



Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Schrott-Mader als Vorsitzende sowie die Richterinnen Mag. Elhenicky und Mag. Wesely-Kristöfel in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer, Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **Pay-Life Bank GmbH**, 1030 Wien, Marxergasse 1B, vertreten durch Bichler Zrzavy Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert EUR 36.000,--), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 24.4.2014, 18 Cg 118/13m-6, in nichtöffentlicher Sitzung

I. den

B e s c h l u s s

gefasst:

Die Berufung wegen Nichtigkeit wird **verworfen**.

II. zu Recht erkannt:

Im Übrigen wird der Berufung **nicht Folge** gegeben.

Die Beklagte ist schuldig, der Klägerin die mit EUR 2.724,06 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin enthalten EUR 454,01 USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

B e g r ü n d u n g /

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 im Firmenbuch beim Handelsgesicht Wien eingetragene GmbH, 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 EUR 10,-- bis zu EUR 150,-- 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 Allgemeinen 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.

Der genaue Inhalt der Klauseln und das nähere Vorbringen der Parteien werden zur besseren Übersichtlichkeit bei der Behandlung der einzelnen Klauseln wiedergegeben.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht 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. In rechtlicher Hinsicht folgte es in Bezug auf alle Klauseln dem Standpunkt des Klägers, bejahte die Wiederholungsgefahr, weil die Beklagte der Aufforderung des Klägers vom 13.11.2013 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. Da besondere technische Schwierigkeiten bei Umstellung der AGB nicht ersichtlich seien, erscheine im Lichte der bisherigen Rechtsprechung eine Leistungsfrist von vier Monaten angemessen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten wegen Nichtigkeit, Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung iS einer Klagsabweisung. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt und schließlich hilfsweise beantragt, im Fall der (teilweisen) Bestätigung eine Leistungsfrist von mindestens sechs Monaten zu setzen.

Der Kläger beantragt, der Berufung keine Folge zu geben.

Die Berufung ist **nicht berechtigt**.

Zu den Grundsätzen des Verbandsprozesses ist vorauszuschicken:

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 Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Das dadurch geschaffene bewegliche System berücksichtigt einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“. Weicht eine Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners iSd § 879 Abs 3 ABGB schon dann vor, wenn es für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung gibt. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zuge dachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (stRsp; 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 unver-

ständig 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 (stRsp; zB 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 und 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 Rates 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.

Klausel 1:

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.

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.

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, sondern könnte im Bestreitungsfall (§ 34 Abs 3 ZaDiG) 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 treffen würden (§ 5.1. AGB). Daher wäre es der Beklagten entgegen der Behauptung in § 4.4. AGB ohne nennenswerte Zusatzkosten und Einschränkung der Benutzer-

freundlichkeit 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 (EUR 10,-- bis EUR 150,--) 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.

Dazu war zu erwägen:

Im Fall von Zahlungsinstrumenten, die - wie hier - Geldbeträge speichern, die EUR 150,-- nie übersteigen (Kleinbetragszahlungsinstrumente), können 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 sind, wenn das Zahlungsinstrument anonym genutzt

wird oder der Zahlungsdienstleister aus anderen Gründen, die sich aus der Natur des Zahlungsinstruments ergeben, nicht nachweisen kann, dass ein Zahlungsvorgang autorisiert war.

Diese Bestimmung stellt daher auf die Möglichkeit des Zahlungsdienstleisters ab, die Autorisierung des Zahlungsvorgangs nachzuweisen, sodass diese hier zu prüfen ist. § 3 Z 5 ZaDiG definiert Zahlungsvorgang als vom Zahler oder Zahlungsempfänger ausgelöste Bereitstellung, Transfer oder Abhebung eines Geldbetrages, unabhängig von etwaigen zugrunde liegenden Verpflichtungen im Verhältnis zwischen Zahler und Zahlungsempfänger.

Nach § 34 Abs 1 erster Satz ZaDiG gilt 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 hat. Im Falle der Bestreitung der Autorisierung durch den Zahlungsdienstnutzer oder der Geltendmachung der nicht ordnungsgemäßen Ausführung hat 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) ist das vom Zahlungsdienstleister angewandte Verfahren zur Feststellung, ob der Zahlungsauftrag tatsächlich vom Zahler autorisiert wurde. Bestandteil dieser Überprüfung sind auch die personalisierten Sicherheitsmerkmale, etwa die Unterschrift des Zahlers (*Leixner*, ZaDiG² § 3 Rz 35), durch die das Zahlungsinstrument (§ 3 Z 21 ZaDiG) auf eine bestimmte Person individualisierbar ist.

Es ist wohl zutreffend, dass die (noch) nicht unterschriebene Geschenkkarte in dem Sinne anonym ist, als

eine Weitergabe an Dritte möglich ist, wie die Beklagte argumentiert. Solange die Karte nicht vom berechtigten Inhaber unterschrieben ist (wobei der Karteninhaber nach § 2 zweiter Satz AGB zur unverzüglichen Unterzeichnung der Wertkarte auf dem dafür vorgesehenen Unterschriftenfeld verpflichtet ist), fehlt ihr die Personalisierung. Sie kann aber in den hier interessierenden Fällen auch nicht als Zahlungsinstrument eingesetzt werden, für die die Unterschrift auf der Geschenkkarte erforderlich ist. Da der Karteninhaber ausgehend vom eigenen Vorbringen der Beklagten Zahlungen auf genau die gleiche Weise wie Kreditkartenzahlungen autorisieren muss, und zwar indem er den Zahlungsbeleg des Händlers zu unterfertigen und der Händler die Unterschrift mit der Unterschrift auf der Geschenkkarte zu überprüfen hat, liegt keine anonyme Nutzung des Zahlungsinstruments vor, bei der ein Nachweis der Autorisierung nicht möglich ist. Die Beklagte kann durchaus eine Verbindung zwischen dem konkreten Zahlungsvorgang, dem ein personalisiertes Zahlungsinstrument (unterschriebene Wertkarte iVm mit zu unterzeichnendem Zahlungsbeleg) zugrunde liegt, und der Kartennummer (die sich - wie schon Beilage ./1 zeigt - von der Kunden-Kontrollnummer unterscheidet) herstellen, weil, wie die Beklagte einräumt, nur so möglich ist, den Transaktionsbetrag von dem auf der Geschenkkarte gespeicherten Betrag abzubuchen. Daraus folgt, dass die Beklagte entgegen der Behauptung in der Berufung die Unterschrift anhand des Zahlungsbelegs sehr wohl einer bestimmten Kartennummer zuzuordnen vermag, sodass eine Authentifizierung iSd Gesetzes durchführbar sowie eine Autorisierung nachweisbar ist.

Damit scheidet die Anwendbarkeit des § 33 Abs 2 Z 2 ZaDiG aus, dessen beide Alternativen voraussetzen, dass der Zahlungsdienstleister die Autorisierung des Zahlungs-

vorgangs nicht nachweisen kann.

Darauf, ob der Beklagten die Identität des Karteninhabers bekannt ist, kommt es nicht an, sodass weder aus dem Umstand, dass das Erstgericht dazu keinerlei Feststellungen getroffen hat, ein sekundärer Feststellungsmangel noch ein relevanter Verfahrensmangel aus der unterlassenen Einvernahme des Zeugen Bödenauer zu diesem Themenkomplex ableitbar ist.

Klausel 2:

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, die beanstandete Klausel verstoße gegen § 36 Abs 3 ZaDiG, weil das ZaDiG einerseits eine Frist von 13 Monaten für die Rügeobliegenheit (und nicht wie hier 42 Tagen) 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 könnte 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 Zahlungsdienst-

leisters 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.

Dazu war zu erwägen:

Nach § 36 Abs 3 ZaDiG hat 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 Anspruches einschließlich eines solchen nach § 46 ZaDiG geführt hat, zu unterrichten (Rügeobliegenheit). Hat der Zahlungsdienstleister die Angaben gemäß §§ 31 bis 33 ZaDiG 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.

Klausel 2 widerspricht dieser Bestimmung, weil sie die (absolute) Rügefrist auf 42 Tage verkürzt und eine Formvorschrift statuiert („schriftlich“), die das Gesetz nicht vorsieht.

§ 26 Abs 6 ZaDiG bestimmt, 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 wird, diese abweichenden Bestimmungen unwirksam sind.

Wie zu Klausel 1 bereits dargelegt wurde, kommt in diesem Fall ein Ausschluss der Haftung nach § 33 Abs 2 Z 2 ZaDiG nicht in Betracht, weil weder eine anonyme Nutzung des Zahlungsinstruments vorliegt, noch der Zahlungsdienstleister aus anderen Gründen, die sich aus der Natur des Zahlungsinstruments ergeben, die Autorisierung des Zahlungsvorgangs nicht nachweisen kann, sodass der Argumentation der Beklagten, aufgrund der Klausel ergebe sich eine Besserstellung des Karteninhabers gegenüber den Bestimmungen des ZaDiG nicht zu folgen ist.

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: Zu Recht verweist der Kläger darauf, dass nach § 33 Abs 2 Z 2 ZaDiG nur die Haftung für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge ausgeschlossen werden kann, nicht aber die Haftung der Beklagten für nicht erfolgte oder fehlerhafte Ausführung nach § 46 ZaDiG. Durch die beanstandete Klausel werden daher auch Ansprüche des Verbrauchers beschnitten, für die die Beklagte ihre Haftung gar nicht abbedingen kann.

Schon aus diesem Grund liegt kein relevanter Verfahrensmangel in der unterlassenen Einvernahme des Zeugen Bödenauer zur Frage „Anonymität der Wertkarte“.

Klausel 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-Vertrages, die hier mit dem auf der Wertkarte angegebenen Ende der Gültigkeitsdauer eintrete, einen Anspruch auf Rücktausch seines Guthabens habe. Die Vereinbarung eines Verfalls oder der Verjährung der Ansprüche des E-Geld-Inhabers sei damit nicht vereinbar.

Der Kläger machte geltend, die Klausel 5 verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB und gegen die Bestimmungen in § 18 und § 19 Abs 2 Z 3 E-Geldgesetz. 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-Vertrages, 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 Gesetz 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 gegen-

ständige 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 bestritt, weil weder das E-Geldgesetz noch das ZaDiG Bestimmungen über die Verjährung des Anspruches des E-Geld-Inhabers auf Ersatz der vor Ablauf des E-Geld-Instruments auf dieses geladenen Geldbeträge vom E-Geld-Emittenten enthalte. Im E-Geld-Gesetz 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-Geldes 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). Weiters sei es 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.

Dazu war zu erwägen:

Nach § 18 Abs 1 E-Geldgesetz hat der E-Geld-Emittent 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.

Aus § 19 Abs 4 erster Satz E-Geldgesetz folgt, dass dem E-Geldinhaber der gesamte Nennwert des gehaltenen E-Geldes zu erstatten ist, wenn er bei Vertragsablauf oder

bis zu einem Jahr nach Vertragsablauf den Rücktausch fordert. Ergänzend normiert § 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 verlangt. Auch die Bestimmungen des § 19 Abs 2 bis Abs 4 E-Geldgesetz sind zwingend zugunsten des E-Geld-Inhabers (§ 19 Abs 5 E-Geldgesetz).

Richtig folgte das Erstgericht daraus, dass die Klauseln 3 und 5 unwirksam sind, weil eine Bestimmung, nach der das Recht auf Rücktausch bereits nach einem Jahr verjährt respektive der Anspruch auf Auszahlung des Guthabens einer Wertkarte bereits nach einem Jahr nach Ungültigkeit der Wertkarte (Vertragsablauf) verfällt, in Widerspruch zur gesetzlichen Regelung steht, wonach die jederzeit bestehende Pflicht des Rücktauschs zum Nennwert nach mehr als einem Jahr nach Vertragsablauf nur durch die Vereinbarung eines Entgelts eingeschränkt werden kann.

Grundsätzlich zutreffend erkennt die Berufungswerberin, dass §§ 18 und 19 E-Geldgesetz keine explizite Regelung der Verjährung des Rücktauschanspruches des E-Geld-Inhabers gegenüber dem E-Geld-Emittenten enthalten und dass die Vereinbarung einer kürzeren als der gesetzlich vorgesehenen Verjährung in AGB zulässig ist, wenn sie sachlich gerechtfertigt ist (RIS-Justiz RS0034782, RS0034404). Aus den zitierten Bestimmungen des E-Geldgesetzes ergibt sich allerdings, dass die Vereinbarung einer nur einjährigen (anstelle der sich aus dem dispositiven Recht ergebenden dreißigjährigen) Verjährungsfrist jedenfalls als unzulässig beurteilt werden muss. Die Angemessenheit einer bloß einjährigen Verjährungsfrist ist auch unter Zugrundelegung des Vorbringens der Beklagten nicht erkennbar, selbst wenn eine Verkürzung der Ver-

jährungsfrist grundsätzlich sachlich gerechtfertigt sein könnte. Welche vertragliche Verkürzung der allgemeinen Verjährungsfrist in diesem Fall im Hinblick auf technische und sonstige Gründe tatsächlich angemessen wäre, kann dahin gestellt bleiben, sodass die unterlassene Einvernahme des Zeugen Bödenauer zum Thema „sachliche Rechtfertigung der Verkürzung der Verjährungsfrist aus technischen Gründen“ keinen relevanten Verfahrensmangel darstellt.

Klausel 4:

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 gestoh-

len 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 - wie zu Klausel 1 näher dargelegt - 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. Geschenkkartendienten 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 Gutscheines 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 ausgabe.

Dazu war zu erwägen:

Nach § 33 Abs 2 Z 1 ZaDiG können die Zahlungsdienstleister mit ihren Zahlungsdienstnutzern im Fall von Kleinbetragzahlungsinstrumenten 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.

§ 33 Abs 2 Z 1 ZaDiG ist insofern unklar und auslegungsbedürftig, als das Gesetz keine Kriterien anführt, nach denen es sich bestimmt, ob bei einem Instrument die Möglichkeit besteht, es zu sperren. Das ist deswegen problematisch, weil es idR von der vom Zahlungsdienstleister

vorgegebenen Ausstattung des Instruments und dem Aufwand abhängt, den er tätigen will, ob das Instrument gesperrt werden kann oder nicht.

Daher wird einerseits vertreten, dass es auf die objektiv-abstrakte Unmöglichkeit der Sperre ankommt (*Weilinger/Gratzl* in *Weilinger*, ZaDiG § 33 Rz 16), andererseits, dass auf den Zweck der Ausnahmebestimmung des § 33 ZaDiG abzustellen ist, der darin liegt, dem Kunden für Kleinbetragszahlungen eine kostengünstige und benutzerfreundliche Alternative zu „sicheren“ Instrumenten anzubieten. Soweit die Schaffung einer Sperrmöglichkeit die Kostenvorteile und die Benutzerfreundlichkeit wesentlich vermindern würde, ist 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 ist, liegt 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 (*Haghofer* in *Weilinger*, ZaDiG § 35 Rz 24).

Die Argumentation der Berufungswerberin, eine Sperre der Karte sei unmöglich, übergeht, dass es nach dem eigenem Vorbringen der Beklagten (Seite 5, Punkt 4.2. der Klagebeantwortung) eine Kartenummer gibt, die für die Verrechnung mit Händlern notwendig ist, weil spätere Zahlungstransaktionen einer konkreten Geschenkkarte zugeordnet werden müssen, um den Transaktionsbetrag von dem auf dieser Geschenkkarte gespeicherten Guthaben abzubuchen. Daraus folgt aber, dass eine Sperre der Geschenkkarte über die Kartenummer (sowohl bei Zahlung im Geschäft, aber auch im Fernabsatz) theoretisch jedenfalls möglich sein muss.

Von einer objektiv-abstrakten Unmöglichkeit der

Sperre kann daher keine Rede sein. Da der Zahlungsdienstnutzer bei der Transaktion auch die gleichen Modalitäten einzuhalten hat wie herkömmliche Prepaid- und Kreditkarteninhaber, ist darüber hinaus die besondere Benutzerfreundlichkeit nicht ersichtlich, die die Haftungserleichterung des Zahlungsdienstleisters begründet.

Da das Zahlungsinstrument ausgehend vom eigenen Vorbringen der Beklagten und dem unstrittigen Sachverhalt objektiv-abstrakt betrachtet gesperrt werden kann, ohne dass es auf das subjektive Unvermögen der Beklagten ankäme, hat das Erstgericht in diesem Zusammenhang zu Recht von der Einvernahme des Zeugen Bödenauer Abstand genommen.

Klausel 6:

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 wandte 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 würden.

Dazu war zu erwägen:

Nach der Rechtsprechung des OGH ist eine solche Bestimmung wie hier deshalb im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG intransparent, weil sich der Verbraucher zur Abgabe einer ihm nicht vorhersehbaren Erklärung und Abänderung des Vertrages verpflichten soll, wobei nicht vom Horizont der „redlichen“ Vertragsparteien ausgegangen werden soll, sondern vom unzulässigen Sinn und Zweck der Bestimmung (7 Ob 78/06f). Zutreffend verweist der Kläger auch darauf, dass eine Klausel, die auf eine geltungserhaltende Reduktion hinausläuft, schon angesichts der Auslegung des Art 6 der RL 93/13/EWG durch den EuGH (C-618/10) als unzulässig zu beurteilen ist. Demnach ist es dem nationalen Gericht (auch außerhalb des Verbandsprozesses) nicht gestattet, wenn es eine missbräuchliche Klausel in einem Vertrag zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher entdeckt, den Inhalt dieser Klausel abzuändern anstatt schlicht deren Anwendung gegenüber dem Verbraucher auszuschließen.

Klausel 7:

7. Ausstellung einer Wertkarte EUR 6,50 (Geschenkbbox)/3,90 (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 EUR 10,-- bis maximal EUR 150,-- geladen werden (§ 8.1. ABG), wobei sich das Entgelt für

die Ausstellung der Wertkarte nach § 16.1. ABG auf EUR 6,50 belaufe. Das habe zur Folge, dass der Kunde beispielsweise für die Ausgabe eines E-Geld-Betrages von EUR 100,-- einen Betrag von EUR 106,50 bezahlen müsse. Gemäß § 17 erster Satz E-Geldgesetz habe der E-Geld-Emittent das E-Geld stets in der Höhe des entgegengenommenen Geldbetrages auszugeben, was zur Folge habe, dass E-Geld-Emittenten für die Ausgabe des E-Geldes 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-Geldes, sondern für die Karte, sei verfehlt, weil die Karte ausschließlich der Ausgabe des auf ihr gespeicherten Betrages 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 Geldbetrages auszugeben. Nichts anderes mache jedoch die Beklagte, weil der Verbraucher den selben Wert des gegebenen (Bar-)Geldbetrages 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.

Dazu war zu erwägen:

Zur Nichtigkeitsberufung: Der geltend gemachte Tatbestand des § 477 Abs 1 Z 9 ZPO umfasst drei Fälle:

a) die Fassung des Urteils ist so mangelhaft, dass dessen Überprüfung nicht mit Sicherheit vorgenommen werden kann;

b) das Urteil steht mit sich selbst im Widerspruch;

c) für die Entscheidung sind keine Gründe angegeben.

Der Nichtigkeitsgrund der mangelnden Begründung ist nur dann gegeben, wenn die Entscheidung gar nicht oder so unzureichend begründet ist, dass sie nicht überprüfbar ist (RIS-Justiz RS0042133 [T6]).

Davon kann hier keine Rede sein, weil das Erstgericht eindeutig mit einem Verstoß gegen § 17 E-Geldgesetz argumentiert, sodass eine Nichtigkeit des angefochtenen Urteils zu verneinen ist.

Im Übrigen ist auszuführen:

§ 17 E-Geldgesetz bestimmt, dass der E-Geld-Emittent das E-Geld stets in der Höhe des Nennwertes des entgegengenommenen Geldbetrages auszugeben hat. Soweit in Vereinbarungen davon zulasten von E-Geld-Inhabern abgewichen wird, sind diese Bestimmungen unwirksam.

Nach der beanstandeten Klausel wird für die Ausstellung der Karte EUR 6,50 (Geschenkbbox) oder EUR 3,90 (Kuvert) als Entgelt in Rechnung gestellt. Entsprechend dem Wortlaut der Klausel und dem Vorbringen der Beklagten handelt es sich dabei nicht um vom Verbraucher nach

Belieben zusätzlich abrufbare Leistungen der Beklagten, sondern muss der E-Geld-Inhaber für die Ausstellung der Geschenkkarte entweder EUR 6,50 oder EUR 3,90 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, wird durch die zwingend vom E-Geld-Inhaber zu erwerbenden entgeltlichen Zusatzleistungen ausgehöhlt. Damit umgeht die Beklagte aber tatsächlich die Bestimmung des § 17 E-Geldgesetz zulasten des E-Geld-Inhabers, ohne dass es auf die von der Berufungswerberin als fehlend reklamierten Feststellungen, dass die Beklagte dem Karteninhaber ausschließlich die Kosten für Kuvert oder Geschenkbox in Rechnung stelle, die Verpackung als zusätzliche Leistung für den Karteninhaber anzusehen sei und die Zurverfügungstellung des Trägermediums unentgeltlich erfolge, ankäme.

Klausel 8:

8. Für den Rücktausch von Guthaben EUR 2,--

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 Prepaid 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-Geldes, sondern auch lediglich einen Teil davon erstattet verlangen. Die Vereinbarung eines bestimmten Mindestbetrages sei dabei nicht zulässig. Das habe Auswirkungen auf die Vereinbarung von Rücktauschentgelten. Diese könnten zwar für den Fall eines bloß teilweisen Rücktausches gemäß § 19 Abs 2 Z 1 E-Geldgesetzes grundsätzlich zuläs-

sig vereinbart werden, weil ein teilweiser Rücktausch stets vor dem Ablauf des E-Geld-Vertrages 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-Betrages 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-Geldes 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 - an der 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 Vertrages zurücktauschen. Dem E-Geld-Inhaber werde gesetzlich ein ordentliches Kündigungsrecht eingeräumt, das ihm nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln bei befristeten Verträgen nicht zustehen würde.

Die durch den Kläger vertretene Ansicht, dass Rücktauschentgelte nur dann zulässig seien, wenn sei als Prozentsatz des jeweiligen zurückgetauschten E-Geld-Betrages vereinbart würden, sei entgegen zu halten, 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 Fixbetrages 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-Geldes 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.

Dazu war zu erwägen:

Gemäß § 19 Abs 2 E-Geldgesetz darf der E-Geld-Emittent ein Entgelt für den Rücktausch verrechnen, wenn der E-Geld-Inhaber vor Vertragsablauf einen Rücktausch verlangt, im Fall eines befristeten Vertrages den Vertrag vor Ablauf der Frist beendet oder den Rücktausch nach mehr als einem Jahr nach Vertragsablauf verlangt. Solche Entgelte sind überdies nur zulässig, wenn sie im Vorhinein vereinbart wurden und verhältnismäßig sind und in einem angemessenen Verhältnis zu den tatsächlichen Kosten des E-Geld-Emittenten stehen. Nach den ErläutRV (982 der Beilagen XXIV. GP) - BGBl I 2010/107 muss dieses Entgelt verhältnismäßig zum rückgetauschten E-Geld und an den tatsächlichen Kosten des E-Geld-Emittenten ausgerichtet sein (so auch Erwägungsgrund 18 der Richtlinie 2009/110/EG).

Ein pauschalierter Betrag (Fixbetrag) schließt aber 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 kommt es entgegen der Meinung der Berufungswerberin nicht allein an. Für die Beklagte wäre daher noch nichts zu gewinnen, wenn die in Rechnung gestellten EUR 2,-- in Bezug auf die von der Beklagten erbrachte Leistung und die damit verbundenen Kosten verhältnismäßig sein sollten. Eine relevanter Verfahrensmangel liegt in der unterbliebenen Einvernahme der Zeugen Bödenauer zu diesem Thema nicht.

Die Beklagte wendet sich im Übrigen gegen die vom

Erstgericht gesetzte Leistungsfrist von vier Monaten.

Nach gefestigter Rechtsprechung ist die Verpflichtung des beklagten Verwenders, seine AGB zu ändern, keine reine Unterlassung, sodass das Gericht gemäß § 409 Abs 2 ZPO eine angemessene Leistungsfrist zu setzen hat (6 Ob 24/11i verst. Senat = RIS-Justiz RS0041265 [T3]). In den Entscheidungen 4 Ob 130/03a, 6 Ob 24/11i (verst. Senat) und 7 Ob 44/13s wurde eine dreimonatige Leistungsfrist für angemessen gehalten, muss man doch dem Unternehmer Zeit geben, in seiner Organisation die Voraussetzungen für die Umsetzung der Entscheidung zu schaffen. In der Entscheidung 10 Ob 70/07b wurde eine Leistungsfrist von sechs Monaten als angemessen angenommen, für die Länge der Frist war dort jedoch auch die Überlegung maßgeblich, dass in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Frist von 30 Tagen für Änderungen vorgesehen war.

Angesichts dieser Rechtsprechung ist nicht ersichtlich, warum in diesem Fall eine viermonatige Frist unangemessen kurz sein sollte. Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang das Fehlen von Feststellungen zum mit einer Änderung der AGB verbundenen Arbeits- und Zeitaufwand der Beklagten rügt, insbesondere dahingehend, dass für die juristische Überarbeitung der AGB lediglich ein Zeitraum von ein bis zwei Wochen zur Verfügung stehe, übersieht sie, dass es dazu an einem korrespondierenden Vorbringen in erster Instanz mangelt.

Der Berufung war daher ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41, 50 ZPO.

Der Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstands folgt der Bewertung durch den Kläger.

Die zu prüfenden Klauseln betreffen eine große Anzahl von Kunden, die ordentliche Revision ist daher

zulässig (RIS-Justiz RS0121516).

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 5, am 1. Oktober 2014

Dr. Maria Schrott-Mader

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG