

Herausgeber: Prof. Dr. Stephan Meder, Universität Hannover
Dr. Anna-Maria Beesch, RA'in und FA'in für Bank- und Kapitalmarktrecht

Erscheinungsdatum:
09.04.2019

Erscheinungsweise:
monatlich

Bezugspreis:
10,- € monatlich
zzgl. MwSt.

4/2019

Inhaltsübersicht:

Anm. 1

Anlageberatungsvertrag: Rechtzeitigkeit der Prospektübergabe und Unzulässigkeit einer Kenntnisnahmeklausel

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.01.2019, III ZR 109/17
von Prof. Dr. Petra Buck-Heeb, Universität Hannover

Anm. 2

Auswirkung eines (vertraglichen) Widerrufsrechts auf den Verjährungsbeginn eines Schadensersatzanspruchs

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 08.11.2018, III ZR 628/16
von Dr. Torsten Henning, RiOLG

Anm. 3

Anforderungen an Bestimmtheit eines Klageantrags auf „Freigabe“ einer Grundschuld

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 24.04.2018, XI ZR 207/17
von Dr. Ulf Martens, RA und Sparkassenjustiziar

Anm. 4

Zur Verteilung des Haftungsrisikos beim Online-Banking

Anmerkung zu OLG Schleswig, Beschluss vom 29.10.2018, 5 U 290/18
von Dr. Franz Schnauder, RiOLG a.D. / Dr. Anna-Maria Beesch, RA'in und FA'in für Bank -und Kapitalmarktrecht, Frankfurt am Main

Anm. 5

Einordnung von Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO als verbraucher- und wettbewerbsschützende Norm

Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Urteil vom 20.04.2018, 4 U 120/17
von Dr. Stefan Werner, RA, FA für Steuerrecht und Banksyndikus, Frankfurt am Main

Zitiervorschlag: Buck-Heeb, jurisPR-BKR 4/2019 Anm. 1
ISSN 1866-7597

1

Anlageberatungsvertrag: Rechtzeitigkeit der Prospektübergabe und Unzulässigkeit einer Kenntnisnahmeklausel

Leitsätze:

1. Eine vorformulierte Bestätigung des Anlegers, die Risikohinweise in einem Emissionsprospekt zur Kenntnis genommen zu haben, ist gemäß § 309 Nr. 12 Halbs. 1 Buchst. b BGB unwirksam. Hierin liegt eine die Beweislast zu seinem Nachteil ändernde Bestimmung. Es genügt, wenn die Beweisposition des Anlegers verschlechtert wird; eine Umkehr der Beweislast ist nicht erforderlich.

2. Ein Empfangsbekanntnis i.S.v. § 309 Nr. 12 Halbsatz 2 BGB muss getrennt vom sonstigen Vertragstext erteilt werden und darf keine weiteren Erklärungen umfassen.

3. Die Frage, ob der Anleger genügend Zeit hatte, um einen ihm zur Information unter anderem über die Risiken des Investments zur Verfügung gestellten Prospekt zur Kenntnis zu nehmen, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Eine Regelfrist gibt es nicht.

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.01.2019, III ZR 109/17

von **Prof. Dr. Petra Buck-Heeb**, Universität Hannover

A. Problemstellung

Urteile des III. und des XI. Zivilsenats des BGH zu Anlageberatungsfällen sind mittlerweile aus verschiedenen Gründen selten geworden. Umso markanter ist es, dass der III. Zivilsenat Anfang 2019 gleich zweimal zur Aufklärung des Kunden durch Übergabe eines Prospekts zu entscheiden hatte (BGH, Urt. v. 10.01.2019 - III ZR 109/17 und BGH, Urt. v. 07.02.2019 - III ZR 498/16 m. Anm. Henning, jurisPR-BKR 3/2019 Anm. 2). Während es im letztgenannten Urteil um die Weigerung des Kunden ging, den Prospekt zu lesen, stand im hier zu besprechenden Urteil die Frage der Rechtzeitigkeit der Prospektübergabe und die Wirkung einer Bestäti-

gungserklärung durch den Kunden im Raum. Die Entscheidung knüpft dabei an die bisherige Rechtsprechung des III. und des XI. Zivilsenats des BGH an und präzisiert diese.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kunde wurde durch einen für die Beklagte tätigen Handelsvertreter in Bezug auf einen Tanker-Fonds und einen Solar-Fonds beraten. Dieser überreichte dem Anleger u.a. einen Prospekt bezüglich der Finanzanlagen. Im Jahr 2007 und 2010 unterzeichnete der Kläger Beitrittserklärungen zu den Fonds. Nachdem sich die Fonds nicht positiv entwickelten, machte der Anleger geltend, er sei über die Risiken des Solar-Fonds vom Handelsvertreter nicht hinreichend aufgeklärt worden. Den – fehlerhaften – Prospekt habe er erst bei Zeichnung erhalten. Bei Kenntnis der Risiken des Fonds hätte er die Anlage nicht erworben. Die Beklagte führte dagegen an, der Kläger habe bei Zeichnung eine Bestätigung bezüglich des Erhalts des Prospekts unterschrieben, aus welcher sich ergebe, dass dessen Übergabe rechtzeitig vor dem Beitritt erfolgt sei, und dass er dessen Inhalt zur Kenntnis genommen habe. Das OLG Celle hatte als Berufungsgericht die Klage des Kunden abgewiesen, da eine rechtzeitige Prospektübergabe erfolgt sei.

Der BGH hat nun die Sache zur weiteren Entscheidung zurückverwiesen, da sich die Rechtzeitigkeit jedenfalls nicht aus den Erklärungen ergeben kann. Festzustellen wird daher u.a. noch sein, ob der Prospekt wirklich vier Tage vor der Zeichnung übergeben wurde und, falls ja, ob dieser Zeitraum dann im konkreten Fall „rechtzeitig“ im Sinne der Rechtsprechung ist.

C. Kontext der Entscheidung

I. Dass bei einer Anlageberatung die Aufklärung des Kunden über die Risiken einer Anlage nicht nur mündlich, sondern auch durch Übergabe eines Prospekts erfolgen kann, ist in Rechtsprechung und Schrifttum unumstritten. Voraussetzung dafür, dass eine mündliche Aufklärung durch den Berater entfallen kann, ist nach ständiger Rechtsprechung des III. sowie des XI. Zivilsenats des BGH, dass der Prospekt richtig, verständlich und vollständig ist, und dass er dem Anleger so rechtzeitig ausgehändigt wird, dass

dieser dessen Inhalt vor der Anlageentscheidung zur Kenntnis nehmen kann (so sowohl der III. Zivilsenat, vgl. etwa BGH, Urt. v. 08.07.2010 - III ZR 249/09 Rn. 32 - BGHZ 186, 152 und BGH, Urt. v. 07.02.2019 - III ZR 498/16 Rn. 12, als auch der XI. Zivilsenat, vgl. etwa BGH, Urt. v. 14.05.2013 - XI ZR 431/10 Rn. 21 - BKR 2013, 386).

Wann eine Prospektübergabe zur Erfüllung der Aufklärungspflicht ausreichend ist, hat die Gerichte in der Vergangenheit in unterschiedlichem Kontext beschäftigt. In anderem Zusammenhang hatte das OLG Celle jedenfalls unlängst zutreffend festgestellt, dass durch die Prospektübergabe nur die Pflicht des Beraters zur objektgerechten Beratung entfallen kann, nicht dagegen die Pflicht zur anlegergerechten Beratung (OLG Celle, Urt. v. 25.10.2018 - 11 U 153/17 Rn. 22 f.).

II. Die Beweislast für die Verletzung einer Aufklärungs- und Beratungspflicht trägt nach ständiger Rechtsprechung derjenige, der die Pflichtverletzung behauptet. Ist, wie im vorliegenden Fall, streitig, ob der Prospekt erst bei Zeichnung der Anlage oder schon vorher übergeben worden ist, hat der Anleger die (spätere) Übergabe zu beweisen. Die Anforderungen an diesen Beweis werden aufgrund dessen, dass er sehr schwierig zu führen ist, nicht allzu hoch angesetzt. Zudem muss der beklagte Berater sodann die behauptete Falschberatung substantiiert bestreiten (vgl. Buck-Heeb/Lang in: OGK, Stand: Januar 2019, § 675 BGB, Anlageberatung, Vermögensverwaltung, Rn. 509 ff.).

III. 1. Weil auch ein substantiiertes Bestreiten teilweise schwierig ist, stellte sich für die Praxis die Frage nach einer Möglichkeit, zugunsten des Beraters schon präventiv Rechtssicherheit herbeizuführen. Die Beklagte hatte den Kunden aus diesem Grund nicht nur ein Empfangsbekenntnis bezüglich des Erhalts des Prospekts, sondern auch eine Kenntnisnahmeklausel unterschreiben lassen, wonach der Anleger die Risikohinweise im Prospekt zur Kenntnis genommen hat. Daraus sollte sich formal und inhaltlich eine rechtzeitige Prospektübergabe belegen lassen. Da der Berater dabei vorformulierte Klauseln verwendete, war hier Raum für die Prüfung der Unwirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

2. Das Problem bestand vorliegend vor allem darin, dass die Beklagte sich nicht lediglich den Empfang des Prospekts „quittieren“ ließ. Der III. Zivilsenat des BGH hielt ein bloßes Empfangsbekenntnis mit Quittungsfunktion grundsätzlich für AGB-rechtlich zulässig. Dem ist zuzustimmen. § 309 Nr. 12 Halbs. 2 BGB steht dem nicht entgegen, wenn das Empfangsbekenntnis vom Vertragstext „räumlich und drucktechnisch deutlich abgehoben“ ist (vgl. Besprechungsurteil Rn. 37). Auch darf sich das Empfangsbekenntnis nur auf die tatsächliche Übergabe beziehen und nicht einen Bezug zum Inhalt des Dokuments herstellen.

3. Eine Klausel dahingehend, dass der Unterzeichner/die Unterzeichnerin den Inhalt des Prospekts zur Kenntnis genommen hat (Kenntnisnahmeklausel), sieht der BGH dagegen zutreffend als nach § 309 Nr. 12 Halbs. 2 Buchst. b BGB unzulässig an. Das ist richtig, da der Zweck solcher Klauseln gerade eine entsprechende Beweiswirkung ist, und geht mit der Rechtsprechung zu anderen einschlägigen Kenntnisnahmeklauseln konform (vgl. Grüneberg in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 309 Rn. 109).

IV. 1. Unabhängig vom genannten Punkt hatte der BGH auch die Frage der Rechtzeitigkeit als solcher angesprochen. Als Grundsatz gilt hier, dass das zeitliche Moment erfüllt ist, wenn sich der Anleger vor der Zeichnung oder dem Kauf einer Anlage mit dem Prospektinhalt vertraut machen und (auch) auf dieser Basis eine Anlageentscheidung treffen kann (vgl. o. bei C.I.).

Ob ein (durchschnittlicher) Anleger einen solchen stets umfangreichen Prospekt überhaupt liest, lässt sich teilweise bezweifeln, und ob dieser dann von eben jenem (durchschnittlichen) Anleger verstanden wird, ebenso. Jedenfalls traute auch der Gesetzgeber dem Anleger dies nur bedingt zu und verpflichtete den WpHG-Vertrieb mit dem Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz von 2011 zusätzlich zur Übergabe eines Produktinformationsblatts (§ 31 Abs. 3a WpHG a.F., jetzt: § 64 Abs. 2 WpHG) bzw. verlangte die Übergabe von anderen Informationsblättern, wie etwa Vermögensanlagen-Informationenblättern oder wesentlichen Anlegerinformationen im Sinne des KAGB (vgl. auch § 15 FinVermV).

2. Zwar ist dem III. Zivilsenat des BGH im Hinblick auf die Rechtzeitigkeit der Prospektübergabe darin Recht zu geben, dass diese vom konkreten Einzelfall abhängt und sich nicht generell bestimmen lässt. Das schließt jedoch nicht aus, Kriterien für eine Beurteilung zu bilden. Daran mangelt es bislang. Dabei wird es zum einen auf objektive Faktoren, wie die Seitenzahl des Prospekts (im konkreten Fall: ca. 170 Seiten), ankommen. Zum anderen können auch subjektive Faktoren zu berücksichtigen sein, wie etwa die Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden. Ob und inwiefern der Berater vor einer Zeichnung auch erfragen muss, ob dem Kunden genügend Zeit geblieben ist, den Prospekt zu lesen, ist eine andere Frage. Eine Nachforschungspflicht ohne jegliche Anhaltspunkte für eine Nichtlektüre ist jedenfalls abzulehnen (vgl. Besprechungsurteil Rn. 39).

3. Der III. Zivilsenat betont in seinen Entscheidungen ebenso wie der XI. Zivilsenat des BGH immer wieder, dass der Anleger selbst entscheiden kann, ob er einen Prospekt lesen oder nicht lesen bzw. wie eingehend er diesen zur Kenntnis nehmen will. Liest er den Prospekt nicht, geht dies zu seinen Lasten (vgl. nur etwa BGH, Urte. v. 04.06.2013 - XI ZR 188/11 Rn. 30; BGH, Urte. v. 26.02.2013 - XI ZR 345/10 Rn. 33 - BKR 2013, 283). Sofern der Berater von der Nichtlektüre weiß oder wissen muss, wird seine Pflicht zur mündlichen Aufklärung vollumfänglich erhalten bleiben, d.h. nicht aufgrund der Prospektübergabe reduziert. Das ist etwa dann der Fall, wenn der Anleger erklärt, er werde den Prospekt nicht lesen (vgl. BGH, Urte. v. 07.02.2019 - III ZR 498/16 Rn. 15 ff.).

V. 1. Ob aus der vorliegenden Entscheidung auch Anhaltspunkte für die rechtliche Einordnung einer vom Wertpapierdienstleistungsunternehmen verlangten Unterschrift unter das – seit dem 2. FiMaNoG nicht mehr erforderliche – Beratungsprotokoll des § 34 Abs. 2a WpHG a.F. abgeleitet werden können, ist eine andere Frage. Banken ließen sich hier häufig die Vollständigkeit und Richtigkeit des Protokolls durch die Kundenunterschrift bestätigen. Im Zusammenhang damit wurde diskutiert, welche Folgen eine Unterzeichnung (auch) durch den Kunden haben kann. Dabei wurde im Schrifttum die Unterzeichnung im Sinne einer bloßen Empfangsbestätigung zu Recht als unproblematisch an-

gesehen (vgl. Fuchs in: Fuchs, WpHG, 2. Aufl. 2016, § 34 Rn. 35).

Kontrovers diskutiert wurden dagegen die Auswirkungen, wenn ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen sich vom Kunden durch die Unterzeichnung den Inhalt des Protokolls als richtig anerkennen lässt. Teilweise wurde hierbei angenommen, dem könne zumindest im Prozess keine Beweisfunktion zugunsten des Kunden beigemessen werden (vgl. Fuchs in: Fuchs, WpHG, § 34 Rn. 35; kritisch auch Möllers in: Kölner Kommentar zum WpHG, 2. Aufl. 2014, § 34 Rn. 87; a.A. Fett in: Schwark/Zimmer, WpHG, 4. Aufl. 2010, § 34 Rn. 7 unter Verweis auf eine Belehrungspflicht). Zwar liegt dieser Fall insofern anders, als es nicht um vorformulierte Klauseln bzw. AGB geht, sodass § 309 Nr. 12 Buchst. b BGB nicht einschlägig ist. Das vorliegende Urteil kann aber dennoch nicht ohne Einfluss für die Frage sein, ob eine aufsichtsrechtliche Pflicht wie § 34 Abs. 2a WpHG a.F. durch eine vom Gesetz nicht geforderte Unterschrift des Kunden zu einer Beweiserleichterung des Wertpapierdienstleistungsunternehmens führen kann.

2. Parallele Überlegungen werden seit dem 2. FiMaNoG in Bezug auf die zivilprozessuale Wirkung der (aufsichtsrechtlich vorgeschriebenen) Geeignetheitserklärung nach § 64 Abs. 4 WpHG angestellt. Ob hier die Unterschrift des Kunden unter die Erklärung eine Veränderung der Beweislast im Hinblick auf den Inhalt des Beratungsgesprächs zugunsten des Kunden mit sich bringen kann, hat die Rechtsprechung bislang noch nicht entscheiden müssen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Auswirkungen des Urteils für die Praxis sind fatal. Sie wird ihre vorformulierten Texte dringend überarbeiten müssen, sofern bislang ähnliche Klauseln wie im vorliegenden Fall verwendet wurden. Für künftige Formulare liefert die konkrete BGH-Entscheidung klare Vorgaben. Nicht zulässig ist die verbreitete vorzufindende Vermischung der Empfangserklärung mit weiteren Erklärungen des Kunden, wie etwa der Kenntnisnahme vom Prospektinhalt im Allgemeinen oder den Risiken des Investments im Speziellen. Unzulässig ist es auch, wenn das

Empfangsbekanntnis nicht deutlich vom Vertragstext getrennt wird.

Problematischer stellt sich die Lage für bereits unterzeichnete Verträge dar, die nicht nur Empfangs-, sondern auch Kenntnisnahmeklauseln enthalten. Diese können nach der nunmehr ergangenen Rechtsprechung des III. Zivilsenats des BGH zu einer Haftung wegen Aufklärungspflichtverletzung führen, wenn der Berater nicht anderweitig substantiiert darlegen und beweisen kann, dass der Prospekt rechtzeitig übergeben wurde. Alternativ muss der Berater nachweisen, dass er (auch) im Beratungsgespräch hinreichend auf die Risiken des Investments hingewiesen hat.

Die Tatsache, dass es bislang noch an Kriterien der Rechtsprechung für die Bestimmung der Rechtzeitigkeit fehlt, dürfte zu weiteren Klagen mit dem Argument der zeitlichen „Enge“ und damit zu weiteren Entscheidungen in dieser Sache führen.

2

Auswirkung eines (vertraglichen) Widerrufsrechts auf den Verjährungsbeginn eines Schadensersatzanspruchs

Leitsätze:

1. Steht dem Anleger ein vertragliches Recht auf Widerruf seiner Beitrittserklärung zu einer Fondsgesellschaft zu, welches - abgesehen von der Einhaltung einer Widerrufsfrist oder bestimmter Formerfordernisse - an keine weiteren Voraussetzungen gebunden ist, ist der Anleger durch das Zustandekommen des Beitrittsvertrages noch nicht i.S.d. § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB geschädigt (Fortführung u.a. BGH, Urt. v. 08.07.2010 - III ZR 249/09 - BGHZ 186, 152; BGH, Urt. v. 22.09.2011 - III ZR 186/10 - NJW-RR 2012, 111; BGH, Urt. v. 23.11.2017 - III ZR 389/15 sowie BGH, Urt. v. 11.07.2012 - IV ZR 151/11 und BGH, Urt. v. 18.04.2012 - IV ZR 193/10 - VersR 2012, 1110).

2. Ein den Verjährungsbeginn auslösender Schaden ist zu bejahen, wenn Umstände gegeben sind, aufgrund derer der Kapitalanleger von seiner Anlageentscheidung nicht

(mehr) Abstand nehmen kann, ohne ggf. finanzielle Einbußen oder sonstige für ihn nachteilige Folgen hinnehmen zu müssen. Bei dem Beitritt zu einer Kapitalanlagegesellschaft ist dies insbesondere dann der Fall, wenn der Anleger bereits eine gesellschaftsrechtliche Stellung erlangt hat, aufgrund derer ein Austritt aus der Gesellschaft nur noch nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft möglich wäre.

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 08.11.2018, III ZR 628/16

von **Dr. Torsten Henning**, RIOLG

A. Problemstellung

Der Entscheidung liegt eine klassische Konstellation einer Kapitalanlage(beratungs)haftung zugrunde. Speziell wird der Fall erst dadurch, dass es - wegen der Untätigkeit des Klägers über einen langen Zeitraum - am Ende hinsichtlich des Erfolgs der von der Beklagten gegen den Anspruch erhobenen Einrede der Verjährung auf einen Tag mehr oder weniger (Ablauf der Verjährungsfrist schon am 12. oder erst am 13.11.2012) ankommt. Die Entscheidung kulminiert in der dem allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs zuzuordnenden Antwort auf die Frage, wann genau ein Schaden und damit auch ein Anspruch im Sinne des Verjährungsrechts (§ 199 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB) entstanden ist. Insbesondere verhält sie sich dazu, ob und ggf. welche Auswirkung ein dem Anleger zustehendes (hier: vertragliches) Widerrufsrecht auf den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist hat.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger beehrte vom Beklagten Schadensersatz wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Kapitalanlage. Er unterzeichnete nach Beratung durch den Beklagten am 10.11.2002 eine Beitrittserklärung als atypisch stiller Gesellschafter zu einer AG (Fondsgesellschaft) und verpflichtete sich zur Zahlung einer Einmaleinlage bis zum 15.11.2002. Auf dem Formular der Beitrittserklärung befand sich eine vom Kläger gesondert unterzeichnete „Widerrufsbeleh-

„Mit Schreiben vom 12.11.2002 begrüßte die Fondsgesellschaft den Kläger „im Kreise der atypisch stillen Gesellschafter“ und sandte einen gegengezeichneten Durchschlag der Beitrittserklärung an ihn zurück. Auf dem für die Fondsgesellschaft geführten Treuhandkonto ging am 13.11.2002 eine erste Teilzahlung des Klägers ein. Am 13.11.2012 reichten die Prozessbevollmächtigten des Klägers per Telefax einen Güteantrag bei einer staatlich anerkannten Gütestelle ein, dem keine Vollmacht des Klägers beigelegt war.

Der Kläger macht geltend, weder durch den Emissionsprospekt noch im Rahmen des Vermittlungsgesprächs zutreffend über die wesentlichen Risiken der Beteiligung aufgeklärt worden zu sein. Seine nach Scheitern des Güteverfahrens erhobene Klage auf Rückabwicklung der Beteiligung und Zahlung entgangenen Gewinns hat das Landgericht wegen Verjährung der geltend gemachten Ansprüche abgewiesen (LG Hamburg, Urt. v. 18.09.2014 - 319 O 163/13). Das Oberlandesgericht hat die gegen dieses Urteil gerichtete Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Die vom BGH zugelassene Revision des Klägers hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache.

Anders als das Berufungsgericht meine, sei die zehnjährige Verjährungsfrist des § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB zum Zeitpunkt der Einreichung des – für eine Hemmung ausreichenden – Güteantrags am 13.11.2012 wegen des bestehenden vertraglichen Widerrufsrechts noch nicht abgelaufen gewesen.

C. Kontext der Entscheidung

Sowohl § 199 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB als auch § 37a WpHG a.F. stellen für den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist auf die Anspruchsentstehung ab. Die Frage, wann genau der Schaden in Kapitalanlagehaftungsfällen eingetreten und damit der Anspruch (frühestens) entstanden ist, hat den BGH daher schon mehrfach beschäftigt.

I. Schaden entsteht grundsätzlich schon mit „Erwerb der Kapitalanlage“

Einigkeit besteht darin, dass es für den Schadensentritt nicht darauf ankommt, ob und wann die Kapitalanlage ggf. später im Wert gefallen ist (BGH, Urt. v. 26.02.2013 - XI ZR 498/11 Rn. 25 - BGHZ 196, 233; BGH, Urt. v. 19.07.2004 - II ZR 354/02 - WM 2004, 1823 und BGH, Urt. v. 08.07.2010 - III ZR 249/09 Rn. 24 - BGHZ 186, 152; BGH, Urt. v. 12.05.2009 - XI ZR 586/07 Rn. 22 - WM 2009, 1274). Denn der Anleger, der aufgrund einer Verletzung der Aufklärungspflicht oder einer fehlerhaften Beratung eine für ihn nachteilige Kapitalanlage erworben hat, ist bei der gebotenen wertenden Betrachtung bereits durch den Erwerb der Kapitalanlage geschädigt, weil der ohne die erforderliche Aufklärung gefasste Anlageentschluss von den Mängeln der fehlerhaften Aufklärung beeinflusst ist (BGH, Urt. v. 26.02.2013 - XI ZR 498/11 Rn. 25 - BGHZ 196, 233; BGH, Urt. v. 08.03.2005 - XI ZR 170/04 - BGHZ 162, 306, 309 f.; BGH, Urt. v. 12.05.2009 - XI ZR 586/07 Rn. 22 - WM 2009, 1274; BGH, Urt. v. 08.07.2010 - III ZR 249/09 Rn. 24 m.w.N. - BGHZ 186, 152; ebenso: BGH, Urt. v. 16.05.2017 - XI ZR 430/16 Rn. 18).

Damit unterliegen auch objektiv werthaltige Anlagen der Rückabwicklung (vgl. nur BGH, Urt. v. 16.05.2017 - XI ZR 430/16 Rn. 18; BGH, Urt. v. 24.03.2015 - XI ZR 278/14 Rn. 19 und BGH, Urt. v. 11.07.2012 - IV ZR 164/11 Rn. 70 - BGHZ 194, 39).

II. „Erwerb“ schon mit schuldrechtlichem Vertragsschluss

Was mit dem oben angesprochenen „Erwerb der Kapitalanlage“ konkret gemeint ist, wurde in einer Entscheidung zur – ebenfalls auf die Anspruchsentstehung abstellenden – Sonderverjährungsvorschrift des § 37a WpHG näher definiert.

Im Zeitfenster vom 01.08.1998 bis 04.08.2009 galt in bestimmten Konstellationen (dazu: BGH, Urt. v. 24.03.2015 - XI ZR 278/14 Rn. 17 m.w.N) § 37a WpHG, wonach der Anspruch des Kunden gegen ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen auf Schadensersatz wegen Verletzung der Pflicht zur Information und wegen fehlerhafter Beratung im Zusammenhang mit einer Wertpapierdienstleistung oder Wertpapiernebenleistung in drei Jahren von dem

Zeitpunkt an verjährt, in dem der Anspruch entstanden ist.

Der XI. Zivilsenat des BGH präziserte im Jahr 2015, dass mit dem „Erwerb der Kapitalanlage“ dabei nicht erst das dingliche Ausführungsgeschäft, sondern bereits der schuldrechtliche Vertragsschluss gemeint sei (BGH, Urt. v. 24.03.2015 - XI ZR 278/14 Rn. 19 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf in dieser Hinsicht ggf. missverständliche Entscheidungen des III. und IV. Zivilsenats des BGH aus den Jahren 2012 und 2014).

III. Schadenseintritt und Widerrufsrecht

Liegt nach alledem ein Schaden nicht erst dann vor, wenn die Kapitalanlage tatsächlich im Wert gesunken ist oder sich die behauptete Pflichtverletzung ausgewirkt hat, und bedarf es zum Schadenseintritt auch nicht des Vollzugs des dinglichen Ausführungsgeschäfts, stellt sich die bisher nicht beleuchtete Frage, ob die Einräumung eines Widerrufsrechts am Schadenseintritt (bereits mit dem schuldrechtlichen Vertragsschluss) etwas ändert. Dieser Frage widmet sich die Besprechungsentscheidung.

1. Vertragliches Widerrufsrecht

Deren Dreh- und Angelpunkt ist das dem Kläger auf dem Beitrittsformular von der Beklagten eingeräumte - vertragliche - Widerrufsrecht. Da die Belehrung einschränkungslos formuliert sei („Meine Beitrittserklärung ... kann ich ... widerrufen“), sei ihr nach Ansicht des III. Zivilsenats des BGH - anders als es der XI. Zivilsenat in zwei von ihm entschiedenen Fällen zugrunde gelegt hat (BGH, Urt. v. 06.12.2011 - XI ZR 401/10 Rn. 27 ff. - NJW 2012, 1066 und BGH, Urt. v. 12.07.2016 - XI ZR 501/15 Rn. 43 - BGHZ 211, 105) - kein Hinweis darauf zu entnehmen, dass das Recht zum Widerruf nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen oder unter bestimmten Bedingungen gegeben sein soll.

2. Abgrenzung zwischen bloß risikobehafteter Situation und bereits konkreter Verschlechterung der Vermögenslage

Der III. Zivilsenat des BGH zieht zur Lösung des Falles die senatsübergreifende ständige höchstgerichtliche Rechtsprechung heran, die einen für den Verjährungsbeginn maßgeblichen Eintritt eines Schadens regelmäßig erst dann be-

jaht, wenn es zu einer konkreten Verschlechterung der Vermögenslage des Gläubigers gekommen ist, während der Eintritt einer bloß risikobehafteten Situation dafür noch nicht ausreicht (BGH, Urt. v. 16.05.2017 - XI ZR 430/16 Rn. 18; BGH, Urt. v. 23.11.2017 - III ZR 389/15 Rn. 34; BGH, Urt. v. 28.10.1993 - IX ZR 21/93 Rn. 37 - BGHZ 124, 27).

Die Subsumtion ergebe im Streitfall, dass jedenfalls dann, wenn einem Anleger (wie hier) ein vertraglich eingeräumtes Recht auf Widerruf seiner Beitrittserklärung zu einer Kapitalgesellschaft zustehe, welches - abgesehen von der Einhaltung einer Widerrufsfrist oder bestimmter Formerfordernisse - an keine weiteren Voraussetzungen gebunden sei, dieser durch das Zustandekommen des Beitrittsvertrages grundsätzlich noch nicht geschädigt sei. Solange es nämlich zur alleinigen Disposition des Anlegers stehe, ob er an dem geschlossenen Vertrag festhalte oder sich durch Ausübung eines ihm eingeräumten Widerrufsrechts von der eingegangenen Verpflichtung wieder löse, sei noch offen, ob die vorgeworfene Pflichtverletzung zu einem Schaden führe. Der Schaden sei daher ausnahmsweise nicht schon mit Abschluss des Beitrittsvertrages (über § 151 BGB) am 12.11.2002 eingetreten, sodass der Güteantrag vom 13.11.2012 noch rechtzeitig zur Hemmung habe führen können.

Das erscheint jedenfalls nicht zwingend. Denn dass der Anleger eine aufgrund fehlerhafter Beratung getroffene (wirksame) Anlageentscheidung später und nur mit Wirkung ex nunc durch Ausübung seines Widerrufsrechts ggf. wieder rückgängig machen kann, beseitigt doch nur seinen bereits eingetretenen Vermögensschaden, der gerade nicht zur Voraussetzung hat, dass die einmal eingegangene Verbindlichkeit auch endgültig wirksam bleibt.

3. Die (potentiell fristauslösenden) Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft als Sicherheidsnetz

Der III. Zivilsenat des BGH schränkt dieses - vor dem Hintergrund der oben unter II. zitierten Rechtsprechung durchaus überraschende - Ergebnis indes gleich im Anschluss wieder ein: die freie Widerrufbarkeit der Beitrittserklärung stehe dem Verjährungsbeginn nach § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB nämlich dann nicht (mehr) entgegen, wenn Umstände gegeben seien, aufgrund de-

rer der Beitretende von seiner Anlageentscheidung nicht Abstand nehmen könne, ohne aus Gründen, welche sich seiner Einflussmöglichkeit entziehen, ggf. finanzielle Einbußen oder sonstige für ihn nachteilige Folgen hinnehmen zu müssen. Denn in derartigen Fällen hätten sich die aus einer Anlageentscheidung möglicherweise ergebenden negativen Folgen bereits so weitgehend konkretisiert, dass bei der gebotenen wertenden Betrachtung nicht mehr lediglich von einer Gefährdung, sondern bereits von einer Schädigung des Vermögens des Anlegers ausgegangen werden müsse (Rn. 23).

Konkret heißt das: Hat der Anleger bereits eine gesellschaftsrechtliche Stellung erlangt, aufgrund derer ein Austritt aus der Gesellschaft nur noch nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft möglich wäre, ist der Schaden eingetreten. Das sei dann der Fall, wenn der Beitretende entweder Beiträge geleistet oder gesellschaftsvertragliche Rechte ausgeübt habe (Rn. 24 und 26). Da die erste Teilzahlung des Klägers aber erst am 13.11.2002 erbracht wurde, habe der Güteantrag vom 12.11.2012 noch zur Hemmung der Verjährung geführt.

D. Auswirkungen für die Praxis

I. Verbraucherdarlehensverträge

Vor dem Hintergrund der in den letzten Jahren auch den BGH erreichenden Widerrufswelle bei Verbraucherdarlehensverträgen stellt sich zuvörderst die Frage, ob die – zu einem vertraglichen Widerrufsrecht ergangene und in Leitsatz 1 und Rn. 17 ausdrücklich darauf beschränkte – Besprechungsentscheidung auf gesetzliche Widerrufsrechte übertragen werden kann. Die Argumentation des III. Zivilsenats für das Hinausschieben des Beginns der Verjährungsfrist – allein im Belieben des Anlegers stehende Lösungsmöglichkeit vom Vertrag – ließe sich jedenfalls genauso auf gesetzlich eingeräumte Widerrufsrechte lesen. Die Frage ist vor allem deshalb entscheidend, weil in derartigen Fällen mangels ordnungsgemäßer Belehrung/Information bis zur Grenze der Verwirrung oder des Rechtsmissbrauchs (dazu BGH, Beschl. v. 23.01.2018 - XI ZR 298/17 sowie BGH, Urt. v. 16.10.2018 - XI ZR 69/18 Rn. 12 ff.) oftmals ein „ewiges“ Widerrufsrecht besteht. Und da die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft in diesen klassischen Widerrufsfällen kei-

ne Rolle spielen können, wäre der Verjährungsbeginn dann wegen des auch noch nach Jahren möglichen Widerrufs bis in ferne Zukunft hinausgeschoben (vgl. zu diesem Umstand bereits das Berufungsurteil: OLG Hamburg, Urt. v. 14.09.2016 - 11 U 248/14 Rn. 55).

Das mag nicht recht einleuchten, wird sich aber bei Verbraucherdarlehensverträgen in der Regel schon deshalb kaum auswirken, weil in den seltensten Fällen parallel zu den sich nach Widerruf ergebenden Ansprüchen aus den §§ 346 ff. BGB überhaupt Schadensersatzansprüche wegen Falschberatung in Betracht kommen.

II. Fremdwährungsdarlehen

Anders kann die Sache zum Beispiel bei sog. Fremdwährungsdarlehen liegen. Dabei handelt es sich um Darlehensverträge, bei denen die Valuta in Fremdwährung (oftmals CHF) aufgenommen und auch zurückgezahlt werden muss. Da deren Anbieter mit im Vergleich zum deutschen Markt niedrigeren Zinssätzen warben, haben vor allem Immobilienkäufer im Grenzgebiet zu Österreich und der Schweiz Anfang des Jahrtausends derartige Verträge zuhauf abgeschlossen. Dort kann es nicht selten neben einem – bei falscher Belehrung grundsätzlich unbefristeten – gesetzlichen Widerrufsrecht potentielle Schadensersatzansprüche geben, weil den betroffenen Kunden die Risiken und Nachteile dieser speziellen Finanzierungsform (insbesondere das Wechselkursrisiko) nicht hinreichend deutlich gemacht wurden.

Während die Frage, wer nach einem Widerruf das Wechselkursrisiko zu tragen hat, streitig ist (vgl. nur OLG Stuttgart, Urt. v. 21.04.2015 - 6 U 148/12 Rn. 70 sowie LG Frankfurt, Urt. v. 23.03.2018 - 2-28 O 160/16 Rn. 48 einerseits [Bank] und LG Ravensburg, Urt. v. 22.11.2016 - 2 O 41/16 Rn. 38 f. andererseits [Kunde]), dürfte sie bei einem auf Naturalrestitution gerichteten Schadensersatzanspruch einfach zu beantworten sein. Und wenn dessen Verjährung solange nicht zu laufen beginnen sollte, solange es „zur alleinigen Disposition des Anlegers steh[t], ob er an dem geschlossenen Vertrag festhält oder sich durch Ausübung eines ihm eingeräumten Widerrufsrechts von der eingegangenen Verpflichtung wieder löst“ (Rn. 20), könnte dieser Anspruch ebenfalls auf fast unbestimmte Zeit durchgesetzt werden. Ein irritie-

rendes Ergebnis, das nur noch durch die – allerdings unscharfe – „gebotene wertende Betrachtung“ (Rn. 23) einer Korrektur zugeführt werden könnte.

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Zuletzt widmet sich die Entscheidung noch den formalen Anforderungen, den ein zur Verjährungshemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB geeigneter Güteantrag zu erfüllen hat (zu den inhaltlichen Voraussetzungen vgl. nur BGH, Urt. v. 18.06.2015 - III ZR 198/14 Rn. 22 ff.). Problematisch war hier insbesondere, dass dem Antrag keine Vollmacht für die Prozessbevollmächtigten des Klägers beigelegt war. Aus der Parallele zu den §§ 80, 88 ZPO (vgl. dazu bereits BGH, Beschl. v. 04.05.2016 - III ZR 100/15 Rn. 5 ff.) ergebe eine Auslegung der hier anwendbaren Verfahrensordnung der Gütestelle, dass der rechtzeitig eingereichte Güteantrag die Hemmung der Verjährung auch ohne gleichzeitige Vorlage einer Vollmacht bewirken können. Denn der Beklagte habe einen Mangel der Vollmacht nicht geltend gemacht oder die Nachreichung einer Vollmacht gefordert (Rn. 31 f.).

3

Anforderungen an Bestimmtheit eines Klageantrags auf „Freigabe“ einer Grundschuld

Orientierungssätze:

1. Der Antrag auf „Freigabe“ einer als Sicherheit für einen Verbraucherkredit bestellten Grundschuld genügt für sich dem Bestimmtheitsgebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht. Denn er lässt nicht mit der für das Vollstreckungsverfahren erforderlichen Bestimmtheit erkennen, welche der im Rahmen eines Wahlschuldverhältnisses nach §§ 262 ff. BGB gegebenen Arten der Rückgewähr der Kläger als Sicherungsgeber beansprucht.

2. Die hinreichende Bestimmtheit kann aber gegebenenfalls durch Auslegung des Prozessvortrags des Klägers hergestellt werden. Hat der Kläger in der Klageschrift und erneut im Berufungsverfahren zu erkennen

gegeben, er wünsche die „Löschung“ und damit die Aufhebung der Grundschuld, ergibt sich daraus, dass er (nur) diese Art der Rückgewähr verlangt.

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 24.04.2018, XI ZR 207/17

von **Dr. Ulf Martens**, RA und Sparkassenjustiziar

A. Problemstellung

Im Rahmen der Rückabwicklung widerrufenen Darlehen kommt es immer wieder zum Streit über die „Freigabe“ gestellter Sicherheiten. Problematisch ist hierbei nicht, dass sich der Sicherungsnehmer seiner Pflicht zur Rückgabe oder Weitergabe der Sicherung nach dem Willen des Sicherungsgebers versperren will. Jedoch ist aus dem Antrag der Freigabe nicht ohne weiteres ersichtlich, welche Art der Rückgewähr der Sicherungsgeber eigentlich verlangt. Für beide Parteien birgt dies eine nicht unerhebliche Gefahr, dass in anderer Weise über den Sicherungsgegenstand verfügt wird, als von dem Sicherungsgeber intendiert ist, so dass in der Folge ein nicht unerhebliches Streitpotenzial aufgebaut wird. Auch in gerichtlichen Verfahren findet sich keine einheitliche Linie hinsichtlich der Behandlung von Freigabeanträgen im Rahmen der Sicherheitenrückabwicklung. Insbesondere in solchen Fällen, in denen Gerichte den Sicherungsgeber zur undifferenzierten Freigabe einer Sicherheit verurteilten, stellt sich regelmäßig das nicht unerhebliche Folgeproblem, wie eine solche Freigabe im Anschluss konkret zu erfolgen hat bzw. wie ein solcher Antrag zu vollstrecken wäre.

Zu der dargestellten Problematik des Freigabeantrags hat der BGH nun (in Bezug auf Grundschulden) in dem besprochenen Urteil Stellung genommen und unter den Vorgaben des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO aufgezeigt, welche Bestimmtheitsanforderungen an einen Antrag auf Freigabe zu stellen sind, und inwieweit hierbei weiterer Sachvortrag im Rahmen einer Auslegung ergänzend heranzuziehen ist. Darüber hinaus setzt sich der BGH noch einmal mit der Frage der Aufrechenbarkeit kapitalertragssteuerpflichtiger Aufwendungen im Rahmen der Rück-

abwicklung widerrufenen Verbraucherdarlehen auseinander.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Parteien des dem Urteil zugrunde liegenden Verfahrens streiten sich in dritter Instanz über die Rechtsfolgen des wirksamen Widerrufs eines Verbraucherdarlehens in Bezug auf das Bestehen gegeneinander gerichteter, teilweise durch Widerklage geltend gemachter Ansprüche auf Rückabwicklung, Leistungsverpflichtungen Zug um Zug, Umfang und gerichtliche Prüfbarkeit von Aufrechnungen und die „Freigabe“ einer Grundschuld.

Erstinstanzlich war die beklagte Kreditgeberin durch das Landgericht verurteilt worden, die bestellte Grundschuld Zug um Zug gegen Zahlung von 42.604,80 Euro nebst Zinsen freizugeben; der Kläger als Widerbeklagter wurde entsprechend zur Zahlung verurteilt. Im Übrigen wurde die Klage abgewiesen. Das Kammergericht hat im Berufungsverfahren das Urteil dahingehend abgeändert, dass der Kläger als Widerbeklagter nunmehr lediglich zur Zahlung eines Betrags von 3.865,12 Euro nebst Zinsen verpflichtet ist (KG, Urt. v. 09.02.2017 - 8 U 57/16). Im Übrigen verblieb es bei der gegenseitigen Verpflichtung zur Leistung Zug um Zug gegen „Freigabe“ der Grundschuld, wobei das KG in seinen Urteilsgründen die Freigabe mit der Rückübertragung der Grundschuld gleichsetzte. Einen Anspruch auf Erstattung vorgegerichtlicher Anwaltskosten wies das Kammergericht mit Recht zurück, da die Erteilung einer fehlerhaften Widerrufsbelehrung nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung keine Pflichtverletzung darstellt und aufgrund der einseitigen Gestaltungswirkung des Widerrufs auch keine Anerkenntnispflicht des Widerrufsadressaten besteht. Auch einen – vorrangig streitwerterhöhenden – Feststellungsantrag wies das Kammergericht neben der Leistungsklage mangels Feststellungsinteresse zurück. Des Weiteren bestehe mangels Gleichartigkeit der Forderungen keine Aufrechnungsmöglichkeit des Klägers mit Beträgen, die seitens der kreditgebenden Bank zur Zahlung von Kapitalertragssteuer und Solidaritätszuschlag verwendet worden waren.

Die Revision des Klägers hatte vor dem BGH Erfolg.

C. Kontext der Entscheidung

Der BGH nimmt ausführlich inhaltlich Stellung zu den Bestimmtheitsanforderungen an einen Antrag auf „Freigabe von Grundschulden“. Die im Kern der Entscheidung stehende ergänzende Auslegung des Freigabebegehrens im Gesamtkontext der weiteren Ausführungen der Klageschrift hatte der XI. Zivilsenat des BGH bereits in einem abweisenden Beschluss einer Nichtzulassungsbeschwerde angedeutet, jedoch nicht näher begründet (vgl. BGH, Beschl. v. 17.01.2017 - XI ZR 170/16). Dabei stellt die Bedeutung der „Freigabe“ im Rahmen der Rückabwicklung von Grundschulden ein in der Praxis vielfach auftretendes Problem dar, da in dem Antrag auf Sicherheitenfreigabe regelmäßig eine Mehrzahl von Rückabwicklungsalternativen liegt, welche sich einem Sicherungsnehmer nicht zwangsläufig erschließen. Vor diesem Hintergrund stellt der BGH grundsätzlich in klarer Weise fest, dass der Antrag auf Freigabe einer Grundschuld für sich genommen keine hinreichende Bestimmung enthält. So kann das Freigabeverlangen auf sehr unterschiedliche Arten einer Rückabwicklung im Rahmen des § 346 BGB abzielen, deren wesentliche Handlungsziele der BGH wie folgt kategorisiert:

1. die Aufhebung der Grundschuld gemäß den §§ 875, 1183, 1192 Abs. 1 BGB,
2. die Abgabe einer Verzichtserklärung, die eine Eigentümergrundschuld entstehen lässt, §§ 1168 Abs. 1, 1192 Abs. 1 BGB oder
3. die Abtretung der Grundschuld an den Sicherungsgeber oder an einen Dritten gemäß den §§ 1154, 1192 Abs. 1 BGB (vgl. BGH, Urt. v. 26.04.1994 - XI ZR 97/93; BGH, Urt. v. 18.07.2014 - V ZR 178/13).

Soweit das Kammergericht in seinem Berufungsurteil vom 09.02.2017 (8 U 57/16) im Sinne der dritten Alternative feststellt: „Der Darlehensnehmer kann nach Widerruf der Darlehensvertragserklärung gemäß § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB vom Darlehensgeber die Rückabtretung gewährter Sicherheiten verlangen und die Rückübertragung der

bewilligten Grundschuld ist gemäß § 348 BGB Zug um Zug zu erfüllen“, lässt sich eine Gleichsetzung des Freigabeverlangens mit einer Rückabtretung für sich genommen so nicht treffen. Dementsprechend fordert der BGH zur Erfüllung der Anforderungen des § 253 Abs. 2 ZPO ergänzenden Prozessvortrag, der den Freigabeantrag soweit konkretisiert, dass sich im Rahmen der Auslegung eine eindeutige Wahl der Sicherheitenrückgewähr ergibt.

Im vorliegenden Fall lag eine solche Konkretisierung in dem mehrmaligen Vortrag des Klägers, eine Löschung der Grundschuld anzustreben. Die Löschung sei hier als Aufhebung der Grundschuld gemäß den §§ 875, 1183, 1192 Abs. 1 BGB zu verstehen. Der von der Wertung des Kammergerichts abweichenden Feststellung der Art der Rückabwicklung ist zuzustimmen, da sie vorliegend nicht an einem subjektiven, pauschalen Begriffsverständnis des Entscheidenden anknüpft, sondern auf den ermittelbaren tatsächlichen Parteiwillen abstellt. Gleichzeitig verdeutlicht die divergierende Wertung des Kammergerichts und des BGH die Schwierigkeit der genauen Abgrenzung, Auslegung und Bestimmung des Freigabeantrags.

D. Auswirkungen für die Praxis

Mit dem besprochenen Urteil des BGH sind die inhaltlichen Anforderungen an einen Freigabeantrag nun deutlich klarer umrissen. Die Bedeutung für die Praxis ist dabei nicht zu unterschätzen. Die Zulässigkeit, Bestimmtheit und inhaltliche Auslegung von Freigabeverlangens stellen ein regelmäßiges Problem im Rahmen der Rückabwicklung grundpfandrechtl. Sicherheiten dar. Die Ausführungen des BGH verdeutlichen dabei noch einmal, dass das Begehren nach Freigaben eben gerade nicht nur die Löschung einer Grundschuld, sondern ebenso etwa deren Abtretung oder Wandlung in eine Eigentümergrundschuld bedeuten kann. Mit der grundsätzlichen Feststellung, dass ein Freigabeantrag für sich genommen nicht den Bestimmtheitsanforderungen genügt, bezieht der BGH eine klare Ausgangsposition.

Inwieweit sich eine hinreichende Bestimmung des Rückabwicklungsbegehrens sodann aus einem ergänzenden Sachvortrag ableiten lassen kann, ist eine Frage des Einzelfalls. Der BGH scheint hieran jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen.

Deutliche Voraussetzung ist jedoch, dass für die Beteiligten hinreichend klar sein muss, worauf der Freigabeantrag konkret abzielt. Nur wenn diese Voraussetzung in einer Weise erfüllt ist, die die Entscheidung für eine Art der Rückgewähr im Kanon unterschiedlicher Wahlmöglichkeiten als einzige feste Entscheidung stehen lässt, sind die Bestimmtheitsanforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO durch den Antrag auf Freigabe der Grundschuld erfüllt.

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Weiterer Themenschwerpunkt des Urteils war die Aufrechenbarkeit von auf einen Nutzungsersatz entfallender Steuerlasten und deren prozessuale Berücksichtigungsfähigkeit. Hierzu stellt der BGH fest, dass die Prüfung des Bestehens einer Aufrechnungslage – hier das Vorliegen gleichartiger Forderungen – keinen Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO darstellt, sondern vielmehr mit der Aufrechnungserklärung als Anspruchsvoraussetzung eigenständig von Amts wegen zu prüfen ist. Insofern sei ein Verstoß gegen den Beibringungsgrundsatz durch das die Aufrechnungslage überprüfende Gericht nicht festzustellen. Der Argumentation des BGH ist zuzustimmen, denn soweit durch eine Partei die Aufrechnung gemäß § 388 BGB streitig im Prozess erklärt bzw. einer Forderung einwendend entgegengehalten wird, kann über einen solchen Anspruch nur entschieden werden, wenn das Bestehen der Aufrechnungsvoraussetzungen als anspruchsbegründende bzw. -widerlegende Tatsache durch das Gericht zur Entscheidungsfindung ergründet und beurteilt werden kann und darf.

Materiell-rechtlich stellt der BGH klar, dass die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung zur fehlenden Gleichartigkeit des Abgabenteils der Bruttolohnforderungen, bezüglich derer das Bestehen einer Aufrechnungslage abzulehnen ist (BAG, Urt. v. 22.03.2000 - 4 AZR 120/99 Rn. 12 und BAG, Urt. v. 19.02.2004 - 6 AZR 664/02 Rn. 28), keine Übertragung auf den Anfall von Kapitalertragssteuer nebst Solidaritätszuschlag im Rahmen der Rückabwicklung widerrufenen Verbraucherdarlehen finden kann. Der BGH bestätigt hiermit seine bereits mit Urteilen vom

25.04.2017 (XI ZR 108/16) und vom 25.04.2017 (XI ZR 573/15) begründete Rechtsprechung.

4

Zur Verteilung des Haftungsrisikos beim Online-Banking

Orientierungssätze:

1. Grundsätzlich genügt ein Antrag auf Beziehung von Akten nach § 432 ZPO nicht den gesetzlichen Erfordernissen, wenn die Partei nicht näher bezeichnet, welche Urkunden oder Aktenteile sie für erheblich hält (BGH, Urt. v. 09.06.1994 - IX ZR 125/93). Der Tatrichter ist nicht verpflichtet, von sich aus die Akten daraufhin zu überprüfen, ob sie Tatsachen enthalten, die einer Partei günstig sind; andernfalls betriebe er unzulässige Beweisermittlung.

2. Bei § 675u BGB a.F. handelt es sich um eine verschuldensunabhängige Haftung. Damit obliegt es dem Zahlungsdienstleister, darzulegen und zu beweisen, dass es sich um ein außerhalb seines Einflussbereichs liegendes und auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt nicht vermeidbares Ereignis handelte, welches zu der Durchführung der nicht autorisierten Überweisung führte.

3. Bei missbräuchlicher Verwendung von PIN und TAN im Online-Banking rechtfertigen allein die Aufzeichnung der Nutzung eines Zahlungsauthentifizierungsinstruments und die Prüfung der Authentifizierung i.S.v. § 675w Satz 3 Nr. 4 BGB die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises für eine grob fahrlässige Pflichtverletzung des Zahlers nicht. Auch ein Anscheinsbeweis auf alternativer Grundlage, der Zahlungsdienstnutzer habe entweder den Zahlungsvorgang autorisiert oder aber grob fahrlässig gegen seine Pflichten aus § 675l Satz 1 BGB verstoßen, kommt deswegen nicht in Betracht (BGH, Urt. v. 26.01.2016 - XI ZR 91/14).

Anmerkung zu OLG Schleswig, Beschluss vom 29.10.2018, 5 U 290/18

von **Dr. Franz Schnauder**, RiOLG a.D. / **Dr. Anna-Maria Beesch**, RA'in und FA'in für Bank- und Kapitalmarktrecht, Frankfurt am Main

A. Problemstellung

Das Haftungsregime des Zahlungsdiensterechts, das von dem Regelungs-dreieck der §§ 675u, 675v und 675w BGB bestimmt wird, geht von dem Grundsatz aus, dass dem Zahlungsdienstleister die Verantwortung obliegt, die Zahlungssysteme so sicher wie nur technisch möglich zu machen. Dies gilt gerade auch für Online-Banking-Systeme, die in besonderer Weise Missbrauchsrisiken ausgesetzt sind. Denn die Verwendung des Zahlungsauthentifizierungsinstruments (PSD 1) oder – wie es jetzt (PSD 2) heißt – des Zahlungsinstruments, erfolgt im Distanzgeschäft ausschließlich in der Sphäre und im Verantwortungsbereich des Zahlungsdienstnutzers, die außerhalb des Kontroll- und Einflussbereichs des Zahlungsdienstleisters liegen. Der Einsatz des Zahlungsinstruments und die Autorisierung des Zahlungsvorgangs durch den Zahler können daher vom Zahlungsdienstleister im Streitfall so gut wie niemals durch Vollbeweis nachgewiesen werden. Diesem Dilemma der Zahlungsdienstleister hat der BGH jedenfalls bei streitiger Autorisierung der Online-Überweisung unter engen Voraussetzungen durch das prozessrechtliche Institut des Anscheinsbeweises im Rahmen des § 286 ZPO abgeholfen. Der Besprechungsfall betrifft demgegenüber die (verschuldensabhängige) Missbrauchshaftung des Zahlungsdienstnutzers für unautorisierte Überweisungen. Dabei stellen sich Fragen nach dem möglichen Haftungstatbestand und dem Nachweis der Haftungsvoraussetzungen einschließlich möglicher Beweiserleichterungen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger, ein Einzelkaufmann, unterhielt bei der Beklagten ein Geschäftskonto, mit dem er seit 2011 am Online-Banking im smsTAN-Verfahren (auch sog. mobileTAN- oder mTAN-Verfahren) teilnahm. Er erhielt dazu eine persönliche Geheimzahl (PIN) und über die vereinbarte Mobilfunknummer die jeweils zur Freiga-

be einzelner Zahlungsanweisungen erforderliche Transaktionsnummer (TAN) per SMS.

Die der Mobilfunknummer des Klägers zugewiesene SIM-Karte funktionierte am Morgen des 30.08.2017 nicht mehr, was der Kläger sofort seinem Mobilfunkanbieter – dem späteren Streithelfer des Klägers –, nicht jedoch der beklagten Bank mitteilte. Tags darauf, am 31.08.2017, wurden vom Konto des Klägers in kurzen Abständen zwei Online-Überweisungen (um 11:36 Uhr in Höhe von 11.270 Euro und um 11:40 Uhr weitere 16.900 Euro) im smsTAN-Verfahren unter nicht näher geklärten Umständen an unbekannte Empfänger vorgenommen. Ungewöhnlich und bemerkenswert zugleich ist, dass der Kläger dies selbst sofort („noch am Vormittag“ des 31.08.2017) bemerkte und bei der Beklagten anzeigte. Diese konnte jedoch das Geld nicht wieder zurückerlangen, weil darüber bereits – ebenfalls sofort – nach Eingang beim Empfänger verfügt worden war. Nach dem Vortrag des Klägers hat er noch am 31.08.2017 die funktionsunfähige SIM-Karte auf Empfehlung seines Mobilfunkbetreibers vernichtet und gegen eine Zweitkarte ausgetauscht; die Originalkarte des Klägers wurde gesperrt. Die Beklagte behauptete, dass am 31.08.2017 um 11:29 Uhr, mithin sieben Minuten vor der ersten Missbrauchsverfügung, eine Ersatz-SIM-Karte auf den Namen des Klägers unter Verwendung von dessen Zugangsdaten durch den Mobilfunkanbieter aktiviert worden sei, die dieser jedoch nicht versandt habe. Nach Freischaltung seien die an die Rufnummer des Klägers gesendeten SMS mit den TANs von Unbekannten abgefangen und umgeleitet worden.

Da die unautorisierte Kontobelastung außer Streit stand, hat das LG Kiel dem Klagebegehren auf Erstattung des Überweisungsbetrags von insgesamt 28.170 Euro gemäß § 675v Satz 2 BGB a.F. stattgegeben (LG Kiel, Urt. v. 22.06.2018 - 12 O 562/17). Der zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzanspruch der Beklagten sei unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt gegeben, denn für die streitigen Zahlungsvorgänge greife keiner der Haftungstatbestände des § 675v BGB a.F. ein.

Die rechtliche Prüfung des Landgerichts setzte bei der verschuldensunabhängigen, auf 150 Euro beschränkten Basishaftung des Zahlungsdienstnutzers gemäß § 675v Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. an. Diese Haftung scheidet schon des-

wegen aus, weil die Beklagte nicht geltend mache (und auch nicht geltend machen könne), dass dem Kläger ein Zahlungsauthentifizierungsinstrument abhandengekommen sei. Lediglich die SIM-Karte des Mobiltelefons des Klägers habe nicht mehr funktioniert. Mögliche Pflichtverstöße des Mobilfunkanbieters im Zusammenhang mit der vertragswidrigen Freischaltung der Ersatz-SIM-Karte müsse sich der Kläger gemäß § 278 BGB nicht zurechnen lassen. Ebenso wenig liege ein Haftungsfall nach § 675v Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. vor. Dem Kläger sei nicht der Vorwurf fahrlässigen Umgangs mit personalisierten Sicherheitsmerkmalen zu machen. Dass der Kläger die PIN unsicher aufbewahrt habe, könne nach seiner Schilderung im Rahmen der sekundären Darlegungslast nicht festgestellt werden. Die TAN selbst sei weder vom Kläger noch vom Mobilfunkanbieter „aufbewahrt“ worden.

Insbesondere sei auch eine uneingeschränkte Haftung des Klägers wegen grob fahrlässiger Verletzung seiner Pflichten aus § 675l Satz 1 BGB a.F. nicht gegeben, § 675v Abs. 2 Nr. 1 BGB a.F. Es fehle schon am Nachweis, dass der Kläger zumutbare Vorkehrungen zum Schutz von PIN und TAN unterlassen habe und dass ihm insoweit der Vorwurf eines qualifizierten Verschuldens gemacht werden könne. Die Beklagte könne sich hierfür nicht auf den Beweis des ersten Anscheins stützen, vielmehr obliege ihr der Nachweis einer schuldhaften Pflichtverletzung des Klägers. Dies folge auch aus § 675w Satz 4 BGB a.F. (!), der „unterstützende Beweismittel“ für den Nachweis des Verschuldens verlange.

Ebenso wenig sei eine grob fahrlässige Pflichtverletzung in Bezug auf die Pflicht zur unverzüglichen Anzeige der missbräuchlichen Verwendung eines Zahlungsauthentifizierungsinstruments gegeben, § 675v Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 675l Satz 2 BGB a.F. Insoweit fehle es schon an der Kenntnis des Klägers von einer missbräuchlichen Verwendung oder der nicht autorisierten Nutzung eines Zahlungsauthentifizierungsinstruments. Die Behauptung des Klägers, er sei nur von einer technischen Störung der SIM-Karte ausgegangen, sei nicht widerlegt. Schließlich könne die Beklagte Schadensersatz wegen Verstoßes gegen ihre vertraglichen Bedingungen zur Nutzung des Online-Banking nicht beanspruchen, weil die AGB der Beklagten nicht Vertragsinhalt geworden seien.

Mit ihrer Berufung verfolgte die Beklagte ihr Prozessziel auf Klageabweisung weiter. Sie rügte, der Einzelrichter des Landgerichts habe einen Gehörsverstoß begangen, weil er ihrem Begehren auf Beiziehung der strafrechtlichen Ermittlungsakte nicht nachgekommen sei. Im Übrigen seien die Ansprüche des Klägers schon nach § 676c Nr. 1 BGB a.F. ausgeschlossen.

Die Berufung der Beklagten hatte vor dem OLG Schleswig keinen Erfolg.

Das Oberlandesgericht erkannte weder einen Verfahrensverstoß noch einen materiell-rechtlichen Fehler des angegriffenen Urteils und hat daher mit ausführlicher Begründung im wesentlichen unter Wiederholung der vom Landgericht erwogenen Gesichtspunkte die Berufung als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen.

C. Kontext der Entscheidung

Die Angriffe von Betrügern auf das Online-Banking sind vielfältig und werden technisch immer weiter verfeinert. Wenn Manipulationen am PC des Kontoinhabers und an seinem Mobiltelefon erfolgen, hängt die Schadensverteilung zwischen Zahlungsdienstleister und Zahler maßgeblich davon ab, ob der Zahlungsdienstleister einen aufrechenbaren Schadensersatzanspruch aus § 675v BGB gegen den Zahler hat (I.). Die immer ausgefeilteren Methoden des Missbrauchs von Zahlungsinstrumenten führen gerade bei dem im Streitfall unternommenen Angriff auf das Zahlungssystem mittels einer Ersatz-SIM-Karte häufig dazu, dass den Zahlungsdienstnutzern der Vorwurf der haftungsbegründenden Verletzung einer verhaltensbezogenen Sorgfaltspflicht nicht gemacht werden kann, so dass eine Missbrauchshaftung ausscheidet (II.).

I. Das Haftungskonzept des Zahlungsdienstrechts

Die im Zahlungsdienstrecht aufgestellten (und von PSD 2 modifizierten) Haftungsregeln begrenzen tendenziell den Rückgriffsanspruch des Zahlungsdienstleisters im Fall einer durch Missbrauch des Zahlungsinstruments veranlassten Belastung des Kundenkontos (1.). Darüber hinaus obliegt es dem Zahlungsdienstleister, die Voraussetzungen des in Betracht kommenden Haftungstatbestandes darzutun und nachzu-

weisen, was gerade bei Online-Überweisungen auf große Schwierigkeiten stößt (2.).

1. Haftungstatbestände

Ist ein Zahlungsvorgang aufgrund eines betrügerischen Angriffs auf das Authentifizierungsverfahren erfolgt und daher vom Zahler nicht autorisiert, haftet ihm der Zahlungsdienstleister dafür nach § 675u BGB. Ausgleich für den aufgewendeten Zahlbetrag kann der Dienstleister vom Zahlungsdienstnutzer nur im Wege eines Schadensersatzanspruchs gemäß § 675v BGB erlangen. Danach besteht lediglich eine auf 150 Euro begrenzte (und seit 13.01.2018 auf 50 Euro reduzierte) Basishaftung des Zahlungsdienstnutzers, § 675v Abs. 1 BGB. Eine unbegrenzte Haftung (freilich innerhalb des Verfügungsrahmens des Zahlungsinstruments) sieht das Gesetz in § 675v Abs. 2 BGB a.F. (= § 675v Abs. 3 BGB n.F.) nur bei qualifiziertem Verschulden des Zahlungsdienstnutzers vor.

Dieses nach Maßgabe des § 675e Abs. 1 BGB abschließende Haftungskonzept zur Verteilung des Risikos bei nicht autorisierten Zahlungen unter Einsatz eines Zahlungsinstruments beruht zum großen Teil auf den früher für Zahlungskarten geltenden vertraglichen Regeln, die das Zahlungsdienstrecht auf alle Zahlungsinstrumente ungeachtet ihrer Heterogenität ausgedehnt hat. Die tatbestandlichen Voraussetzungen der (bislang verschuldensunabhängigen) Basishaftung nach § 675v Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. orientieren sich an dem Einsatz von Zahlungskarten (körperliche Gegenstände), die verloren gehen oder abhanden kommen können. Beim Online-Banking konnte bisher nur der sorgfaltswidrige Verlust von personalisierten Sicherheitsmerkmalen die betraglich begrenzte Missbrauchshaftung des Zahlungsdienstnutzers begründen, § 675v Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. Dieser Haftungstatbestand ist de lege lata (PSD 2) entfallen, nachdem die Basishaftung nunmehr generell einen speziellen Verschuldensvorwurf gemäß § 675 Abs. 2 Nr. 1 BGB n.F. voraussetzt. Ob allerdings mit dem auf die symbolische Schadenssumme begrenzten Schadensersatzanspruch des Zahlungsdienstleisters ein nennenswerter Anreiz für den Zahlungsdienstnutzer zum sorgsamem Umgang mit seinem Zahlungsinstrument erreicht wird (zum Gesetzeszweck vgl. Hofmann, BKR 2018, 62, 64), mag mit Fug und Recht bezweifelt werden. Das gilt nun umso mehr, als der ersatzfähige Schaden

„zum Schutz der Zahler“ (BT-Drs. 18/11495, S. 165) auf 50 Euro reduziert wurde. Diese vom europäischen und deutschen Gesetzgeber detailliert geregelte Basishaftung spielt im Schadensrecht praktisch keine Rolle. Die beklagte Bank machte im Besprechungsfall (vgl. Rn. 51) diese Haftung auch ausdrücklich nicht (mehr) geltend.

Im Fall der Nichtautorisierung des Zahlungsvorgangs ist vielmehr die unbegrenzte und vorrangige (Beesch in: NK-BGB, 3. Aufl. 2016, §§ 675v, 675w Rn. 4; Omlor in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2012, Stand: 20.11.2017, § 675v Rn. 18: „lex specialis“) Missbrauchshaftung des Zahlungsdienstnutzers gemäß § 675v Abs. 2 BGB a.F. (= § 675v Abs. 3 BGB n.F.) von prozessentscheidender Bedeutung. Diese Einstandspflicht setzt allerdings voraus, dass der Zahlungsdienstnutzer den Schaden in betrügerischer Absicht ermöglicht oder durch vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung von Sorgfaltspflichten in Bezug auf Zahlungsinstrumente herbeigeführt hat. Haftungsbegründende Sorgfaltspflichten des Zahlers stellt das Gesetz in § 675l BGB auf, wonach der Zahler u.a. die personalisierten Sicherheitsmerkmale der ihm zugesandten Zahlungsinstrumente nach Erhalt vor unbefugtem Zugriff Dritter zu schützen hat. Weitere Pflichten des Zahlungsdienstnutzers können sich aus den AGB der Zahlungsdienstleister ergeben, die den sorgfältigen Umgang mit Zahlungsinstrumenten wie auch Bedingungen für die Ausgabe und Nutzung von Zahlungsinstrumenten zum Zwecke der Begrenzung des Missbrauchsrisikos regeln, § 675v Abs. 2 Nr. 2 BGB a.F. (= § 675v Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b BGB n.F.).

Sichere Verwahrung i.S.d. § 675l BGB bedeutet zunächst einmal nach dem freilich nicht unumstrittenen weiten Normverständnis der h.M., dass der Zahlungsdienstnutzer beim Online-Banking seinen Computer vor unberechtigten Zugriffen durch spezielle Computerprogramme und beim Mobile Banking durch entsprechende Sicherung des Smartphones schützen muss (Jungmann in: MünchKomm BGB, 7. Aufl. 2017, § 675l Rn. 28 ff.). Die personalisierten Sicherheitsmerkmale (PIN und TAN) unterliegen in jedem Fall mit Zugang beim Zahlungsdienstnutzer einer strikten Geheimhaltungspflicht. Darüber hinaus wird aus § 675l Satz 1 BGB a.F. (= § 675l Abs. 1 Satz 1 BGB n.F.) die spezifische Pflicht des Zahlungsdienstnutzers beim Mobile Banking hergeleitet, die zusammen mit

der TAN per SMS gesendeten Rahmendaten des Zahlungsauftrags zu überprüfen und sich vor Erteilung des Auftrags am PC zu vergewissern, dass die Autorisierung mittels der TAN tatsächlich für den in der SMS-Nachricht angegebenen Zweck erfolgt (Jungmann, EWiR 2017, 745, 746; Jungmann in: MünchKomm BGB, § 675l Rn. 55; Sprau in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 675v Rn. 5 a.E.). Die Missachtung dieser konkreten Sorgfaltsanforderungen begründet die Haftung des Zahlungsdienstnutzers wegen grob fahrlässiger Pflichtverletzung (vgl. dazu z.B. OLG Oldenburg, Beschl.v. 21.08.2018 - 8 U 163/17; LG Köln, Urte. v. 26.08.2014 - 3 O 390/13 Rn. 23 - NJW 2014, 3735 = WM 2014, 2372; LG Darmstadt, Urte. v. 28.08.2014 - 28 O 36/14 Rn. 43 f.: zu Unrecht als Rechtscheinhaftung qualifiziert, wie Omlor, EWiR 2014, 701, 702 zutreffend bemerkt; a.A. Schwintowski in: jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 675w, 1. Überarbeitung, Rn. 8; eine Haftung des Zahlers bejaht auch LG Oldenburg, Urte. v. 15.01.2016 - 8 O 1454/15; ebenso OLG Karlsruhe, Urte. v. 22.03.2016 - 17 U 97/15 n.v.).

2. Beweisanforderungen

Die schadensrechtliche Anspruchsgrundlage hilft dem nach § 675u BGB haftenden Zahlungsdienstleister jedoch nur, wenn er im Prozess die Anspruchsvoraussetzungen nachweisen kann. Dabei greift die Beweisregel des § 675w BGB ein, die Mindestanforderungen für die Beweislast beim Nachweis von Autorisierung und Pflichtverletzung des Zahlers normiert. Die weiteren Anforderungen an die Beweisführung sind Gegenstand eines lebhaften Streits, der seit Inkrafttreten des neuen Zahlungsdienstrechts geführt wird und nunmehr durch § 675w Satz 4 BGB n.F. neue Nahrung erhalten hat.

Nach der Grundnorm des § 675w Satz 1 BGB (a.F. und n.F.) hat der Zahlungsdienstleister zunächst die durchgeführte Authentifizierung und die ordnungsgemäße Aufzeichnung der Zahlungsvorgangs, die Verbuchung sowie den störungsfreien technischen Ablauf darzutun und durch entsprechende Protokolle zu belegen. Fehlt es bereits daran, ist vorbehaltlich einer gegenteiligen Beweisführung des Zahlungsdienstleisters (str., vgl. Zetzsche in: MünchKomm BGB, 7. Aufl. 2017, § 675w Rn. 5) von einer nicht autorisierten Zahlung auszugehen. Kann der Zahlungsdienstleister einen in techni-

scher Hinsicht störungsfreien Zahlungsvorgang nachweisen, so spricht für die Autorisierung des Zahlungsdienstnutzers eine gewisse Vermutung (Beesch in: NK-BGB, §§ 675v, 675w Rn. 5, 23 ff., 29 ff.; Sprau in: Palandt, BGB, § 675w Rn. 4), die jedoch nach § 675w Satz 3 BGB „allein nicht notwendigerweise“ zum Nachweis der Autorisierung ausreicht. Diese kryptische Formulierung des europäischen Gesetzgebers soll nach allgemeiner Meinung zum Ausdruck bringen, dass an den bloßen Nachweis der Authentifizierung durch Verwendung von PIN und TAN nicht die unwiderlegliche Vermutung geknüpft werden darf, der Zahler habe selbst die Zahlung autorisiert oder für sie nach § 675v BGB einzustehen (Hofmann, BKR 2018, 62, 68 m.w.N.). Der § 675w Satz 3 BGB erfordert vielmehr die Berücksichtigung der Gesamtumstände des Einzelfalls bei der richterlichen Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO (Beesch in: NK-BGB, §§ 675v, 675w Rn. 39).

Der beweisrechtliche Vorbehalt des Gesetzes schließt daher, wie der BGH entschieden hat, die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises auch beim Online-Banking nicht von vornherein aus, weil damit weder eine zwingende Beweisregel noch eine Beweisvermutung oder gar eine Beweislastumkehr begründet wird (BGH, Urt. v. 26.01.2016 - XI ZR 91/14 Rn. 24 - BGHZ 208, 331 = NJW 2016, 2024 m. Anm. Blissenbach, jurisPR-BKR 5/2017 Anm. 3). Diese Beweiserleichterung kommt dem Zahlungsdienstleister allerdings nur unter der zusätzlichen Voraussetzung zugute, dass er ein Zahlungssystem verwendet, das technisch so sicher wie möglich ist. Der Zahlungsdienstleister muss deshalb nachweisen, dass das von ihm verwendete Sicherheitssystem allgemein praktisch nicht überwindbar war, im konkreten Einzelfall ordnungsgemäß angewendet worden ist und fehlerfrei funktioniert hat (BGH, Urt. v. 26.01.2016 - XI ZR 91/14 Rn. 19 - BGHZ 208, 331 = NJW 2016, 2014; dazu kritisch Hoffmann/Hauptert/Freiling, ZHR 181, 780, 788 (2017) ff.).

Die Grundsätze des Anscheinsbeweises, die der XI. Zivilsenat des BGH schon vor Inkrafttreten des Zahlungsdienstrechts für kartengestützte Zahlungsvorgänge entwickelt hat (BGH, Urt. v. 05.10.2004 - XI ZR 210/03 - BGHZ 160, 308 = NJW 2004, 3623 m. Anm. Schott, jurisPR-BGH-ZivilR 51/2004 Anm. 2; bestätigt durch BGH, Urt. v. 14.11.2006 - XI ZR 294/05 Rn. 31 - BGHZ 170, 18 = NJW 2007, 593 m. Anm. Me-

der/Beesch, EWiR 2007, 135), sind von ihm mit den genannten Modifikationen auf das Online-Banking übertragen worden, bisher beschränkt auf das Vorliegen einer Autorisierung des Überweisungsvorgangs (BGH, Urt. v. 26.01.2016 - XI ZR 91/14 Rn. 32 ff. - BGHZ 208, 331 = NJW 2016, 2024). Gelingt es jedoch dem Zahlungsdienstnutzer, die Grundlagen des Anscheinsbeweises durch Darlegung eines atypischen Geschehensablaufes zu erschüttern, hat der Zahlungsdienstleister die Autorisierung nachzuweisen.

Dagegen hat der BGH - anders als bei unberechtigter Nutzung von Zahlungskarten oder Kreditkarten am Geldautomaten oder im Präsenzgeschäft, wo typischerweise auf ein bestimmtes Fehlverhalten des Zahlungsdienstnutzers geschlossen werden kann (BGH, Urt. v. 29.11.2011 - XI ZR 370/10 - NJW 2012, 1277 m. Anm. Beesch/Willershausen, jurisPR-BKR 9/2012 Anm. 1) - beim Online-Banking entschieden, dass der Beweis des ersten Anscheins zum Nachweis grob fahrlässiger Pflichtverletzungen des Zahlers zwar grundsätzlich zulässig ist, jedoch nicht beim Online-Banking im sms-TAN-Verfahren (bei dem ein über eine Banking-App verfügendes Mehrzweckgerät = Smartphone verwendet wird; weiterführend vgl. Omlor, BKR 2019, 105, 109). Denn bei Online-Überweisungen bestehen wegen der ganz unterschiedlichen Angriffsmöglichkeiten auf die Sicherheitsstrukturen der einzelnen Authentifizierungsverfahren keine Erfahrungssätze, die es erlauben, ein bestimmtes tatsächliches Verhalten des Zahlungsdienstnutzers zugrunde zu legen und sodann als grob fahrlässig zu bewerten (BGH, Urt. v. 26.01.2016 - XI ZR 91/14 Rn. 74 f. - BGHZ 208, 331 = NJW 2016, 2024). Daher scheidet für den Nachweis der subjektiven Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach § 675v BGB (gravierendes individuelles Versagen) der Anscheinsbeweis mangels Typizität des Kundenverhaltens und des Geschehensablaufs aus (kritisch Hoffmann/Hauptert/Freiling, ZHR 181, 780, 785 (2017) ff.; Herresthal, JZ 2017, 28). Allerdings lässt sich z.B. bei Verwendung des ChipTAN-Verfahrens derzeit ein Anscheinsbeweis grundsätzlich annehmen (Omlor, BKR 2019, 105, 109 m.w.N.).

Diese Rechtsprechungsgrundsätze legte auch das damalige Berufungsgericht (ebenfalls der 5. Zivilsenat des OLG Schleswig) nach Zurückverweisung durch den BGH (Urt. v. 26.01.2016

- XI ZR 91/14 - BGHZ 208, 331 = NJW 2016, 2024) zugrunde. Im wieder eröffneten Berufungsrechtszug entschied das OLG Schleswig nach Beweislastgrundsätzen, dass der Zahlungsdienstleister im Zweifel auch die Folgen von nicht weiter aufklärbaren kriminellen Machenschaften trägt, weil es eine hinreichende Überzeugung von der betrügerischen Absicht des Zahlers – die im dortigen Fall beinahe schon mit Händen zu greifen war – nicht gewinnen konnte (OLG Schleswig, Urt. v. 09.03.2017 - 5 U 87/13 Rn. 46 ff.).

An dieser Rechtslage hat die Umsetzung der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie (PSD 2) mit Wirkung vom 13.01.2018 nichts geändert. Der Anscheinsbeweis bei Drittmisbrauch ist weiterhin zulässig. Soweit Art. 72 Abs. 2 PSD 2 (umgesetzt in § 675w Satz 4 BGB n.F.) durch einen weiteren Satz ergänzt wurde, wonach der Zahlungsdienstleister „unterstützende Beweismittel vorlegen muss, um Betrug, Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Zahlungsdienstnutzers nachzuweisen“, entspricht dies der bisherigen deutschen Rechtslage wie auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung und ändert an der Beweislastverteilung nichts (so auch Omlor, BKR 2019, 105, 110 mit weitergehender Begründung; Linardatos, NJW 2017, 2145, 2150; Hofmann, BKR 2018, 62, 68 f; Zahrt, NJW 2018, 337, 340; Zetzsche in: MünchKommBGB, § 675w Rn. 32). Unrichtigerweise hatte sich das LG Kiel in dem hier angegriffenen streitigen Urteil zur Begründung ausdrücklich auf die neue Vorschrift des § 675w Satz 4 BGB n.F. (nicht „a.F.“) gestützt, obwohl diese auf den Streitfall nicht einmal Anwendung fand (Art. 229 § 45 Abs. 2 EGBGB). Darauf ist das OLG Schleswig in dem vorliegend besprochenen Beschluss nicht eingegangen.

II. Missbrauchshaftung bei Angriff mittels einer Ersatz-SIM-Karte

Nach den unter I.2. dargestellten Vorgaben der BGH-Rechtsprechung ist im vorliegenden Fall, in dem das smsTAN-Verfahren genutzt wurde, nicht zu beanstanden, dass das OLG Schleswig, wie schon die Vorinstanz, mangels Typizität des Geschehensablaufs die Anscheinsbeweis-Grundsätze nicht angewendet und den Zahlungsdienstleister antragsgemäß verurteilt hat (1.). Allenfalls wäre eine Haftung aufgrund

der Vertragsbedingungen in Betracht gekommen (2.).

1. Nachweislast des Zahlungsdienstleisters

Der Missbrauch des Zahlungsinstruments erfolgte im vorliegenden Fall durch eine relativ neue kriminelle Vorgehensweise, bei der sich der Angreifer nach Ausspähen der PIN durch Infektion des PC eine Ersatz-SIM-Karte beim Mobilfunkbetreiber des Kontoinhabers erschleicht, mittels derer er das personalisierte Sicherheitsmerkmal (TAN) abfängt (vgl. Hoffmann/Hauptert/Freiling, ZHR 181, 780, 798 (2017) ff.; Zahrt, NJW 2018, 337). Im zweiten, wie schon im erstinstanzlichen Rechtszug, konnten im vorliegenden Fall Herkunft und Verbleib der Ersatz-SIM-Karte, die nach dem Vortrag der Beklagten gerade einmal sieben Minuten vor der ersten missbräuchlichen Online-Überweisung vom Mobilfunkanbieter des Klägers aktiviert worden war, nicht geklärt werden.

Da der Kläger in der gegebenen Konstellation das personalisierte Sicherheitsmerkmal (TAN) bereits nicht auf sein Mobiltelefon erhalten hat, treffen ihn auch keine Sorgfaltspflichten in Bezug auf die Geheimhaltung und die Verwendung des Zahlungsinstruments. Vielmehr wurde die TAN in raffinierter, jedenfalls ungeklärter Weise auf eine externe SIM-Karte unbekannter Dritter geleitet, die für den Kläger nicht freigeschaltet und ihm daher auch nicht zugänglich war. Infolgedessen war anzunehmen, dass die streitige Überweisung von ihm auch nicht autorisiert war. Für einen Anscheinsbeweis ist hier nach Auffassung des BGH kein Raum, weil dem Zahlungsvorgang kein typischer Geschehensablauf zugrunde liegt, auf dessen Grundlage nach der Lebenserfahrung eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit für eine grob fahrlässige Pflichtverletzung des Klägers besteht. Daran ändert nach Auffassung des BGH auch der Umstand nichts, dass der Missbrauch des Online-Banking auf einem Umstand aus der Sphäre des Zahlers beruht (BGH, Urt. v. 26.01.2016 - XI ZR 91/14 Rn. 73 - BGHZ 208, 331 = NJW 2016, 2024). Auch wenn man die Rechtslage differenzierter betrachtet, steht nach derzeitigem Rechtsprechungsstand dem Anscheinsbeweis im Streitfall zumindest der Umstand entgegen, dass das eingesetzte Sicherheitssystem bei dem smsTAN-Verfahren aus technischer Sicht nicht als „allgemein praktisch nicht zu überwinden“ erachtet wird (dazu

Hoffmann/Hauptert/Freiling, ZHR 181, 780, 795, 798 (2017).).

Allerdings handelte der Streithelfer (Mobilfunkanbieter) durch die Ausgabe und Freischaltung einer Ersatz-SIM-Karte an einen unbekanntem Dritten im Rechtsverhältnis zu seinem Kunden grob vertragswidrig und schuldhaft (unverständlich daher Besprechungsentscheidung Rn. 57). Indes kann dieses grobe Verschulden dem Zahlungsdienstnutzer nicht gemäß § 278 BGB im Verhältnis zu seinem Zahlungsdienstleister zugerechnet werden. Der Mobilfunkanbieter wird nicht im Kreis der Sorgfaltspflichten des Zahlers gegenüber dem Zahlungsdienstleister tätig (Zahrte, NJW 2018, 337). Auch bei der (elektronischen) Übermittlung der SMS mit der TAN handelt der Zahlungsdienstleister auf eigenes Risiko, § 675m Abs. 2 BGB.

Danach traf den beklagten Zahlungsdienstleister im Streitfall die Darlegungs- und Beweislast für die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs aus § 675v Abs. 2 BGB a.F. Dieser Vorgabe konnte die Beklagte nicht genügen. Der bloße Umstand, dass die richtige PIN und die jeweils dem Überweisungsvorgang zugeordnete TAN benutzt worden waren, half der Beklagten bei der Begründung des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs nicht.

Allerdings ist der Rechtsschutz der Beklagten damit nicht erschöpft. Die Beklagte ist nicht schutzlos; sie kann sich nach Erstattung des Abbuchungsbetrages gemäß § 675u Satz 2 BGB an den Kläger bei dem Streithelfer (Mobilfunkanbieter) im Wege der Drittschadensliquidation schadlos halten (näher dazu Zahrte, NJW 2018, 337).

2. Verletzung von Vertragsbedingungen

Im Streitfall hat sich die beklagte Bank auch (allerdings ausdrücklich offenbar nur vor dem Landgericht) darauf berufen, dass den Kläger nach ihren AGB die Pflicht treffe, bereits die bloße Gefahr einer missbräuchlichen Nutzung des Online-Banking anzuzeigen, wie sie etwa bei einer technischen Störung der SIM-Karte gegeben sei. Darüber hinaus sei in den Bedingungen für das Online-Banking insbesondere eine Haftung schon für einfache Fahrlässigkeit für den Fall

vorgesehen, dass der Kunde – was hier zutrefte – kein Verbraucher sei.

Es besteht Streit darüber, ob § 675e Abs. 4 BGB gestattet, die in § 675v BGB geregelte Missbrauchshaftung des unternehmerischen Zahlungsdienstnutzers formularvertraglich unter der Schwelle der groben Fahrlässigkeit eintreten zu lassen (dazu Omlor, BKR 2019, 105, 106; Omlor in: Staudinger, BGB, 2012, Stand: 20.11.2017, § 675e Rn. 10; Zetzsche in: MünchKomm BGB, § 675v Rn. 8). Das Landgericht hatte (rechtlich bedenklich) eine Haftung des Klägers jedenfalls mit der Begründung scheitern lassen, die Einbeziehung der AGB in den Zahlungsdienstvertrag sei nicht gemäß § 305 Abs. 2 BGB nachgewiesen. Die rechtsgeschäftliche Einbeziehung von AGB gegenüber einem Unternehmer setzt das Erfordernis des § 305 Abs. 2 BGB nicht voraus, § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB. Im Ergebnis aber hatte das Landgericht einen Verweis der Beklagten auf ihre AGB nicht festzustellen vermocht, weil die Beklagte insoweit beweisfällig blieb. Damit schied eine Haftung des Klägers wegen Verletzung seiner etwaigen vertraglichen Sorgfaltspflichten im Online-Banking von vornherein aus. Dieser Teil des Urteils ist von der Berufung offenbar nicht angegriffen worden.

D. Auswirkungen für die Praxis

Der Zurückweisungsbeschluss des OLG Schleswig, wie auch das erstinstanzliche Urteil des LG Kiel, befinden sich im Einklang mit der BGH-Rechtsprechung. Art. 72 Abs. 2 Satz 2 PSD 2, den § 675w Satz 4 BGB n.F. abbildet, begründet eine Obliegenheit für den Zahlungsdienstleister, zum Nachweis von Betrug, Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Zahlungsdienstnutzers „unterstützende Beweismittel“ vorzulegen. An der bisherigen Rechtslage, insbesondere zur Zulässigkeit eines Anscheinsbeweises bei Drittmisbrauch, ändert sich dadurch nichts.

Ebenso wie bereits der Satz 3 des § 675w BGB hat auch die in Umsetzung der PSD 2 erfolgte Einfügung des neuen § 675w Satz 4 BGB erneut allgemeine Verunsicherung in der Rechtspraxis verursacht. In der Literatur hat das Rätselforum über die ratio legis des § 675w Satz 4 BGB schon begonnen (vgl. etwa Linartados, NJW 2017, 2145, 2149 f.: „unsinnige Vorgabe“; Werner, WM 2018, 449, 453: „offen“, „un-

klar“; Hofmann, BKR 2018, 62, 69; Zahrte, NJW 2018, 337: „Klarstellung“). Allgemein ist man jedoch der Auffassung, dass der in § 675w BGB eingefügte Satz 4 lediglich die Vorgabe von Satz 3 konkretisieren soll, so dass die vom BGH zusätzlich aufgestellten Anforderungen für das Eingreifen des Anscheinsbeweises den gesetzlichen Beweisanforderungen ohne weiteres genügen. In der Literatur wird jedoch die Beschränkung der Nachweisregel auf die subjektiven Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs des § 675v Abs. 3 BGB n.F. kritisiert (vgl. nur Linartados, NJW 2017, 2145, 2147: „widersinnig“; Zetzsche in: MünchKomm BGB, § 675w Rn. 32; Hoffmann/Hauptert/Freiling, ZHR 181, 780, 786 f.). Um die (gewünschte) Weitergeltung des Anscheinsbeweises zu sichern, konstruiert etwa Linartados einen „kollektiven Motivirrtum“ des Gesetzgebers, der es rechtfertige, § 675w Satz 4 BGB n.F. ohne Rücksicht auf seinen Wortlaut auch für den Nachweis der Autorisierung anzuwenden (Linartados, NJW 2017, 2145, 2150).

Demgegenüber wird man am Gesetzeswortlaut und an den üblichen Auslegungsmethoden nicht vorbeikommen. Der Zweck des § 675w Satz 4 BGB n.F. besteht ersichtlich darin zu verhindern, dass die vom Gesetz aufgestellte hohe Schwelle des qualifizierten Verschuldens bei der Missbrauchshaftung des Zahlungsdienstnutzers durch großzügige Beweiserleichterungen ohne Rücksicht auf die Besonderheiten des Einzelfalles unterlaufen wird (so richtig Linartados, NJW 2017, 2145, 2149). Dem Gesetzgeber ging es offensichtlich allein darum, einem Haftungsautomatismus zulasten des Zahlungsdienstnutzers entgegenzuwirken. Diesem Ziel wird die BGH-Rechtsprechung jedoch schon mit der falldifferenzierten Anwendung des Anscheinsbeweises gerecht, die unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die unterschiedlichen Zahlungsinstrumente nicht das gleiche Sicherheitsniveau aufweisen, das jeweilige Verhalten des Zahlungsdienstnutzers in den Blick nimmt. Die BGH-Rechtsprechung beugt damit gerade der vom Gesetzgeber inkriminierten schematischen Beweislastverteilung vor. Sie fordert nämlich unterstützende Nachweise für die Annahme des Anscheinsbeweises bezüglich der Sicherheit und Funktionsfähigkeit des Sicherheitssystems. Nur bei Ausfall oder Erschütterung des Anscheinsbeweises muss der Zahlungsdienstleister „unterstützende Beweismittel vorlegen“. Letzteres kann sich allerdings

naturgemäß nur auf dem Zahlungsdienstleister erreichbare Nachweise beziehen (wie z.B. Dokumente mit widersprüchlichen Angaben des Zahlungsdienstnutzers in Zusammenhang mit den streitigen Transaktionen, Dokumente zu dessen krimineller Vergangenheit, Strafanzeigen oder Auszüge aus den Strafakten, etc.). Hier bleibt es notwendig, zwischen den Sphären und Verantwortungsbereichen des Zahlungsdienstleisters und des Zahlungsdienstnutzers zu unterscheiden und die „unterstützenden Beweismittel“ auf diejenigen zu beschränken, die der Zahlungsdienstleister aus seiner Sphäre und seinem Verantwortungsbereich zu erlangen in der Lage ist.

In dem nach Einfügung des Satzes 4 in § 675w BGB neuerlich drohenden Streit um die Fortgeltung des Anscheinsbeweises sprechen daher gute Gründe für die Beibehaltung der bisherigen ausgewogenen Rechtsprechung (Hofmann, BKR 2018, 62, 69; Omlor, BKR 2019, 105, 110). Dafür kann nicht zuletzt auch der Erwägungsgrund 72 Satz 2 PSD 2 angeführt werden: „Ob und in welchem Maße fahrlässig gehandelt wurde, sollte nach nationalem Recht beurteilt werden“.

In der Praxis zeigt sich, dass die Trennlinie zwischen einem tatsächlich haftungsbegründenden fahrlässigen Fehlverhalten eines Zahlungsdienstnutzers und einem Ausnutzen der Haftungslage etwa auch durch kollusives Zusammenwirken mit unbefugten Dritten schwer zu ziehen ist und ggf. enormen prozessualen Aufwand erfordert – wie auch die vorliegende Fallkonstellation zeigt. Zahlungsdienstleister sollten daher im Prozess den vom Zahlungsdienstnutzer behaupteten Mangel der Autorisierung nicht vorschnell zugestehen, weil ihnen hier (im Rahmen des § 675u Satz 1 BGB) auf jeden Fall der Anscheinsbeweis zugute kommt.

5

Einordnung von Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO als verbraucher- und wettbewerbsschützende Norm

Leitsatz:

Art. 9 Abs. 2 VO (EU) Nr. 260/2012 (SEPA-VO) ist sowohl Verbraucherschützende Norm i.S.d. § 2 Abs. 1 UKlaG als auch Marktverhaltensregel i.S.d. § 3a UWG.

Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Urteil vom 20.04.2018, 4 U 120/17

von **Dr. Stefan Werner**, RA, FA für Steuerrecht und Banksyndikus, Frankfurt am Main

A. Problemstellung

Das OLG Karlsruhe musste sich mit der Frage auseinandersetzen, ob es im Lichte des europäischen Rechts der Zahlungsdienste zulässig ist, wenn ein Händler ausdrücklich die Bezahlungsmöglichkeit in Euro mittels des Lastschriftverfahrens ausschließt, sofern der Zahler zwar seinen Sitz im gleichen Land hat wie der Zahlungsempfänger, seine kontoführende Stelle aber in einem andern EU-Land belegen ist. Zu beurteilen war damit die Frage, ob und in welchem Umfang ein Händler die Freiheit hat, einen Teil seiner Kunden von bestimmten Zahlungsverfahren auszuschließen, wenn es sich dabei um grenzüberschreitende Zahlungen innerhalb der EU in Euro handelt.

Maßstab für die Beurteilung bildete dabei Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO, der festlegt, dass ein Zahlungsempfänger dann, wenn er Zahlungen mittels Lastschriften oder Überweisungen akzeptiert, nicht berechtigt ist vorzugeben, in welchem Mitgliedstaat das Zahlerkonto belegen sein muss, sofern dieses für die entsprechenden Zahlungsverfahren erreichbar ist. Letztlich resultiert daraus auch die Frage nach der Vertragsfreiheit eines Zahlungsempfängers im Hinblick auf die Nutzung bestimmter Zahlungsverfahren. Dies ist ein Thema, das nicht nur für die SEPA-VO eine Rolle spielt, sondern z.B. auch bei § 270a BGB, der es einem Gläubiger untersagt, für Zahlungen in einem SEPA-Zahlungsverfahren ein Entgelt zu vereinbaren. Gleiches gilt auch bezüglich der EU-Preisverordnung, die für bestimmte Zahlungsvorgänge ein Entgeltgleichheitsgebot zwischen Inlandszahlungen und grenzüberschreitenden Zahlungen innerhalb der EU normiert.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Vorliegend hatte ein Verbraucherschutz-Dachverband eine wettbewerbsrechtliche Unterlassungsklage gegen einen Internetversandhan-

del erhoben, da dieser Kunden von der Bezahlung mittels Lastschriftverfahren ausgeschlossen hatte, die ihren Wohnsitz zwar in Deutschland hatten, das zu belastende Konto aber in Luxemburg geführt wurde. Insbesondere hatte der Verband in tatsächlicher Hinsicht auch festgestellt, dass bei einer Abweichung zwischen dem EU-Land des Kundenwohnsitzes und des sich aus der IBAN ergebenden Belegenheit des Kontos automatisch die Zahlung mittels Lastschrift abgebrochen worden war und keine individuellen Prüfungen erfolgten, die ggf. zu einer Zahlungsverweigerung berechtigt hätten.

Der klagende Verband vertrat die Ansicht, dieses Verhalten stelle einen Verstoß gegen Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO dar, dessen Ziel es sei, jedem Verbraucher das Recht einzuräumen, hinsichtlich der Belegenheit seines Kontos frei unter den Ländern der EU auszuwählen, ohne dass es zu Restriktionen kommen dürfe, wenn das Land der Kontoführung und des Wohnsitzes abweichen. Auch sei die Vorschrift verbraucherschützend, da sie sich auf Art. 114 AEUV stütze. Demgegenüber sah das beklagte Unternehmen in der Vorschrift des Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO lediglich eine Norm, die zwar der Harmonisierung der Abwicklung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs diene, die jedoch keinen Verbraucherschützenden Zweck verfolge, da sie sich auf Art. 95 Abs. 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag), nicht aber auf Art. 169 Abs. 1 und Abs. 2 Buchst. d AEUV stütze, der Rechtsgrundlage für Verbraucherschützende Normen gemäß Art. 114 AEUV sei. Außerdem sei es im konkreten Einzelfall zu einer Ablehnung aufgrund einer internen Sicherheitsüberprüfung gekommen.

In erster Instanz hatte das LG Freiburg der Klage stattgegeben und den Ausschluss der Bezahlung von im Internethandel der Beklagten bestellter Waren durch Kunden mit Wohnsitz in Deutschland zulasten eines in Luxemburg geführten Kontos als unzulässig angesehen, da Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO eine Verbraucherschützende Norm i.S.d. § 2 Abs. 1 UKlaG und im Übrigen eine Marktverhaltensregel i.S.d. § 3a UWG sei (LG Freiburg, Urt. v. 21.07.2017 - 6 O 76/17).

Das OLG Karlsruhe hat die dagegen eingelegte Berufung zurückgewiesen und das erstinstanzliche Urteil bestätigt.

Nach Auffassung des Oberlandesgerichts sollen Verbraucherschützend nicht nur die in § 2 Abs. 2 UKlaG genannten Normen, sondern alle Vorschriften sein, die Verhaltenspflichten des Unternehmers gegenüber einem Verbraucher begründen und deren Verletzung die Kollektivinteressen der Verbraucher beeinträchtigen. In diesem Sinne sei Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO verbraucher-schützend, da diese Vorschrift einen integrierten Markt mit einer Vereinfachung des Zahlungsverkehrs gerade für Verbraucher schaffen wolle. Dieser letztgenannte Zweck sei keine Nebenwirkung, sondern eines der Ziele der Regelung, wie sich aus den Erwägungsgründen 1 und 24 der SEPA-VO ergebe. Dem stehe auch nicht der Katalog des § 2 Abs. 2 UKlaG entgegen, da dieser nicht abschließend sei. Außerdem sei die VO ausdrücklich auf Art. 114 AEUV gestützt worden. Weiterhin berühre Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO über den Einzelfall hinausgehende Kollektivinteressen der Verbraucher. Schließlich sei Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO eine Marktverhaltensregel i.S.d. § 3a UWG, da verbraucher-schützende Normen im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten regeln. Dagegen habe die Beklagte auch verstoßen, da sie nicht hinreichend dazu vorgebracht habe, dass es sich vorliegend lediglich um einen Einzelfall gehandelt habe, obwohl es deutliche Anhaltspunkte dafür gegeben habe, dass systematisch Zahlungen ausgeschlossen werden, wenn der Wohnsitz und der Ort der Kontoführung voneinander abweichen.

Aufgrund der grundsätzlichen Bedeutung ist die Revision zugelassen und – soweit bekannt – auch eingelegt worden (Az. des BGH: I ZR 93/18).

C. Kontext der Entscheidung

Weniger das Urteil selbst als vielmehr die ihm zugrunde liegende EU-Verordnung ist Teil einer auf die EU zurückgehenden umfangreichen Gesetzgebung zur Schaffung eines europäischen Binnenmarkts für Zahlungsdienste. Dazu soll ein einheitlicher europäischer Zahlungsverkehrsraum mit einem einheitlichen Recht geschaffen werden, in dem nicht nur die Banken untereinander im gesamten Gebiet der EU, sondern auch mit Zahlungsdienstleistern in Konkurrenz treten. Daneben spielen aber auch die Stärkung der Verbraucherrechte durch allenfalls eingeschränkte Möglichkeiten der Abbe-

dingung der zivilrechtlichen Regelungen zum Recht der Zahlungsdienste sowie die Schaffung von Kostentransparenz und -gleichheit eine erhebliche Rolle. Dazu passt es, dass im vorliegenden Fall die Regelung in Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO nicht nur ordnungspolitischen, sondern auch verbraucher-schützenden Charakter haben soll. Das Urteil stellt diesen Charakter klar.

Es handelt sich dabei im Übrigen um eine der wenigen Regelungen, die sich nicht an Banken oder Zahlungsdienstleister, sondern an sonstige an einer Zahlung Beteiligte, hier Zahlungsempfänger, wenden, in dem diesen untersagt wird zu selektieren, aus welchen Ländern innerhalb der EU Zahlungen entgegengenommen bzw. eingezogen werden. Sie ähnelt hinsichtlich des Adressatenkreises § 270a BGB, der es Zahlungsempfängern verbietet, für Zahlungen mittels eines SEPA-Verfahrens bzw. bestimmter Kartenverfahren zusätzliche Entgelte in Rechnung zu stellen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Auswirkungen hat diese Entscheidung nicht auf die Zahlungsdienstleister, sondern auf die Nutzer von Zahlungsverfahren innerhalb der EU, da diese dadurch verpflichtet werden, Euro-Zahlungen aus allen EU-Ländern zu akzeptieren. Da es sich um eingehende Zahlungen handelt, muss dies nicht unbedingt zu einer Risikohöherung führen, denn letztlich ist Vertragspartner des Händlers in seiner Funktion als Zahlungsempfänger dessen kontoführendes Institut, mit dem er die Modalitäten des Zahlungseingangs vereinbart und es dadurch in der Hand hat, welches Recht Anwendung finden soll. Sollte es zu Streitigkeiten mit dem Zahler kommen, ist auf das Valutaverhältnis ggf. das Recht eines anderen EU-Staates anwendbar, sodass die aus grenzüberschreitenden Geschäften innerhalb der EU resultierenden Risiken nicht allein durch das Zahlungsdienstrecht begründet werden. Ein Problem kann sich eher daraus ergeben, dass dann, wenn Sitz der kontoführenden Stelle und des Vertragspartners aus dem Valutaverhältnis voneinander abweichen, dies möglicherweise ein Indiz dafür sein kann, dass es ein erhöhtes Risiko für den Zahlungsempfänger gibt, da zumindest das auf dem Konto des Auslandsinstituts angelegte Vermögen einem erschwerten Zugriff in der Zwangsvollstreckung ausgesetzt werden kann. Anderer-

seits bestimmt immer ein zumindest erhöhter Aufwand mit nicht abschätzbaren Risiken die grenzüberschreitenden Geschäfte innerhalb der EU, sodass dies nicht zwingend gegen Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO spricht.