vereinbarung einer nur einjährigen (anstelle der sich aus dem dispositiven Recht ergebenden dreißigjährigen) Verjährungsfrist jedenfalls als unzulässig beurteilt werden müsse. Die Angemessenheit einer bloß einjährigen Verjährungsfrist sei auch unter Zugrundelegung des Vorbringens der Beklagten nicht erkennbar, selbst wenn eine Verkürzung der Verjährungsfrist grundsätzlich sachlich gerechtfertigt sein könnte.

Die Revisionswerberin macht geltend, es sei zulässig, die Verkürzung der Verjährungsfrist mit Verbrauchern in AGB zu vereinbaren, wenn dies - wie hier - sachlich gerechtfertigt sei. Schließlich habe sie gemäß § 93 Abs 2 Z 2 BWG die aufgeladenen Geldbeträge zu sichern und somit die Leistung vorrätig zu halten, was auch mit Kosten verbunden sei.

Dazu wurde erwogen:

Gemäß § 1 Abs 1 E-Geldgesetz bezeichnet E-Geld *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 im Sinne von § 3 Z 5 ZaDiG durchzuführen, und der auch von anderen natürlichen oder juristischen Personen als dem E-Geld-Emittenten angenommen wird.

Damit sollen alle Fälle abgedeckt werden, in denen ein Zahlungsdienstleister geldwerte Einheiten gegen Vorauszahlung bereitstellt, die für Zahlungen verwendet werden können, weil sie von Dritten als Zahlung akzeptiert werden (ErläutRV 982, XXIV. GP 6), unabhängig davon, wo der monetäre Wert gespeichert ist (*Leixner*, ZaDiG², § 1 E-Geldgesetz, Rz 4). Die Pre-Paid Karte der Beklagten erfüllt diese Voraussetzungen, weshalb auf sie das E-Geldgesetzes anwendbar ist.

§ 18 Abs 1 E-Geldgesetz bestimmt:

Der E-Geld-Emittent hat dem E-Geld-Inhaber auf Verlangen jederzeit den monetären Wert des gehaltenen E-Geldes zum Nennwert, unter Berücksichtigung von § 19, zu erstatten. Soweit in Vereinbarungen davon zulasten von E-Geld-Inhabern abgewichen wird, sind diese Bestimmungen unwirksam.

§ 18 Abs 1 E-Geldgesetz (Art 11 RL 2009/110/EG) bestimmt somit ausdrücklich, dass ein Rücktausch jederzeit möglich sein muss. Nach Ablauf eines Jahres darf dafür allerdings (gemäß § 19 Abs 2 Z 3 E-Geldgesetz) ein Entgelt verlangt werden. Da § 18 E-Geldgesetz keine Verjährungsfrist nennt, kommt die allgemeine Frist des § 1478 ABGB von 30 Jahren zum Tragen (*Gerhartinger*, Elektronisches Geld im österreichischen Bank- und Privatrecht, 71). Die Rechtsprechung, wonach eine Verkürzung der Verjährungsfrist - bei Vorliegen eines

sachlichen Grundes und keiner übermäßigen Erschwerung der Anspruchsverfolgung - auch in AGB - zulässig ist (vgl. RIS-Justiz RS0034782; RS0034404; RS0016688), ist im vorliegenden Fall nicht einschlägig, zumal § 18 Abs 1 E-Geldgesetzes ausdrücklich vorsieht, dass vom jederzeitigen (mithin mindestens 30 jährigen) Erstattungsrecht des E-Geld-Inhabers zu dessen Lasten nicht abgewichen werden darf. § 18 Abs 1 E-Geldgesetzes ist damit lex specialis zu § 1502 ABGB, der nur dann zur Anwendung kommt, wenn nicht gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen verstoßen wird (RIS-Justiz RS0034404). Da dies hier der Fall ist, sind die Klauseln jedenfalls unzulässig, ohne dass es auf eine Interessensabwägung ankäme.

Aber selbst bei Vornahme einer Interessensabwägung ginge das von der Revisionswerberin gebrauchte Argument, sie müsse die aufgeladenen Beträge der Einlagensicherung unterwerfen und habe daher ein Interesse an deren baldigem Verfall, fehl. Nach Art 6 Abs 3 RL 2009/110/EG (= § 3 Abs 5 E-Geldgesetzes) gelten nämlich Gelder, die E-Geld-Institute von ihren Kunden zum Zweck der Ausgabe von E-Geld entgegennehmen, nicht als Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums gemäß § 1 Abs 1 Z 1 BWG.

Klausel 4:

Da die Wertkarte anonym ist, ist es nicht möglich, sie zu sperren oder eine weitere Nutzung, etwa nach Verlust durch den Karteninhaber, zu verhindern. Es gilt daher als vereinbart, dass § 35 Abs 1 Z 2 und 3, § 36 Abs 2 sowie § 44 Abs 3 des Zahlungsdienstegesetzes betreffend Sperrung, Anzeige und Haftung nach Anzeige nicht anzuwenden sind.

Der Kläger beanstandete, diese Klausel verstoße

gegen die Bestimmung des § 33 Abs 2 Z 1 ZaDiG, nach der eine von § 35 Abs 1 Z 2 und 3, §§ 36 Abs 2 sowie 44 Abs 3 ZaDiG abweichende Vereinbarung nur dann zulässig sei, wenn der Zahlungsdienstleister das Zahlungsinstrument nicht sperren und eine weitere Nutzung verhindern könnte. Das sei hier nicht der Fall, weil bei allen Zahlungen mit der Karte die geheime, nur dem berechtigten Karteninhaber bekannte Kunden-Kontrollnummer angegeben werden müsse, mit deren Hilfe jede Zahlung mit der Karte von der Beklagten erfasst werde und mit deren Hilfe der Karteninhaber jederzeit den Stand seines E-Geld-Guthabens bei der Beklagten abfragen könne (Klausel 1). Es könnte daher entgegen der Behauptung in § 10 AGB ohne nennenswerte Zusatzkosten und Einschränkung der Benutzerfreundlichkeit der Karte die Möglichkeit einer Sperre von Wertkarten geschaffen werden, die den berechtigten Inhabern gestohlen oder von diesen verloren würden. Aus den gleichen Gründen könne sich die Beklagte auch nicht auf die Sonderbestimmung in § 33 Abs 4 ZaDiG für bestimmte Arten von elektronischem Geld berufen, da auch diese Ausnahme voraussetze, dass keine Möglichkeit zur Sperre des Zahlungsinstruments bestehe. Die Klausel verstoße im Hinblick auf die gröblich benachteiligende Ausgestaltung der wechselseitigen Pflichten jedenfalls gegen § 879 Abs 3 ABGB.

Die Beklagte erwiderte, dass gemäß § 33 Abs 2 Z 1 ZaDiG der Zahlungsdienstleister mit dem Zahlungsdienstnutzer eine von § 35 Abs 1 Z 2 und 3, §§ 36 Abs 2 sowie 44 Abs 3 ZaDiG abweichende Vereinbarung treffen könne, wenn es das Zahlungsinstrument nicht ermögliche, es zu sperren oder eine weitere Nutzung zu verhindern. Da die Geschenkkarte anonym genutzt werde, sei eine Sperre nicht möglich. So müsse entgegen der Auffassung

des Klägers nicht bei allen Zahlungen mit der Karte die geheime, nur dem berechtigten Karteninhaber bekannte Kunden-Kontrollnummer angegeben werden. Die Kunden-Kontrollnummer sei auf der Geschenkkarte aufgedruckt, sodass jeder, der mit der Geschenkkarte zu tun habe, also auch ein unberechtigter Karteninhaber, die Kunden-Kontrollnummer kenne. Die Zahlungsfunktion sei auch nicht dadurch abgesichert, dass diese durch Eingabe der PIN erfolge. Deshalb könne grundsätzlich jeder Inhaber der Geschenkkarte über das auf ihr gespeicherte E-Geld verfügen. Da der Beklagten - im Gegensatz zu einer personalisierten Kreditkarte - der „berechtigte Karteninhaber“ nicht bekannt sei, liege ein Fall der Unmöglichkeit einer Sperre vor. Geschenkkarten dienten dem Zweck, sie an Stelle von Bargeld an Dritte zu verschenken. Folge man der Ansicht des Klägers, so bestehe für den Geschenkgeber die Möglichkeit, die Geschenkkarte einem Dritten zu schenken, jedoch anschließend die Karte zu sperren, weil er sich die Kartenummer und die Kunden-Kontrollnummer notiert habe. Jeder, der eine Verfügungsmacht über die Geschenkkarte habe, könnte versuchen, sich das auf der Geschenkkarte gespeicherte E-Geld durch Angabe der Karten- und Kunden-Kontrollnummer von der Beklagten auszahlen zu lassen. Der Kläger übersehe, dass Geschenkkarten sowohl mit Bargeld als auch Gutscheinen nahezu ident seien: Verliere ein Verbraucher einen Gutschein oder werde dieser gestohlen, so habe der Verbraucher keinen Anspruch darauf, dass ihm der Gutscheinausgeber (kostenlos) einen neuen Gutschein übergebe, diesen „sperre“ oder für ungültig erkläre oder dem Verbraucher den Gegenwert des Gutscheins in bar ausbezahle. Ebenso sei es gesetzlich nicht vorgesehen, dass die Österreichische Nationalbank gestohlen gemeldete Banknoten

„sperre“ oder für ungültig erkläre und dem Verbraucher, der den Diebstahl oder Verlust gemeldet habe, neue Banknoten im Gegenwert der gestohlenen/verloren gegangenen ausbebe.

Das Berufungsgericht führte dazu aus, dass nach § 33 Abs 2 Z 1 ZaDiG Zahlungsdienstleister mit ihren Zahlungsdienstnutzern im Fall von Kleinbetragzahlungsinstrumenten vereinbaren könnten, dass § 35 Abs 1 Z 2 und 3, §§ 36 Abs 2 sowie 44 Abs 3 betreffend Sperrung, Anzeige und Haftung nach Anzeige nicht anzuwenden seien, wenn es das Zahlungsinstrument nicht ermöglichte es zu sperren oder eine weitere Nutzung zu verhindern. § 33 Abs 2 Z 1 ZaDiG sei insofern unklar und auslegungsbedürftig, als das Gesetz keine Kriterien anführe, nach denen es sich bestimmt, ob bei einem Instrument die Möglichkeit bestehe, es zu sperren. Das sei deswegen problematisch, weil es in der Regel von der vom Zahlungsdienstleister vorgegebenen Ausstattung des Instruments und dem Aufwand abhängt, den er tätigen wolle, ob das Instrument gesperrt werden könne oder nicht. Daher werde einerseits vertreten, dass es auf die objektiv-abstrakte Unmöglichkeit der Sperre ankomme, andererseits, dass auf den Zweck der Ausnahmebestimmung des § 33 ZaDiG abzustellen sei, der darin liege, dem Kunden für Kleinbetragszahlungen eine kostengünstige und benutzerfreundliche Alternative zu „sicheren“ Instrumenten anzubieten. Soweit die Schaffung einer Sperrmöglichkeit die Kostenvorteile und die Benutzerfreundlichkeit wesentlich vermindere, sei daher der Verzicht auf eine Sperrmöglichkeit zulässig. Könnte man hingegen das Instrument ohne ins Gewicht fallende Zusatzkosten und ohne Einschränkung der Benutzerfreundlichkeit so ausgestalten, dass eine Sperre möglich sei, liege eine unzulässige Umgehung der dem

Zahlungsdienstleister in den §§ 35 Abs 1 Z 2 und 3 und 44 Abs 3 ZaDiG auferlegten Sorgfalts- und Haftpflichten vor. Die Argumentation der Beklagten, eine Sperre der Karte sei unmöglich, übergehe, dass es nach ihrem eigenem Vorbringen eine Kartenummer gebe, die für die Verrechnung mit Händlern notwendig sei, weil spätere Zahlungstransaktionen einer konkreten Geschenkkarte zugeordnet werden müssten, um den Transaktionsbetrag von dem auf dieser Geschenkkarte gespeicherten Guthaben abzubuchen. Daraus folge aber, dass eine Sperre der Geschenkkarte über die Kartenummer (sowohl bei Zahlung im Geschäft, aber auch im Fernabsatz) theoretisch jedenfalls möglich sein müsse. Von einer objektiv-abstrakten Unmöglichkeit der Sperre könne daher keine Rede sein. Da der Zahlungsdienstnutzer bei der Transaktion auch die gleichen Modalitäten einzuhalten habe wie herkömmliche Pre-Paid- und Kreditkarteninhaber, sei darüber hinaus die besondere Benutzerfreundlichkeit nicht ersichtlich, die die Haftungserleichterung des Zahlungsdienstleisters begründe.

Die Beklagte machte in der Revision geltend, mit der Geschenkkarte könnten von jedermann Transaktionen vorgenommen werden. Die Beklagte könne nicht überprüfen, ob die Personen, welche die Geschenkkarte sperren lassen möchte, auch tatsächlich der rechtmäßige Karteninhaber sei. Weder der Erwerber der Geschenkkarte noch ein beschenkter Dritter seien verpflichtet, sich bei der Beklagten zu legitimieren. Die Sperre bringe daher für den Karteninhaber keinen Vorteil. Die Geschenkkarte sei mit Bargeld bzw mit der elektronischen Geldbörse „Quick“ zu vergleichen.

Dazu wurde erwogen:

Nach § 33 Abs 2 Z 1 ZaDiG kann der Zahlungsdienstleister im Fall von

Kleinbetragszahlungsinstrumenten mit Kunden vereinbaren, dass §§ 35 Abs. 1 Z 2 und 3, 36 Abs 2 sowie 44 Abs 3 betreffend Sperrung, Anzeige und Haftung nach Anzeige nicht anzuwenden sind, wenn es das Zahlungsinstrument nicht ermöglicht, es zu sperren oder eine weitere Nutzung zu verhindern.

Das Gesetz nennt keine Kriterien, wann eine Sperre möglich ist. *Weilinger/Gratzl* in *Weilinger*, ZaDiG § 33 Rz 16 stellen (unter Verweis auf *Haghofer* in *Weilinger*, ZaDiG § 35 Rz 24) auf die objektiv abstrakte Möglichkeit einer Sperre ab. Eine Sperrmöglichkeit sei nach der Zielsetzung (ErläutRV 207, XXIV. GP 38) der Bestimmung, eine kostengünstige und benutzerfreundliche Alternative zu „sicheren“ Instrumenten anzubieten, dann zu bejahen, wenn diese ohne nennenswerte Zusatzkosten und ohne wesentliche Einschränkung der Benutzerfreundlichkeit eingebaut werden könne. *Leixner*, ZaDiG² § 33 Rz 5 stellt ebenfalls darauf ab, ob das betreffende Zahlungsinstrument seiner Natur nach nicht gesperrt werden könne. Ähnlich *Harrich*, *Zivilrechtliche Aspekte des Zahlungsdienstgesetzes*, 305, wonach es auf die technische Machbarkeit ankomme. Es seien die technischen Möglichkeiten ebenso wie die berechnete Erwartungshaltung des Kunden zu berücksichtigen.

Die Vorinstanzen haben zutreffend erkannt, dass mittels der der Beklagten bekannten Kartenummer eine Sperre technisch möglich ist und eine Sperre weder die Kostenvorteile, noch die Benutzerfreundlichkeit der Karte wesentlich vermindert. Die Revisionswerberin bestreitet das auch gar nicht (mehr), sondern zieht einen (unzulässigen) Vergleich zum sogenannten Quick-Guthaben, das gänzlich ohne Pin-Eingabe oder Unterschriftsleistung funktioniert (vgl *Judt/Komatz*, *Zur Entwicklung der elektronischen Geldbörse*

in Europa, ÖBA 2006, 621 [623]). Warum aus der fehlenden Sperrmöglichkeit bei Quick-Karten Rückschlüsse für ihre Pre-Paid Karten abzuleiten sein sollen, bleibt aber offen. Weiters argumentiert die Revisionswerberin, weil die Karte anonym genutzt werde und sich Inhaber nicht zu legitimieren bräuchten, könne sie bei einem Sperrverlangen nicht verifizieren, ob der Einschreiter der tatsächlich Berechtigte sei. Das mag zwar zutreffen, geht aber an der Sache vorbei: Die anonyme Nutzungsmöglichkeit ist zwar Tatbestandsmerkmal des § 33 Abs 2 Z 2 ZaDiG, nicht jedoch der hier gegenständlichen Z 1. Hier kommt es nur auf die abstrakte Sperrbarkeit an, weil der Gesetzgeber hier nicht auf die anonyme Nutzung abstellt. Da beide Bestimmungen in wörtlicher Umsetzung von Art 53 Abs 1 lit a, lit b RL 2007/64/EG ergangen sind und die Richtlinie eine Vollharmonisierung vorsieht (2 Ob 224/13z mwN), steht es den Mitgliedstaaten und Gerichten nicht frei, § 33 Abs 2 Z 1 ZaDiG um dieses Tatbestandsmerkmal zu ergänzen. Ist die Karte also technisch sperrbar und anonym nutzbar, kann sich der Zahlungsdienstleister nicht auf damit verbundene Schwierigkeiten berufen (*Haghofer in Weilinger, ZaDiG § 44 Rz 43*). Auch diese Klausel ist daher gesetzwidrig.

Klausel 6:

Sollten Bestimmungen dieser Vereinbarung rechtsunwirksam sein oder im Laufe ihrer Dauer werden, so berührt dies die Rechtswirksamkeit der anderen Bestimmungen nicht. Die Vertragsteile verpflichten sich in diesem Fall die rechtsunwirksame (rechtsunwirksam gewordene) Bestimmung durch eine solche zu ersetzen, die rechtswirksam ist und in ihrer wirtschaftlichen Auswirkung der ersetzten Bestimmung so weit als möglich und rechtlich [zulässig] entspricht.

Der Kläger führte ins Treffen, die Klausel

verstoße gegen § 6 Abs 3 KSchG sowie gegen die zwingende Anordnung in § 6 Abs 1 und 2 KSchG, wonach inhaltlich unzulässige Klauseln für den Verbraucher nicht verbindlich seien, was unter Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben in Art 6 der Richtlinie 93/13/EWG ausschließe, dass eine missbräuchliche Klausel, wie das hier vorgesehen werde, durch eine geltungserhaltend auf ihren zulässigen Kern reduzierte Klausel ersetzt werde.

Die Beklagte wendete ein, da es sich bei der Geschenkkarte um eine anonyme Zahlungskarte handle, sei es ihr nicht möglich, dem Karteninhaber allfällige Änderungen der AGB zu übermitteln. Diese Klausel habe daher ausschließlich den Zweck, Änderungen, die sich aufgrund von Novellierungen der gesetzlichen Grundlage (etwa Novellierungen des E-Geldgesetzes oder des ZaDiG) ergeben würden, durchführen zu können, damit die AGB den rechtlichen Bestimmungen entsprechen.

Das Berufungsgericht führte dazu aus, die bezogene Bestimmung sei iSd § 6 Abs 3 KSchG intransparent, weil sich der Verbraucher zur Abgabe einer ihm nicht vorhersehbaren Erklärung und Abänderung des Vertrags verpflichten solle, wobei nicht vom Horizont der „redlichen“ Vertragsparteien ausgegangen werden solle, sondern vom unzulässigen Sinn und Zweck der Bestimmung. Eine Klausel, die auf eine geltungserhaltende Reduktion hinauslaufe, sei schon angesichts der Auslegung des Art 6 der RL 93/13/EWG durch den EuGH (C-618/10) als unzulässig zu beurteilen. Demnach sei es dem nationalen Gericht (auch außerhalb des Verbandsprozesses) nicht gestattet, wenn es eine missbräuchliche Klausel in einem Vertrag zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher entdecke, den Inhalt dieser Klausel abzuändern, anstatt schlicht deren

Anwendung gegenüber dem Verbraucher auszuschließen.

Die Beklagte wiederholte in der Revision ihren Standpunkt, wonach nicht nachzuvollziehen sei, wie es ihr möglich sein soll, Karteninhabern neue AGB zu übersenden und mit diesen die Wirksamkeit zu vereinbaren.

Dazu wurde erwogen:

Nach neuester Rechtsprechung kommt die geltungserhaltende Reduktion nicht im einzelnen ausgehandelter missbräuchlicher Klauseln auch im Individualprozess über ein Verbrauchergeschäft nicht mehr in Frage (RIS-Justiz RS0128735; 2 Ob 22/12t; 4 Ob 229/13z; EuGH 14. 6. 2012, Rs C-618/10, *Banco Espaniol de Credito/Joaquin Calderon Camino* = JBl 2012, 434 [Lukas]). Eine „Salvatorische Klausel“ ist iSd § 6 Abs 3 KSchG daher intransparent, wenn sich der Versicherungsnehmer zur Abgabe einer ihm nicht vorhersehbaren Erklärung und Abänderung des Vertrags verpflichten soll, wobei nicht vom Horizont der 'redlichen' Vertragsparteien ausgegangen werden soll, sondern vom unzulässigen Sinn und Zweck der Bestimmung (RIS-Justiz RS0122045). Unzulässig in diesem Sinn waren die Klauseln: „durch eine andere gültige und zulässige Bestimmung zu ersetzen, die dem Sinn und Zweck der weggefallenen Bestimmung entspricht“ (7 Ob 78/06f); „die Vertragsparteien verpflichten sich, einzelne allenfalls gesetzwidrige Regelungen unter Berücksichtigung des hier beabsichtigten wirtschaftlichen Zweck durch gültige zu ersetzen“ (7 Ob 233/06z).

Die hier gegenständliche Klausel entspricht weitgehend der in 7 Ob 233/06z für unzulässig erklärten. Die Beklagte zeigt keine überzeugenden Gründe auf, die eine andere Beurteilung nahelegen würden.

Klausel 7:

*Ausstellung einer Wertkarte 6,50 EUR
(Geschenkbbox)/3,90 EUR (Kuvert)*

Der Kläger brachte vor, diese Bestimmung sei mit § 17 erster Satz E-Geldgesetz unvereinbar. Mit der gegenständlichen Wertkarte könne einmalig ein Betrag in der Höhe von mindestens 10 bis maximal 150 EUR geladen werden (§ 8.1. AGB), wobei sich das Entgelt für die Ausstellung der Wertkarte nach § 16.1. AGB auf 6,50 EUR belaufe. Das habe zur Folge, dass der Kunde beispielsweise für die Ausgabe eines E-Geld-Betrags von 100 EUR einen Betrag von 106,50 EUR bezahlen müsse. Gemäß § 17 erster Satz E-Geldgesetz habe der E-Geld-Emittent das E-Geld stets in der Höhe des entgegengenommenen Geldbetrags auszugeben, was zur Folge habe, dass E-Geld-Emittenten für die Ausgabe des E-Gelds selbst noch kein Entgelt verrechnen dürften, weil ansonsten der an den E-Geld-Inhaber ausgegebene E-Geld-Betrag gerade nicht dem vom E-Geld-Emittenten entgegengenommenen Geldbetrag entsprechen würde, sondern letzterer höher wäre. Die Verrechnung von Entgelten oder Gebühren müsse für die Ausgabe von E-Geld schon deshalb unzulässig sein, weil andernfalls die zwingende Bestimmung des § 17 erster Satz E-Geldgesetz beliebig zum Nachteil des Kunden umgangen werden könnte. Der mögliche Einwand, der Kunde zahle das Entgelt nicht für die Ausgabe des E-Gelds, sondern für die Karte, sei verfehlt, weil die Karte ausschließlich der Ausgabe des auf ihr gespeicherten Betrags diene und diese nicht wieder aufgeladen werden könne, weshalb sie nach dem Gebrauch nutzlos werde.

Die Beklagte räumte ein, es sei zutreffend, dass

gemäß § 17 E-Geldgesetz der E-Geld-Emittent verpflichtet sei, E-Geld zum Nennwert des entgegengenommenen Geldbetrags auszugeben. Nichts anderes mache jedoch die Beklagte, weil der Verbraucher den selben Wert des gegebenen (Bar-)Geldbetrags als E-Geld erhalte. Auch erfolge die Zurverfügungstellung des Trägermediums („Plastikkarte“) unentgeltlich. Der Kläger übersehe, dass die Beklagte ausschließlich ein Entgelt für die zusätzliche Leistung der Bereitstellung einer Geschenkbox oder eines Kuverts berechne. Zwischen diesen beiden Varianten könne der Verbraucher frei wählen. Da die Geschenkkarte dafür gedacht sei, verschenkt zu werden, liege es auch im Interesse des Verbrauchers, das Geschenk optisch entsprechend zu verpacken. Weder das E-Geldgesetz noch die E-Geld-RL untersagten es dem Emittenten, für die Zusatzleistung, die naturgemäß Kosten verursache, ein Entgelt in Rechnung zu stellen.

Das Berufungsgericht verneinte die in diesem Zusammenhang geltend gemachte Nichtigkeit des erstgerichtlichen Urteils und führte im Übrigen aus, § 17 E-Geldgesetz bestimme, dass der E-Geld-Emittent das E-Geld stets in der Höhe des Nennwertes des entgegengenommenen Geldbetrags auszugeben habe. Soweit in Vereinbarungen davon zulasten von E-Geld-Inhabern abgewichen werde, seien diese Bestimmungen unwirksam. Nach der beanstandeten Klausel werde für die Ausstellung der Karte 6,50 EUR (Geschenkbox) oder 3,90 EUR (Kuvert) als Entgelt in Rechnung gestellt. Entsprechend dem Wortlaut der Klausel und dem Vorbringen der Beklagten handle es sich dabei nicht um vom Verbraucher nach Belieben zusätzlich abrufbare Leistungen der Beklagten, sondern müsse der E-Geld-Inhaber für die Ausstellung der Geschenkkarte entweder 6,50 oder

3,90 EUR bezahlen, das heißt, zwischen diesen beiden Varianten wählen, ohne dass er die Option hätte, lediglich das Trägermedium (unentgeltlich) zu erwerben. Die Verpflichtung, das E-Geld zum Nennwert auszugeben, werde durch die zwingend vom E-Geld-Inhaber zu erwerbenden entgeltlichen Zusatzleistungen ausgehöhlt. Damit umgehe die Beklagte aber tatsächlich die Bestimmung des § 17 E-Geldgesetz zulasten des E-Geld-Inhabers.

Die Beklagte beharrt in ihrer Revision darauf, dass sich die Kosten für eine Geschenkbox oder ein Kuvert ausschließlich auf Zusatzleistungen bezögen. § 17 E-Geldgesetz enthalte keine Regelung, wonach es dem E-Geld-Emittenten nicht erlaubt sei, für solche Zusatzleistungen ein Entgelt in Rechnung zu stellen.

Dazu wurde erwogen:

Ein Umgehungsgeschäft liegt vor, wenn die Parteien die von einer Norm angeordneten Rechtsfolgen dadurch vermeiden, dass sie ein Rechtsgeschäft schließen, das dem Wortlaut nach nicht von dieser Norm betroffen wird, das jedoch den gleichen Zweck erfüllt wie das verbotene Geschäft (RIS-Justiz RS0018173). Es genügt, dass das Umgehungsgeschäft objektiv den Sinn und Zweck der umgangeenen Norm vereitelt; auf eine spezielle Umgehungsabsicht der Parteien kommt es nicht an (RIS-Justiz RS0016780). Würde der Normzweck durch die Zulassung des Umgehungsgeschäfts vereitelt werden, so ist die Norm auch auf dieses anzuwenden (RIS-Justiz RS0018153).

Die ErläutRV 982, XXIV. GP 19 erklären nur, weshalb eine Ausgabe über dem Nennwert unzulässig ist, nämlich weil damit die Gefahr der Geldmengenvermehrung einhergeht. Aus dem Gesetzestext („zu Lasten“) und der ErläutRV (arg: „Ausgabe über dem Nennwert ist ebenfalls

unzulässig“) ergibt sich jedoch, dass auch die Ausgabe unter dem Nennwert unzulässig ist. Der Normzweck liegt - da hier die Gefahr einer Geldentwertung nicht droht - im Kundenschutz (vgl. *Leixner*, ZaDiG², § 17 E-Geldgesetz Rz 2). Daher liegt ein Umgehungsgeschäft hinsichtlich § 17 E-Geldgesetz vor. Der Kunde hat nämlich gar keine Wahl, die Karte ohne Zusatzleistung zu kaufen, sondern muss sich entweder für das Kuvert oder die Geschenkbox entscheiden. Dass dies in seinem Interesse liege, ist nicht zutreffend, zumal er ja dazu gezwungen wird. Denn auch wenn die Beklagte ihre Karte als Geschenkkarte bezeichnet, kann sie doch zum Eigengebrauch erworben werden, etwa von Personen, die mangels Kreditwürdigkeit keine „klassische“ Kreditkarte ausgestellt erhalten. Die Klausel ist daher als Umgehungstatbestand zu § 17 E-Geldgesetz unzulässig.

Klausel 8:

Für den Rücktausch von Guthaben 2 EUR

Der Kläger beanstandete, dass dieses Entgelt für den - vor Ablauf der auf der Karte angegebenen Gültigkeitsdauer - teilweisen Rücktausch gegen § 19 Abs 3 E-Geldgesetz verstoße, weil die Klausel indirekt das zwingende Recht des E-Geld-Inhabers einschränke, lediglich den Rücktausch eines Teils seines auf der Pre-Paid Karte befindlichen Restguthabens zu verlangen. Nach § 19 Abs 3 E-Geldgesetz könne der E-Geld Inhaber vor Vertragsablauf nicht nur den gesamten Betrag des E-Gelds, sondern auch lediglich einen Teil davon erstattet verlangen. Die Vereinbarung eines bestimmten Mindestbetrags sei dabei nicht zulässig. Das habe Auswirkungen auf die Vereinbarung von Rücktauschentgelten. Diese könnten zwar für den Fall eines bloß teilweisen Rücktauschs gemäß § 19 Abs 2 Z 1

E-Geldgesetzes grundsätzlich zulässig vereinbart werden, weil ein teilweiser Rücktausch stets vor dem Ablauf des E-Geld-Vertrags erfolge. Allerdings dürfe es sich dabei um keinen absoluten Betrag handeln, weil dieser dann zwangsläufig die Mindestgrenze für ein Rücktauschverlangen darstelle. Rücktauscentgelte könnten nur dann zulässig sein, wenn sie als Prozentsatz des jeweils rückgetauschten E-Geld-Betrags vereinbart würden. Das vereinbarte Rücktauscentgelt müsse gemäß § 19 Abs 2 zweiter Satz E-Geldgesetz nicht nur in einem angemessenen Verhältnis zu den tatsächlich anfallenden Kosten stehen, sondern auch verhältnismäßig sein.

Die Beklagte erwiderte, die vom Kläger zitierte Klausel sei sinnwidrig aus dem Zusammenhang gerissen. Die gesamte Klausel laute: „16.3. für den Rücktausch von Guthaben EUR 2,--, wenn der Karteninhaber 16.3.1. vor Ende der Vertragsdauer einen Rücktausch verlangt, 16.3.2. den Vertrag vor Ablauf der Vertragsdauer (§ 14) beendet oder 16.3.3. den Rücktausch nach mehr als einem Jahr nach Ende des Vertragsverhältnisses (§ 14) verlangt.“ Die Klausel zitiere somit ausschließlich § 19 Abs 2 E-Geldgesetz, welcher Entgelte für den Rücktausch unter den drei in der Klausel genannten Bedingungen vorsehe. § 18 Abs 1 E-Geldgesetz sei im Zusammenhang mit der Höhe des rücktauschbaren Werts die ausschließlich relevante Norm. Er besage, dass der monetäre Wert des gehaltenen E-Gelds zum Nennwert zu erstatten sei, jedoch unter Berücksichtigung des § 19 E-Geldgesetz. Daher stelle das für die im Gesetz vorgesehenen Fälle verrechnete Entgelt jedenfalls keine Mindestumtauschhöhe dar, weil es in § 18 Abs 1 E-Geldgesetz ausdrücklich als zulässig erklärt werde. Außerdem sei zu berücksichtigen, dass dem E-Geld-Inhaber jedenfalls - nach

Ende der Vertragsdauer - die Möglichkeit offen stehe, sein E-Geld ohne zusätzliches Entgelt zurückzutauschen. Lediglich für die in § 19 Abs 2 E-Geldgesetz geregelten Fälle sei der E-Geld-Emittent berechtigt, mit dem E-Geld-Inhaber ein zur erbrachten Leistung und den Kosten angemessenes Entgelt zu vereinbaren. Gemäß § 19 Abs 3 E-Geldgesetz dürfe der E-Geld-Inhaber entweder einen Teilbetrag oder den gesamten Betrag vor Ablauf des Vertrags zurücktauschen. Dem E-Geld-Inhaber werde gesetzlich ein ordentliches Kündigungsrecht eingeräumt, das ihm nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln bei befristeten Verträgen nicht zustehe. Der Ansicht des Klägers, dass Rücktauschentgelte nur dann zulässig seien, wenn sie als Prozentsatz des jeweiligen zurückgetauschten E-Geld-Betrags vereinbart würden, sei entgegenzuhalten, dass der Aufwand und somit die Kosten für den Rücktausch - unabhängig vom rückgetauschten Betrag - immer gleich hoch seien. Hierbei sei auf eine Verhältnismäßigkeit zu der erbrachten Leistung und den Kosten abzustellen. Diese sei jedoch nur bei Vereinbarung eines Fixbetrags gewährleistet. Bei Vereinbarung eines Prozentsatzes sei das in einem Prozentsatz ausgedrückte Entgelt entgegen den Vorgaben des E-Geldgesetzes nicht mehr verhältnismäßig zu der erbrachten Leistung und den Kosten. Darüber hinaus könnte bei Vereinbarung eines Prozentsatzes das Entgelt für den vom Karteninhaber gewünschten Rücktausch die tatsächlichen Kosten und das Verhältnis zur erbrachten Leistung erheblich übersteigen. So müssten in den AGB verschiedene - von der Höhe des rückgetauschten E-Gelds abhängige - Entgelte für den Rücktausch vereinbart werden. Die Höhe des Entgelts müsste darüber hinaus auch noch in einem Prozentsatz angegeben werden. Dies führe dazu, dass die AGB unnötig verlängert und kompliziert

würden, wodurch die geforderte Transparenz nicht mehr gewährleistet werde.

Das Berufungsgericht führte dazu aus:

Gemäß § 19 Abs 2 E-Geldgesetz dürfe der E-Geld-Emittent ein Entgelt für den Rücktausch verrechnen, wenn der E-Geld-Inhaber vor Vertragsablauf einen Rücktausch verlange, im Fall eines befristeten Vertrags den Vertrag vor Ablauf der Frist beende oder den Rücktausch nach mehr als einem Jahr nach Vertragsablauf verlange. Solche Entgelte seien überdies nur zulässig, wenn sie im Vorhinein vereinbart worden und verhältnismäßig seien und in einem angemessenen Verhältnis zu den tatsächlichen Kosten des E-Geld-Emittenten stünden. Dieses Entgelt müsse verhältnismäßig zum rückgetauschten E-Geld und an den tatsächlichen Kosten des E-Geld-Emittenten ausgerichtet sein. Ein pauschalierter Betrag (Fixbetrag) schließe von vornherein die vom Gesetz zusätzlich zur angemessenen Relation zwischen Entgelt und den tatsächlich entstandenen Kosten des E-Geld-Emittenten geforderte Verhältnismäßigkeit zwischen Entgelt und rückgetauschtem Geld im Einzelfall aus. Auf ersteres komme es nicht allein an. Für die Beklagte wäre daher noch nichts zu gewinnen, wenn die in Rechnung gestellten 2 EUR in Bezug auf die von der Beklagten erbrachte Leistung und die damit verbundenen Kosten verhältnismäßig sein sollten.

Die Beklagte wiederholte in der Revision ihre bisherigen Argumente zu diesem Thema. Es sei schlicht unmöglich, mit jedem einzelnen Kunden eine gesonderte Vereinbarung (etwa über die Höhe des jeweiligen Entgelts bei einem Rücktausch) zu treffen.

Dazu wurde erwogen:

§ 19 Abs 2 E-Geldgesetz bestimmt: „Entgelte für

den Rücktausch dürfen nur verrechnet werden, wenn der E-Geld-Inhaber 1. vor Vertragsablauf vom E-Geld-Emittenten einen Rücktausch verlangt, 2. im Fall eines befristeten Vertrags den Vertrag vor Ablauf der Frist beendet oder 3. den Rücktausch nach mehr als einem Jahr nach Vertragsablauf verlangt. Solche Entgelte sind überdies nur zulässig, wenn sie vorher wirksam gemäß Abs. 1 vertraglich vereinbart worden und verhältnismäßig sind und in einem angemessenen Verhältnis zu den tatsächlich entstandenen Kosten des E-Geld-Emittenten stehen.

Abs 3: Vor Vertragsablauf kann der E-Geld-Inhaber entweder einen Teil oder den gesamten Betrag des E-Gelds verlangen.

Abs 5: Soweit in Vereinbarungen von den Abs. 2 bis 4 zulasten von E-Geld-Inhabern abgewichen wird, sind diese Bestimmungen unwirksam.“

Die Bestimmung eines Fixbetrags anstelle eines prozentuellen Anteils widerspricht der vom Gesetz geforderten Verhältnismäßigkeit des Entgelts.

Die ErläutRV 982, XXIV. GP 20 halten unmissverständlich fest, dass das Entgelt verhältnismäßig zum rückgetauschten E-Geld und an den tatsächlichen Kosten des E-Geld-Emittenten ausgerichtet sein muss. Dass, wie die Revisionswerberin behauptet, der Betrag von 2 EUR in angemessenem Verhältnis zu ihren Kosten stehe, macht die Klausel daher noch nicht zulässig. Der verlangte Betrag muss nämlich auch verhältnismäßig zum rückgetauschten E-Geld sein, was nur dann der Fall ist, wenn entweder ein prozentuelles Entgelt oder eine Staffelung vereinbart wird. Die damit einhergehende Verlängerung der AGB ist - entgegen der Revision - kein taugliches Argument für die Zulässigkeit der Klausel.

Der Revision war daher insgesamt nur teilweise, nämlich in Bezug auf Klausel 1, Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung gründet auf den §§ 50 Abs 1, 43 Abs 2 ZPO. Die Beklagte war nur mit einem gegenüber dem gesamten Anfechtungsgegenstand nicht ins Gewicht fallenden Teil ihres Revisionsantrags erfolgreich, sodass dem Kläger der Ersatz der gesamten Kosten seiner Revisionsbeantwortung zuzuerkennen ist und auch kein Anlass zu einer Abänderung der Kostenentscheidungen der Vorinstanzen besteht (vgl 9 Ob 61/14g mwN).

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 22. September 2015
Dr. V o g e l
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG