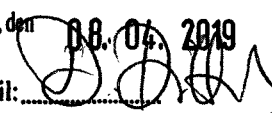


Eingetragen in das Register des Gerichtshofes unter der Nr.	1112111
Luxemburg, den	08.04.2019
Fax/E-mail:	
eingegangen am:	5.4.19
	Der Kanzler, im Auftrag Daniel Dittert Referatsleiter

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden, die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner, die Hofrätin Mag. Korn, den Hofrat Dr. Stefula und die Hofrätin Mag. Wessely-Kristöfel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei DenizBank AG, 1030 Wien, Thomas-Klestil-Platz 1, vertreten durch Lansky, Ganzger & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Interesse 36.000 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 20. November 2017, GZ 1 R 101/17f-21, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 28. April 2017, GZ 11 Cg 60/16k-13, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

CURIA GREFFE Luxembourg	
Entrée	. 5. 04. 2019

1. Sind die Artikel 52 Nummer 6 Buchstabe a in Verbindung mit Artikel 54 Absatz 1 der RL 2015/2366/EU (Zahlungsdienste-RL), wonach die Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers zu einer vorgeschlagenen Änderung der Vertragsbedingungen als erteilt gilt, außer der Zahlungsdienstnutzer zeigt dem Zahlungsdienstleister seine Ablehnung vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Inkrafttretens der geänderten Bedingungen an, dahin auszulegen, dass eine Zustimmungsfiktion auch mit einem Verbraucher völlig uneingeschränkt für sämtliche denkbaren Vertragsbedingungen vereinbart werden kann?

2.a) Ist Artikel 4 Nr 14 Zahlungsdienste-RL dahin auszulegen, dass es sich bei der NFC-Funktion einer personalisierten multifunktionalen Bankkarte, mit der Kleinbetragszahlungen zu Lasten des verknüpften Kundenkontos getätigt werden, um ein Zahlungsinstrument handelt?

2.b) Falls die Frage 2.a) bejaht wird:

Ist Artikel 63 Absatz 1 Buchstabe b Zahlungsdienste-RL (EU) 2015/2366 über die Ausnahmeregeln für Kleinbetragszahlungen und elektronisches Geld dahin auszulegen, dass eine kontaktlose Kleinbetragszahlung unter Verwendung der NFC-Funktion einer personalisierten multifunktionalen Bankkarte als anonyme Nutzung des Zahlungsinstruments im Sinne der Ausnahmeregelung anzusehen ist?

3. Ist Artikel 63 Absatz 1 Buchstabe b Zahlungsdienste-RL (EU) 2015/2366 dahin auszulegen, dass sich ein Zahlungsdienstleister auf diese Ausnahmeregelung nur dann berufen kann, wenn das Zahlungsinstrument nachweislich nach dem objektiven Stand der Technik nicht gesperrt werden kann, oder eine weitere Nutzung nicht verhindert werden kann?

B e g r ü n d u n g :

I. Sachverhalt:

Beim Anlassverfahren handelt es sich um einen sogenannten Klauselprozess. Der Kläger ist ein nach österreichischem Konsumentenschutzgesetz klageberechtigter Verband zur Durchsetzung von Verbraucherinteressen. Die beklagte Bank betreibt bundesweit das Bankgeschäft und verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern Allgemeine Geschäftsbedingungen und Vertragsformblätter, unter anderem für die Verwendung von Zahlungskarten, die mit der Funktion NFC (Near Field Communication) ausgestattet sind.

Mit diesen Zahlungskarten der Beklagten können an technisch dafür ausgerüsteten Kassen kontaktlos Kleinbeträge bis 25 EUR ohne Eingabe eines PIN-Codes bezahlt werden. Die Zahlung höherer Beträge erfordert eine zusätzliche Authentifizierung durch Code. Die NFC-Funktion der Bankkarten wird automatisch aktiviert, wenn der Kunde die Karte zum ersten Mal benützt.

Für das Vorabentscheidungsverfahren sind folgende Klauseln in den genannten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten von Bedeutung:

Klausel 14:

„Änderungen der Kundenrichtlinien: Änderungen dieser Kundenrichtlinien werden dem Kunden spätestens zwei Monate vor dem geplanten Zeitpunkt ihres Inkrafttretens vorgeschlagen. Die Zustimmung des Kunden zu diesen Änderungen gilt als erteilt und die Änderungen gelten damit als vereinbart, wenn der Kunde der DenizBank AG seine Ablehnung nicht vor dem geplanten Zeitpunkt des Inkrafttretens mitgeteilt hat. Der oben genannte

Änderungsvorschlag wird dem Kunden in Papierform oder, sofern er damit einverstanden ist, auf einem anderen dauerhaften Datenträger mitgeteilt. Die DenizBank AG wird den Kunden in seinem [richtig wohl: ihrem] Änderungsvorschlag darauf hinweisen und aufmerksam machen, dass sein Stillschweigen im oben genannten Sinne als Zustimmung zur Änderung gilt. Außerdem wird die DenizBank AG eine Gegenüberstellung über die von der Änderung der Kundenrichtlinien betroffenen Bestimmungen auf ihrer Internetseite veröffentlichen und diese Gegenüberstellung dem Kunden auch übermitteln. Gegenüber einem Unternehmer ist es ausreichend, das Angebot über die Änderung auf eine mit dem Unternehmer vereinbarte Weise zum Abruf bereit zu halten. Im Falle einer solchen beabsichtigten Änderung der Kundenrichtlinien hat der Kunde, der Verbraucher ist, das Recht seine Rahmenverträge für Zahlungsdienste (insbesondere den Girokontovertrag) vor dem Inkrafttreten der Änderungen kostenlos fristlos zu kündigen. Auch hierauf wird die DenizBank AG in ihrem Änderungsvorschlag an den Kunden hinweisen.“

Klausel 15:

„Kein Nachweis der Autorisierung: Da der Zweck von Zahlungen von Kleinbetragsbeträgen ohne Eingabe des persönlichen Codes in einer vereinfachten, ohne Autorisierung erfolgenden Abwicklung eines Zahlungsvorgangs liegt, muss die DenizBank AG nicht nachweisen, dass der Zahlungsvorgang autorisiert war, ordnungsgemäß aufgezeichnet und verbucht wurde und nicht durch einen technischen Zusammenbruch oder eine andere Störung beeinträchtigt wurde.“

Klausel 16:

„Keine Haftung für nicht autorisierte Zahlungen: Da bei Verwendung der Bezugskarte für

Kleinbetragszahlungen ohne Eingabe des persönlichen Codes die DenizBank AG nicht nachweisen kann, dass der Zahlungsvorgang vom Karteninhaber autorisiert wurde, besteht keine Verpflichtung der DenizBank AG, im Falle eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs den Betrag des nicht autorisierten Zahlungsvorgangs zu erstatten und das belastete Konto wieder auf den Stand zu bringen, auf dem es sich ohne den nicht autorisierten Zahlungsvorgang befunden hätte. Auch darüber hinausgehende Ansprüche gegen die DenizBank AG sind – sofern sie auf leichter Fahrlässigkeit der DenizBank AG beruhen – ausgeschlossen.“

Klausel 17:

„Warnhinweis: Das Risiko eines Missbrauchs der Bezugskarte für Kleinbetragszahlungen ohne Eingabe des persönlichen Codes trägt der Kontoinhaber.“

Klausel 18:

„Keine Sperre für Kleinbetragszahlungen bei Abhandenkommen der Bezugskarte möglich: Eine Sperre der Bezugskarte für Kleinbetragszahlungen ist technisch nicht möglich. Bei Abhandenkommen (zB Verlust, Diebstahl) der Bezugskarte können weiterhin auch nach einer Sperre gemäß Punkt 2.7 Kleinbetragszahlungen ohne Eingabe des persönlichen Codes bis zum Betrag von EUR 75,00 vorgenommen werden: Diese Beträge werden nicht erstattet. Da es sich um Kleinbetragszahlungen im Sinne des § 33 ZaDiG (Zahlungsdienstegesetz) handelt, nur einzelne Zahlungsvorgänge bis höchstens EUR 25,00 möglich sind und eine Möglichkeit, die Bezugskarte für Kleinbetragszahlungen ohne Eingabe des persönlichen Codes zu sperren, nicht besteht, ist § 44 Abs 3 ZaDiG nicht anwendbar.“

Klausel 19:

„Soweit für Kleinbetragszahlungen nicht ausdrücklich in Punkt 3. eine Sonderregelung enthalten ist,

gelten für diese auch die Regelungen des Punktes 2. (Karten-Service).“

II. Unionsrechtliche Grundlagen

Die für das Vorabentscheidungsverfahren einschlägigen unionsrechtlichen Bestimmungen lauten:

1. Artikel 52 Zahlungsdienste-RL 2015/2366/EU lautet:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass dem Zahlungsdienstnutzer folgende Informationen und Bedingungen mitgeteilt werden:

(...)

6. über Änderungen und Kündigung des Rahmenvertrags:

a) soweit vereinbart, die Angabe, dass die Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers zu einer Änderung der Vertragsbedingungen nach Artikel 54 als erteilt gilt, außer der Zahlungsdienstnutzer zeigt dem Zahlungsdienstleister seine Ablehnung vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Inkrafttretens der geänderten Bedingungen an;

b) die Laufzeit des Rahmenvertrags;

c) ein Hinweis auf das Recht des Zahlungsdienstnutzers, den Rahmenvertrag zu kündigen, sowie auf sonstige kündigungsrelevante Vereinbarungen nach Artikel 54 Absatz 1 und Artikel 55;“

2. Artikel 54 Absatz 1 der Zahlungsdienste-RL 2015/2366/EU lautet:

„Der Zahlungsdienstleister schlägt Änderungen des Rahmenvertrags oder der in Artikel 52 genannten Informationen und Vertragsbedingungen in der in Artikel 51 Absatz 1 vorgesehenen Weise spätestens zwei Monate vor dem geplanten Tag ihrer Anwendung vor. Der Zahlungsdienstnutzer kann den Änderungen vor dem

vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Inkrafttretens entweder zustimmen oder sie ablehnen.

Sofern gemäß Artikel 52 Nummer 6 Buchstabe a vereinbart, setzt der Zahlungsdienstleister den Zahlungsdienstnutzer davon in Kenntnis, dass dessen Zustimmung zu den Änderungen als erteilt gilt, wenn er dem Zahlungsdienstleister seine Ablehnung nicht vor dem vorgeschlagenen Tag des Inkrafttretens der geänderten Bedingungen angezeigt hat. Der Zahlungsdienstleister setzt den Zahlungsdienstnutzer ferner davon in Kenntnis, dass der Zahlungsdienstnutzer, wenn er diese Änderungen ablehnt, das Recht hat, den Rahmenvertrag jederzeit bis zum Tag der Anwendung der Änderungen kostenlos zu kündigen.“

3. Artikel 4 Nr 14 der Zahlungsdienste-RL lautet:

„'Zahlungsinstrument' jedes personalisierte Instrument und/oder jeden personalisierten Verfahrensablauf, das bzw. der zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister vereinbart wurde und zur Erteilung eines Zahlungsauftrags verwendet wird;“

4. Artikel 63 Absatz 1 der Zahlungsdienste-RL („Ausnahmeregelung für Kleinbetragszahlungsinstrumente und E-Geld“) lautet:

„Im Falle von Zahlungsinstrumenten, die gemäß dem Rahmenvertrag nur einzelne Zahlungsvorgänge bis höchstens 30 EUR betreffen oder die entweder eine Ausgabenobergrenze von 150 EUR haben oder Geldbeträge speichern, die zu keiner Zeit 150 EUR übersteigen, können die Zahlungsdienstleister mit ihren Zahlungsdienstnutzern vereinbaren, dass

a) Artikel 69 Absatz 1 Buchstabe b, Artikel 70 Absatz 1 Buchstaben c und d sowie Artikel 74 Absatz 2 keine Anwendung finden, wenn das Zahlungsinstrument nicht

gesperrt werden oder eine weitere Nutzung nicht verhindert werden kann;

b) die Artikel 72 und 73 sowie Artikel 74 Absätze 1 und 3 keine Anwendung finden, wenn das Zahlungsinstrument anonym genutzt wird oder der Zahlungsdienstleister aus anderen Gründen, die dem Zahlungsinstrument immanent sind, nicht nachweisen kann, dass ein Zahlungsvorgang autorisiert war (...).“

III. Innerstaatliche Rechtsgrundlagen:

1. § 48 Absatz 1 Z 6 lit a und lit c ZaDiG 2018 lauten:

„Der Zahlungsdienstleister hat dem Zahlungsdienstnutzer folgende Informationen und Vertragsbedingungen mitzuteilen:

(...)

6. Über Änderungen und Kündigung des Rahmenvertrags:

a) soweit vereinbart, die Angabe, dass die Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers zu einer Änderung der Bedingungen gemäß § 50 als erteilt gilt, wenn er dem Zahlungsdienstleister seine Ablehnung nicht vor dem geplanten Zeitpunkt des Inkrafttretens der geänderten Bedingungen angezeigt hat, wobei die Änderung innerhalb der Frist des § 50 Abs 1 Z 1 dem Zahlungsdienstnutzer mitzuteilen ist;

(...)

c) einen Hinweis auf das Recht des Zahlungsdienstnutzers, den Rahmenvertrag zu kündigen, sowie auf sonstige kündigungsrelevante Vereinbarungen gemäß § 50 Abs 1 und § 51.“

2. § 50 Absatz 1 ZaDiG 2018 hat den Wortlaut:

„Der Zahlungsdienstleister hat

1. dem Zahlungsdienstnutzer Änderungen des Rahmenvertrags spätestens zwei Monate vor dem geplanten Zeitpunkt ihrer Anwendung in der in § 47 Abs. 1 vorgesehenen Weise vorzuschlagen und

2. sofern eine Vereinbarung gemäß § 48 Abs. 1 Z 6 lit. a getroffen wurde, darauf hinzuweisen,

a) dass die Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers zu den Änderungen als erteilt gilt, wenn er dem Zahlungsdienstleister seine Ablehnung nicht vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt der Anwendung der Änderungen angezeigt hat, und

b) dass der Zahlungsdienstnutzer das Recht hat, den Rahmenvertrag vor dem Inkrafttreten der Änderungen kostenlos fristlos zu kündigen.“

3. § 4 Z 14 ZaDiG 2018 lautet:

„Zahlungsinstrument: jedes personalisierte Instrument oder jeder personalisierte Verfahrensablauf, das oder der zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister vereinbart wurde und zur Erteilung eines Zahlungsauftrags verwendet wird;“

4. § 57 Absatz 1 ZaDiG 2018 lautet:

„Im Falle von Zahlungsinstrumenten, die gemäß dem Rahmenvertrag nur einzelne Zahlungsvorgänge bis höchstens 30 Euro betreffen oder die entweder eine Ausgabenobergrenze von 150 Euro haben oder Geldbeträge speichern (Zahlungsinstrumente auf Guthabenbasis), die zu keiner Zeit 150 Euro übersteigen, können die Zahlungsdienstleister mit ihren Zahlungsdienstnutzern vereinbaren, dass

1. § 63 Abs 2, § 64 Abs 1 Z 2 und 4 sowie § 68 Abs 4 und 5 nicht anzuwenden sind, wenn das Zahlungsinstrument nicht gesperrt werden oder eine weitere Nutzung nicht verhindert werden kann,

2. die §§ 66 und 67 sowie § 68 Abs 1, 2, 4 und 5 nicht anzuwenden sind, wenn das Zahlungsinstrument anonym genutzt wird oder der Zahlungsdienstleister aus anderen Gründen, die dem Zahlungsinstrument immanent sind, nicht nachweisen kann, dass ein Zahlungsvorgang autorisiert war (...).“

IV. Bisheriges Verfahren:

Der Kläger brachte vor, die Klauseln seien unwirksam. Die Klausel 14 könne auch Hauptleistungen umfassen und sei gröblich benachteiligend und intransparent.

Die mit einer Bankomatkarte verknüpfte NFC-Zahlungsfunktion falle nicht unter die Ausnahmeregelungen für Kleinbetragszahlungsinstrumente und E-Geld.

Die Beklagte wandte ein, Klausel 14 entspreche den rechtlichen Erfordernissen.

Die einzelnen Zahlungsfunktionen der Karte seien getrennt zu beurteilen.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren zu den Klauseln 14 bis 19 statt. Klausel 14 sei gröblich benachteiligend.

Die Voraussetzungen für die Anwendung der Ausnahmeregeln für Kleinbetragszahlungsinstrumente seien nicht erfüllt, weil die Bezugskarte auch für andere Zahlungen verwendet werden könne. Die Zusatzfunktion der kontaktlosen Zahlung ohne Authentifizierung sei überhaupt nicht als Zahlungsinstrument anzusehen.

Das Berufungsgericht teilte diese Rechtsansicht. Stelle man nur auf die kontaktlose Zahlungsfunktion ab, liege keine Verwendung eines Zahlungsinstruments vor, sondern sei der Vorgang wie MOTO-Kreditkartentransaktionen zu behandeln. Dafür spreche, dass die ohne PIN-Eingabe auslösbare NFC-Zahlungsfunktion bei Kleinbeträgen im

Unterschied zur „Elektronischen Geldbörse“ automatisch aktiviert werde. Die für NFC-Transaktionen verwendete Bankomatkarte sei außerdem nicht anonym, sondern sowohl personalisiert als auch mit einem Code gesichert.

V. Vorlage und Begründung:

Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs kann mit den Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts nicht mehr angefochten werden (Artikel 267 AEUV). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs hat in einem Verfahren nach Artikel 267 AEUV das befassende nationale Gericht sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof vorzulegenden, das Unionsrecht betreffenden Fragen zu beurteilen (vgl. EuGH ECLI:EU:C:2010:28 C-395/08 Rn 18 uva).

1. Die Beklagte argumentiert in ihrer Revision, die Klausel 14 erfülle die wörtlichen Vorgaben der Richtlinie und des Gesetzes und dürfe deshalb keiner weiteren Kontrolle auf Angemessenheit und Transparenz unterzogen werden. Die Möglichkeit, auch mit Verbrauchern eine derartige Zustimmungsfiktion zu vereinbaren, sei in der Praxis eines Massengeschäfts für die Rechtssicherheit unerlässlich, weil ausdrückliche Zustimmungserklärungen von der überwiegenden Mehrzahl der Kunden nicht zu erlangen seien. Eine Einschränkung dieser Möglichkeit auf bestimmte Vertragsbedingungen oder die Forderung, im Voraus die über Zustimmungsfiktion möglichen Änderungen so detailliert zu beschreiben, dass die Klauseln dem strengen Transparenzgebot standhalten, sei überschießend und stelle praktisch unerfüllbare Anforderungen an die Formulierung zulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

Der Oberste Gerichtshof hat dagegen bereits wiederholt judiziert, dass eine Zustimmungsfiktionsklausel nicht allein deshalb automatisch zulässig ist, weil sie die

Formalerfordernisse erfüllt, sondern dass auf diesem Wege ermöglichte Vertragsänderungsklauseln zusätzlich der Kontrolle im Sinne der RL 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen sowie deren nationaler Umsetzung (§ 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG) unterliegen (ua 1 Ob 210/12g; 2 Ob 131/12x; 8 Ob 58/14h; 9 Ob 26/15m; 10 Ob 60/17x [Klausel 1]).

Besonders weitreichende Vertragsänderungen, die die Grundlagen der rechtlichen Beziehungen der Parteien betreffen, können nach dieser Auffassung nicht durch Zustimmungsfiktion zustande kommen; lässt eine Klausel praktisch uneingeschränkte Änderungen zugunsten des Unternehmens zu Lasten des Verbrauchers über bloße Zustimmungsfiktion zu, wird sie als gröblich benachteiligend angesehen. Darüber hinaus erachtet die Rechtsprechung eine Klausel für intransparent, wenn nicht nur völlig unbestimmt bleibt, welche Leistungen der Zahlungsdienstleister mit fingierter Zustimmung einschränken könnte, sondern auch, in welchem Umfang eine Änderung der vom Verbraucher entrichteten Entgelte vorgenommen werden kann. Zulässig wäre es aber wohl, wenn die Änderungsbefugnis etwa dahin konkretisiert wird, dass sie durch gesetzliche Änderungen oder behördliche bzw gerichtliche Vorgaben erzwungene Änderungen oder solche zugunsten der Nutzer umfasst oder für bestimmte Bereiche deren Zielrichtung festlegt.

Hinter dieser Rechtsprechung steht die Überlegung, dass die vertragliche Zustimmungsfiktion in der Praxis trotz des formalen Widerspruchsrechts auf eine einseitige Änderungsbefugnis des Unternehmers hinausläuft, weil sich Verbraucher erfahrungsgemäß in aller Regel mit Änderungsangeboten gar nicht auseinandersetzen (10 Ob 60/17x).

Die §§ 48 Abs 1 Z 6 lit a, 50 Abs 1 ZaDiG 2018 regeln in Übereinstimmung mit dem Wortlaut der Zahlungsdienste-RL 2015/2366/EU, welche Informationen der Unternehmer zu erteilen hat und worauf er bei geplanten Änderungen hinzuweisen hat, *sofern* eine Vereinbarung über eine Zustimmungsfiktion geschlossen wurde. Nach Auffassung des Obersten Gerichtshofs setzt diese Formulierung das Bestehen einer solchen Vereinbarung voraus, ohne aber deren Inhalt zu regeln. Es ist danach dem Zahlungsdienstleister – im Unterschied zum Anbieter von Telekommunikationsleistungen nach Artikel 20 (Absatz 4) der Universaldienst-RL 2002/22/EG – nicht unmittelbar durch die Richtlinie gestattet, für sämtliche denkbaren allgemeinen Vertragsbedingungen eine einseitige Änderungsmöglichkeit per Zustimmungsfiktion zu vereinbaren.

Diese Rechtsprechung ist jedoch in der Folge in der österreichischen Literatur mehrfach auf Kritik gestoßen. *Bollenberger* (Änderungen von Bankverträgen im Massengeschäft, ÖBA 2017, 741) vertritt den Standpunkt, dass diese strenge Rechtsprechungslinie von den Zahlungsdienstleistern inhaltliche Begrenzungen für Erklärungsfiktionsklauseln fordere, die sich in Gesetz und Richtlinie nicht fänden, ohne aber dafür hinreichende Kriterien zu nennen. Nach Ansicht des Autors stehe die eine Vollharmonisierung anstrebende Zahlungsdienste-RL einer solchen Begrenzung entgegen, zumal es diese in anderen Mitgliedstaaten, namentlich in Deutschland, trotz identer Rechtslage nicht gebe.

Ähnlich argumentiert *Schopper* (Judikatur zu Zustimmungsfiktionsklauseln in AGB, VbR 2017/51, 75), der meint, es sei eine Abwägung zwischen den wichtigen, legitimen Interessen von Unternehmern, die mit Verbrauchern Dauerverträge im Massenkundengeschäft abschließen, und

den ohnehin nur potentiellen Nachteilen der Kunden vorzunehmen. Eine Zustimmungsfiktion sei für Verbraucher nämlich nicht per se nachteilig, weil sich die vorgeschlagenen Änderungen auch zu ihren Gunsten auswirken könnten. Die Gefahr einer Übervorteilung bei einer Anpassung allgemeiner Vertragsbedingungen sei jedenfalls geringer als bei Änderungen, die das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung betreffen.

Nach Auffassung des Obersten Gerichtshofs kann diesen Überlegungen aber der auf den Schutz der Verbraucher vor nachteiligen Geschäftspraktiken abzielende Regelungsgehalt der Richtlinien entgegen gehalten werden.

Mit einer einmal vereinbarten uneingeschränkten Zustimmungsfiktion wäre es jederzeit möglich, Kunden völlig schrankenlos in für sie ungünstigere Vertragsmodelle umzustellen und dabei auf ihre mangelnde Auseinandersetzung mit umfangreichen Vertragstexten, auf ihr fehlendes Verständnis der Auswirkungen oder darauf zu vertrauen, dass sie die Änderungen wegen der anderenfalls nur möglich erscheinenden Kündigung als alternativlos hinnehmen.

Nach Auffassung des Obersten Gerichtshofs kann sich seine Rechtsprechung nunmehr auch auf den Erwägungsgrund 63 der Zahlungsdienste-RL 2366/2015/EU gründen: „Um ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten, sollten die Mitgliedstaaten im Interesse des Verbrauchers Beschränkungen oder Verbote einseitiger Änderungen der Bedingungen eines Rahmenvertrags aufrechterhalten oder einführen können, beispielsweise wenn eine solche Änderung nicht gerechtfertigt ist.“

2. Zahlungsdienstleister können mit ihren Zahlungsdienstnutzern nach Artikel 63 Absatz 1 Buchstabe b Zahlungsdienste-RL 2015/2366/EU im Falle von

Zahlungsinstrumenten, die gemäß dem Rahmenvertrag nur einzelne Zahlungsvorgänge bis höchstens 30 EUR betreffen oder die entweder eine Ausgabenobergrenze von 150 EUR haben oder Geldbeträge speichern, die zu keiner Zeit 150 EUR übersteigen, vereinbaren, dass die Artikel 72 und 73 sowie Artikel 74 Absätze 1 und 3 keine Anwendung finden, wenn das Zahlungsinstrument **anonym** genutzt wird **oder** der Zahlungsdienstleister aus anderen Gründen, die dem Zahlungsinstrument immanent sind, **nicht nachweisen kann**, dass ein Zahlungsvorgang **autorisiert** war.

Im Ausgangsverfahren stellen sich die Vorfragen, ob es sich bei der berührungslosen NFC-Bezahlfunktion einer multifunktionalen, mit einem bestimmten zu belastenden Konto eines Zahlungsdienstnutzers verknüpften Karte

- überhaupt um ein Zahlungsinstrument im Sinne des Artikel 4 Nr 14 Zahlungsdienste-RL handelt, und

- wann es, wenn dies der Fall ist, „anonym“ genutzt wird.

2.1. Artikel 4 Nr 14 Zahlungsdienste-RL definiert als „Zahlungsinstrument“ jedes personalisierte Instrument und/oder jeden personalisierten Verfahrensablauf, das bzw der zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister vereinbart wurde und das bzw der vom Zahlungsdienstnutzer eingesetzt werden kann, um einen Zahlungsauftrag nach Artikel 4 Nr 16 Zahlungsdienste-RL zu erteilen.

Nach der Rechtsprechung des EuGH (C-616/11 *T-Mobile Austria*, Rn 33, 35 ECLI:EU:C:2014:242) kann ein Zahlungsinstrument als personalisiert angesehen werden, wenn das Instrument dem Zahlungsdienstleister eine Überprüfung ermöglicht, dass der Zahlungsauftrag von einem hierzu berechtigten Nutzer erteilt wurde. Der Begriff des Zahlungsinstruments kann darüber hinaus aber auch einen

Verfahrensablauf erfassen, der nicht personalisiert ist, zwischen dem Nutzer und dem Zahlungsdienstleister vereinbart wurde und der vom Nutzer eingesetzt werden kann, um einen Zahlungsauftrag zu erteilen (zB unterschriebener Zahlschein; EuGH C-616/11 *T-Mobile Austria*, Rn 33, 35).

In diesem Sinne gelangt der Oberste Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass es sich bei der Auslösung eines Zahlungsauftrags unter Verwendung der NFC-Funktion einer einem individuellen Bankkarte zugeordnete Bankkarte um einen Verfahrensablauf im Sinne des Artikel 4 Nr 23 Zahlungsdienste-RL und damit um ein Zahlungsinstrument handeln kann.

2.2. Der Begriff der „anonymen“ Nutzung nach Artikel 63 Absatz 1 Buchstabe b Zahlungsdienste-RL 2015/2366/EU wird innerhalb der Richtlinie nicht definiert. Aus dem allgemeinen Sprachgebrauch (zB www.duden.de: ungenannt, ohne Namensnennung; www.wikipedia.org: inkognito, unbekannt, verdeckt, namenlos) lässt sich kein eindeutiges Ergebnis gewinnen.

Es ist die Auslegung möglich, dass eine anonyme Nutzung nur dann vorliegt, wenn der Zahlungsvorgang kumulativ mit einer nicht einem individuellen Kundenkonto zugeordneten Bankkarte und ohne Angabe zusätzlicher Authentifizierungsmerkmale ausgelöst wird. Möglich ist aber auch die Interpretation, dass schon dann eine anonyme Nutzung im Sinne der Regelung vorliegt, wenn zwar eine personalisierte Bankkarte zum Auslösen des Zahlungsvorgangs zu Lasten eines bestimmten Kontos eingesetzt wird, aber darüber hinaus keine weitere Authentifizierung (vgl Artikel 4 Z 29, 30 Zahlungsdienste-RL) erfolgt, sodass jeder beliebige physische Inhaber der Bankkarte zu deren Verwendung in der Lage ist.

Nach dem Wortlaut des Artikels 63 Absatz 1 Buchstabe b der Zahlungsdienste-RL 2015/2366/EU ist davon auszugehen, dass die „anonyme“ Nutzung und „andere dem Zahlungsinstrument immanente Gründe“ es gemeinsam haben, dass der Zahlungsdienstleister nicht nachweisen kann, dass ein Zahlungsvorgang nicht autorisiert war.

Ob ein solcher Nachweis bei der Nutzung einer multifunktionalen personalisierten Bankkarte ohne CVM (cardholder verification method; etwa PIN) im Sinne der Richtlinie wirklich nicht erbracht werden kann, ist nicht eindeutig klar.

Bei gleichzeitigem Fehlen einer Verlustmeldung weist immerhin allein schon der tatsächliche Besitz der Karte auf eine Verwendung durch den darauf genannten Verfügungsberechtigten selbst oder einen Dritten, dem er sie willentlich überlassen hat, hin. Dagegen mag eingewendet werden, dass eine Bankkarte dem Berechtigten auch unbemerkt von einer nicht autorisierten Person entfremdet worden sein könnte, sodass ihr bloßer Besitz noch keinen Nachweis der Verfügungsberechtigung begründet. Umgekehrt ist aber eine über jeden Zweifel erhabene Überprüfung der Autorisierung eines Zahlungsvorgangs auch dann nicht möglich, wenn eine Authentifizierung durch weitere Sicherheitsmerkmale abverlangt wird (vgl Artikel 4 Z 30 Zahlungsdienstleister-RL – „starke Kundenauthentifizierung“). Ein Missbrauch (zB durch Ausspähen des PIN-Codes) ist auch in diesem Fall nicht auszuschließen. In diesem Sinn bestehen lediglich qualitative Unterschiede zwischen dem bloßen Besitz der Karte als schwächstem Indiz und zusätzlichen Authentifizierungsschritten als stärkeren Indizien für eine autorisierte Verwendung.

Die Auffassung, dass eine personalisierte Zahlungskarte bei der NFC-Funktion nicht anonym genutzt

wird, findet auch in der österreichischen Literatur Niederschlag (*Haghofer* in *Weilinger* [Hrsg], *ZaDiG* § 35 Rz 11 f und § 44 Rz 26, 41).

2.3. Im Frage-Antwort-Dokument der Europäischen Kommission „Your questions on PSD, Payment Services Directive 2007/64/EC, Question no 301 zu Article 34, 53“ wird zur Qualifikation von multifunktionalen Bankkarten, mit denen sowohl Zahlungen unter Eingabe von CVM (PIN) als auch kontaktlose Kleinbetragszahlungen ohne CVM (PIN) ausgeführt werden können, festgehalten: *„In case of multifunctional cards, different regimes can apply. In the case described, payment transactions executed with the contactless function would benefit from the derogations under Articles 34 and 53, whereas for the credit or debit card function the 'normal' set of provisions applies“*.

Dieser Antwort liegt offenbar die Auslegung zugrunde, dass ein Zahlungsinstrument schon dann anonym genutzt wird, wenn es ohne weitere Authentifizierung mittels eines personalisierten Sicherheitsmerkmals zur Erteilung eines Zahlungsauftrags verwendet werden kann, sodass es einer „anonymen“ Nutzung mittels NFC-Funktion nicht entgegensteht, wenn sie mit einer auf den Inhaber eines bestimmten Kontos ausgestellten Bankkarte durchgeführt wird.

3. Nach Artikel 63 Absatz 1 Buchstabe a Zahlungsdienste-RL 2015 (in Österreich umgesetzt durch § 57 Absatz 1 Z 1 *ZaDiG* 2018) gelten die darin genannten Ausnahmeregel, *„wenn das Zahlungsinstrument nicht gesperrt werden oder eine weitere Nutzung nicht verhindert werden kann“*.

Im vorliegenden Verfahren enthalten die strittigen Vertragsklauseln der Beklagten auch auf diese Bestimmung gestützte Ausnahmen unter der Behauptung, dass

die Bankkarte „für Kleinbetragszahlungen nicht gesperrt werden kann“.

Die Beklagte hat im Verfahren das Klagsvorbringen, dass eine solche Sperre technisch sehr wohl möglich wäre, nicht bestritten, sondern den Standpunkt eingenommen, dass es darauf nicht ankomme.

Der Wortlaut des Artikel 63 Absatz 1 Buchstabe a Zahlungsdienste-RL 2015 lässt grundsätzlich die Auslegung zu, dass es dem Zahlungsdienstleister frei steht, dem Zahlungsdienstnutzer eine als nicht sperrbar deklarierte Karte anzubieten und dafür die Ausnahmeregeln in Anspruch zu nehmen. Er kann aber auch dahin verstanden werden, dass sich der Zahlungsdienstleister auf die Vereinbarung der Ausnahmeregel nur dann berufen kann, wenn er den Nachweis erbringt, dass eine Sperre der NFC-Funktion nicht möglich ist. Dann könnte sich der Zahlungsdienstleister nicht darauf berufen, wenn nach dem Stand der Technik eine Sperre möglich wäre, aber diese Technik vom Zahlungsdienstleister nicht verwendet wird.

Der letzteren Auslegung des Artikel 63 Absatz 1 Buchstabe b Zahlungsdienste-RL 2015 wäre bei besonderer Gewichtung des Verbraucherschutzes der Vorzug zu geben. Nach der gegenteiligen Auffassung hätte es der Zahlungsdiensteanbieter in der Hand, durch ein technisch minderwertiges Angebot das Haftungsrisiko für unautorisierte Zahlungen zu Lasten des Zahlungsdienstnutzers zu verschieben, was mit dem Erwägungsgrund 91 der Zahlungsdienste-RL in Konflikt stehen könnte (Verantwortung für angemessene Sicherheitsmaßnahmen).

4. Die allgemeinen Fragen, ob „Anonymität“ im Sinne des Art 64 Abs 1 lit b der Zahlungsdienstleister-RL schon ausscheidet, wenn die Zahlung mittels einer auf ein individualisiertes Bankkonto ausgestellte Bankkarte erfolgt,

oder ob es dazu noch eines weiteren authentifizierenden Elements (etwa PIN) bedarf, lässt sich aus den aus der bisherigen Rechtsprechung des EuGH ableitbaren Rechtssätzen zur Auslegung des Unionsrechts nicht eindeutig beantworten. Dies gilt auch für die Frage, inwieweit bei Beurteilung der mangelnden Sperrbarkeit im Sinne des Art 63 Absatz 1 lit a dieser RL auf die Vereinbarung oder auch auf die technische Machbarkeit abzustellen ist. Insoweit bedarf es der Festlegung eines einheitlichen Standards durch einen allgemeinen Rechtssatz aus der Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH und geht es nicht nur um die dem nationalen Gericht vorbehaltene bloße Anwendung des Unionsrechts (OGH 6 Ob 116/17b).

5. Die Beantwortung der gestellten Fragen ist für die Entscheidung über die Zulässigkeit der im Verfahren strittigen Klauseln präjudiziell.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 25. Jänner 2019

Dr. K u r a s

Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung:

