

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

Erscheinungsdatum:
19.11.2019

Erscheinungsweise:
monatlich

Bezugspreis:
10,- € monatlich
zzgl. MwSt.

11/2019

Inhaltsübersicht:

Anm. 1 **„Jetzt mal konkret“ - Die aktuellen Rechtentwicklungen im Zuge der PSD2**
von Dr. Anna-Maria Beesch, RA'in und FA'in für Bank -und Kapitalmarktrecht, Frankfurt am Main

Anm. 2 **Die Unabhängigkeit der zahlungsdienstrechtlichen Definitionen von der Autorisierung einer Zahlung**
Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 11.04.2019, C-295/18
von Prof. Dr. Stefan Werner, RA, FA für Steuerrecht und Banksyndikus, Frankfurt am Main

Anm. 3 **Kreditkartenvertrag: Ansprüche eines Kreditkarteninhabers gegen Kreditkartenunternehmen im Zusammenhang mit verbotem Online-Glücksspiel**
Anmerkung zu LG Berlin, Urteil vom 16.04.2019, 37 O 367/18
von Dr. Niklas Korff, LL.M., RA und Dozent für Wirtschafts- und Arbeitsrecht, Universität Hamburg

Anm. 4 **„Der Einsatz von Girocard und Kreditkarte auf der Reeperbahn nachts um ...“: Kein Ersatz für missbräuchliche Kreditkartenverwendung ohne Abbruchbeleg**
Anmerkung zu AG Frankfurt, Urteil vom 06.08.2019, 30 C 4153/18 (20)
von Dr. Franz Schnauder, RiOLG a.D.

Zitiervorschlag: Beesch, jurisPR-BKR 11/2019 Anm. 1
ISSN 1866-7597

„Jetzt mal konkret“ - Die aktuellen Rechtsentwicklungen im Zuge der PSD2

von **Dr. Anna-Maria Beesch**, RA'in und FA'in für
Bank -und Kapitalmarktrecht, Frankfurt am Main

A. Einleitung

Aktuelle Umfragen unter Verbrauchern ergaben, dass Unkenntnis und Unsicherheit rund um „PSD2“¹ groß sind, insbesondere bezüglich der seit 13.09.2019 zu fordernden „Starken Kundenauthentifizierung“ (= „Zwei-Faktor-Authentifizierung“). Es erstaunt ja auch schon, wie es unserer heutigen Gesellschaft gelungen ist, einen doch sehr einfachen Vorgang (wie die Übertragung eines Geldbetrages von A zu B), derart zu verkomplizieren und zu überregulieren, dass er den Menschen eher wie eine Blackbox mit unsicherem Datenausgang erscheint.

Während in großen Teilen des allgemeinen Publikums - trotz erheblicher Aufklärungsleistung der Kreditwirtschaft und im Zuge der PSD2 aufwändig geänderter AGB - nicht einmal der Begriff „PSD2“ bekannt ist, ist er dem Fachpublikum natürlich geläufig: Er steht für die neue europäische Richtlinie PSD2, die PSD1 ersetzt hat, auf der seit 2009 das neue deutsche Zahlungsdienstrecht beruht; und PSD2 ist die europäische Richtlinie, die 2018 und nun 2019 das deutsche Zahlungsdienstrecht nochmals erheblich verändert hat². Wie schon die PSD1 wurde in Deutschland auch die PSD2 „gespalten“ sowohl zivilrechtlich (im BGB) als auch aufsichtsrechtlich (im Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz - ZAG) umgesetzt. Nahezu jeder der §§ 675c bis 676c BGB wurde geändert und/oder ergänzt³; das ZAG wurde neu geschrieben⁴. Zivilrecht und Aufsichtsrecht wurden stärker miteinander verknüpft, so dass die Bedeutung des Aufsichtsrechts für das Zivilrecht zugenommen hat⁵. Der Verweis in § 675c Abs. 3 BGB inkorporiert Teile des Aufsichtsrechts. Insbesondere enthalten die §§ 45 ff. ZAG n.F. und die RTS (Regulatory Technical Standards; „Delegierte Verordnung“) überwiegend auch zivilrechtlich (haftungs)relevante Regelungen, die am 14.09.2019 in Kraft getreten sind⁶.

Insgesamt ist die PSD2 ein sehr weites Feld. Viele Beiträge wurden hierzu bereits veröffentlicht⁷. Vorliegend soll, „Jetzt mal konkret“, der Fokus auf einige der markantesten Rechtsänderungen und

Rechtsentwicklungen im Zuge der PSD2 gerichtet werden.

Dies sind zum Ersten die sich insbesondere auf Bezahlen im Internet und Online-Banking auswirkende Pflicht zur „Starken Kundenauthentifizierung“ (SKA), ihr Impact auf die Haftungsverteilung (neuer § 675v Abs.4 BGB), und markante Ausnahmetatbestände (vgl. B.I.). Zum Zweiten sind es die neu zugelassenen Zahlungsauslösedienste, die damit verknüpften Auswirkungen auf das Haftungssystem (neuer § 675u Abs. 5 BGB), die Haftung des erstbeauftragten Instituts und der mögliche Regress (vgl. B.II.). Zum Dritten wird ein Blick auf die „Kleinbetragszahlungen“ geworfen (vgl. B.III.). Zum Vierten geht es um die Frage möglicher Auswirkungen der PSD2 auf das (Dauer-)Thema „Anscheinsbeweis“, insbesondere um die Auslegung des neuen § 675w Satz 4 BGB (vgl. B.IV.). Ein Fazit wird am Ende unter C. gezogen.

Hinweis: Dieser Aufsatz ist eine unwesentlich erweiterte und mit Nachweisen versehene Fassung des am 26.09.2019 auf der „15. Konferenz kartensicherheit.de“ gehaltenen Vortrags.

B. Markante Rechtsänderungen und Rechtsentwicklungen im Zuge der PSD2

I. „Starke Kundenauthentifizierung“ (SKA); ihr Impact auf die Haftungsverteilung (neuer § 675v Abs. 4 BGB); Ausnahmetatbestände; Exkurs: sonstige Änderungen im Haftungsregime

1. Starke Kundenauthentifizierung und Haftungsausschluss

Während der Großteil der Bestimmungen der PSD2 bereits zum 13.01.2018 in nationales Recht umzusetzen war, wurden einige der sehr markanten Rechtsänderungen im Zuge der PSD2, insbesondere die neuen Regeln zur Starken Kundenauthentifizierung, erst ab dem 14.09.2019 verbindlich. Inzwischen ist dieses magische Datum verstrichen, aber faktisch wurden noch längst nicht von allen an den betreffenden Zahlungsvorgängen beteiligten Zahlungsdienstleistern die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass eine Starke Kundenauthentifizierung durchgeführt werden kann. Die BaFin (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) wie auch die EBA (Europäische Bankenaufsichtsbehörde) haben den Institu-

ten weitere Galgenfristen zur tatsächlichen Umsetzung eingeräumt⁸.

Doch bleiben wir bei den - konkreten - in Kraft befindlichen Rechtsnormen: Was sind die markanten Rechtsänderungen durch PSD2 in Bezug auf die Starke Kundenauthentifizierung? Wo ist sie im Zahlungsdiensterecht verortet? Und was hat sie für einen Impact auf die Haftungsverteilung im Falle von Missbrauchsumsätzen oder sonst fehlgegangenen Zahlungsvorgängen?

Bewegt man sich im typischen rechtlichen (Grund-)Dreieck der Rechtsbeziehungen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, ist die Starke Kundenauthentifizierung im sog. Deckungsverhältnis verortet, d.h. im zahlungsdienstevertraglichen Rechtsverhältnis zwischen Zahler und seinem Institut, konkret bei § 675j Abs. 1 BGB, bei dem Auftrag, bei der Weisung, bei der Anweisung, die der Zahler seinem Institut zur Ausführung eines bestimmten Zahlungsauftrags erteilt. Auf dieses Rechtsverhältnis wirkt nun neuerdings das Aufsichtsrecht ein, denn dort wird bestimmt, wann bei diesem Vorgang die Starke Kundenauthentifizierung vorgeschrieben ist und in welcher Form sie zu erfolgen hat. Starke Kundenauthentifizierung (= Zwei-Faktor-Authentifizierung) heißt, dass sich der Zahler beim Bezahlen im Netz aus Sicherheitsgründen jetzt „zusätzlich zu identifizieren hat“, damit sein Auftrag, seine Autorisierung, ihm eindeutig zugewiesen (nachgewiesen) werden kann und Betrug möglichst ausgeschlossen wird. Von Zwei-Faktor-Authentifizierung spricht man deswegen, weil sie auf mindestens zwei Elementen der Kategorien Wissen (z.B. Passwort), Besitz (z.B. Mobiltelefon) und Inhärenz (z.B. Fingerabdruck) basiert⁹.

Nach Auffassung des BGH ist die Autorisierung der „Dreh- und Angelpunkt“ des neuen Zahlungsdiensterechts¹⁰. Liegt Autorisierung vor, hat das Institut einen Aufwendungsersatzanspruch gegen seinen Kunden (§§ 675c Abs.1, 670 BGB). Liegt sie nicht vor, muss das Institut jedweden Betrag an seinen Kunden erstatten (§ 675u BGB). Dann wird entscheidend, ob das Institut seinem Kunden einen Gegenanspruch entgegenhalten kann, der z.B. aus dem Haftungsregime der §§ 675v ff. BGB hergeleitet werden kann (etwa volle Haftung des Kunden wegen grob fahrlässigen Verhaltens im Umgang mit seinen Zahlungsmedien, § 675v Abs. 3 BGB n.F.).

In dieses Haftungsregime ist infolge der PSD2 nun in Fällen, in denen neuerdings eine Starke

Kundenauthentifizierung vorgeschrieben ist, eine radikale Änderung (zulasten der Institute und zum Vorteil der Zahlungsdienstnutzer) implementiert worden, und zwar durch Einfügung des neuen § 675v Abs. 4 BGB. Dieser bestimmt, dass der Zahler seinem Institut bei missbräuchlicher Nutzung eines Zahlungsinstruments (z.B. Kartennutzung über einen Fernzugang, Online-Banking) nicht zum Schadenersatz (und zwar weder nach § 675v Abs. 1 noch nach § 675v Abs.3 BGB) verpflichtet ist, wenn

1. der Zahlungsdienstleister des Zahlers eine starke Kundenauthentifizierung im Sinne des § 1 Absatz 24 des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes nicht verlangt oder

2. der Zahlungsempfänger oder sein Zahlungsdienstleister eine starke Kundenauthentifizierung im Sinne des § 1 Absatz 24 des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes nicht akzeptiert.

Damit ist die Haftung des Zahlers (Inhabers eines Zahlungsinstruments) bei fehlender Möglichkeit einer Starken Kundenauthentifizierung ausgeschlossen (§ 675v Abs. 4 BGB). In diesen Fällen haftet der Zahler selbst bei Vorsatz nicht. Nur bei Handeln in betrügerischer Absicht hat der Zahler für den Missbrauch einzustehen (§ 675v Abs. 4 Satz 2 BGB).

Das ist harter Tobak für die Institute. Aber: durch diesen sie treffenden zivilrechtlichen Haftungsausschluss will der EU-Gesetzgeber und infolge der nationale Gesetzgeber die Institute in die Anwendung des sichereren und aufsichtsrechtlich vorgeschriebenen Weges bei Autorisierung und Authentifizierung zwingen.

2. Erforderlichkeit der Starken Kundenauthentifizierung

In welchen Fällen nun ist eine Starke Kundenauthentifizierung verpflichtend? Hierfür gilt jetzt (seit 14.09.2019) § 55 ZAG (ergänzt durch die RTS). Danach ist eine Starke Kundenauthentifizierung zu verlangen, wenn der Zahler

1. online auf sein Zahlungskonto zugreift,

2. einen elektronischen Zahlungsvorgang auslöst, oder

3. über einen Fernzugang eine Handlung vornimmt, die das Risiko eines Betrugs im Zahlungsverkehr oder anderen Missbrauchs beinhaltet.

Zu diesen Vorgängen gehören z.B. die vielfältigen Formen des Online-Banking und electronic cash-Verfahren. Auch wenn unter Einsatz einer Kreditkarte ein elektronischer Zahlungsvorgang ausgelöst oder über einen Fernzugang eine betrugsrisikobehaftete Handlung vorgenommen wird, sind die neuen Regeln über die Starke Kundenauthentifizierung anzuwenden.

3. Ausnahmen von der Starke Kundenauthentifizierung

Wichtig zu erwähnen bleiben allerdings – die recht vielen – Ausnahmen von der Starke Kundenauthentifizierung, die insbesondere in Art. 10 bis 21 RTS (Delegierte Verordnung) geregelt sind.

- So erlaubt etwa Art. 10 RTS unter bestimmten Voraussetzungen den Abruf von Zahlungskontoinformationen (Kontostand, Zahlungsvorgänge) ohne Starke Kundenauthentifizierung.
- Art. 11 RTS enthält eine Ausnahme von der Pflicht zur Starke Kundenauthentifizierung bei kontaktlosen POS-Zahlungen, sofern die Einzelzahlung 50 Euro nicht übersteigt, und die Summe der kontaktlosen Zahlungen seit dem letzten Einsatz der Starke Kundenauthentifizierung 150 Euro nicht überschreitet, oder die Zahl der aufeinanderfolgenden kontaktlosen Zahlungen seit letztem SKA-Einsatz maximal fünf beträgt. Bereits bei Überschreiten eines Kriteriums ist eine neue Starke Kundenauthentifizierung erforderlich.
- Art. 12 RTS bringt eine Ausnahme für unbeaufsichtigte Terminals für Nutzungsentgelte und Parkgebühren.
- Gemäß Art. 13 RTS ist ein Verzicht auf die Starke Kundenauthentifizierung zulässig bei vom Zahler als vertrauenswürdig eingestuft empfängern. Hierzu muss der Zahlungsdienstnutzer der kontoführenden Stelle eine Liste seiner vertrauenswürdigen Empfänger (sog. White List) zur Verfügung stellen; beim Erstellen dieser Liste oder deren Änderungen ist allerdings die Starke Kundenauthentifizierung erforderlich.
- Gemäß Art. 14 RTS ist auch ein Verzicht auf die Starke Kundenauthentifizierung bei wiederkehrenden Zahlungsvorgängen zulässig.
- Art. 15 RTS erlaubt den Verzicht auf eine Starke Kundenauthentifizierung bei Überweisungen zwischen Konten derselben Person bei demselben Institut.
- Ein Verzicht ist gemäß Art. 16 RTS ferner zulässig bei Kleinbetragszahlungen, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind: Der Betrag des elektronischen Fernzahlungsvorgangs geht nicht über 30 Euro hinaus, und die früheren Zahlungen seit dem letzten Einsatz der Starke Kundenauthentifizierung gehen zusammen nicht über 100 Euro hinaus, oder seit der letzten Durchführung einer Starke Kundenauthentifizierung hat der Zahler nicht mehr als fünf Zahlungen ausgelöst.
- Ferner besteht gemäß Art. 17 RTS eine Ausnahme von der Pflicht zur Starke Kundenauthentifizierung bei Zahlungsprozessen mit hohem Sicherheitsniveau, zu denen nur Unternehmen zugelassen sind.
- Schließlich erwähnt sei die Ausnahme qua sog. Transaktionsanalyse gemäß Art. 18 RTS, wobei jede Zahlung automatisch daraufhin untersucht wird, ob das Betrugsrisiko gering ist; ist das für die konkrete Zahlung zu bejahen, kann auf eine Starke Kundenauthentifizierung verzichtet werden.

4. Ergebnis

Künftig wird also bei unautorisierten bzw. missbräuchlichen Zahlungsvorgängen zu prüfen sein, ob

- eine Starke Kundenauthentifizierung erforderlich war, und
- wenn ja, ob sie vorliegt.

Liegt die Starke Kundenauthentifizierung nicht vor, obwohl sie erforderlich war, dann gilt die neue Haftungsverschärfung des § 675v Abs. 4 BGB – und der Zahler ist seinem Zahlungsdienstleister nicht zum Schadenersatz verpflichtet, es sei denn, er hat in betrügerischer Absicht gehandelt.

5. Exkurs: Sonstige Änderungen im Haftungsregime im Zuge der PSD2

An dieser Stelle sei der Fokus noch auf zwei weitere markante Rechtsänderungen im Haftungsregime der §§ 675v ff. BGB im Zuge der PSD2 gelenkt.

Zum einen gibt es jetzt nur noch eine – verschuldensunabhängige – Basishaftung in Höhe von 50

Euro (§ 675v Abs. 1 BGB). Insofern wurde der – vergleichbare, nach PSD1 normierte – Haftungsbetrag von bisher 150 Euro (entsprechend § 675v Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.) zugunsten der Zahler weiter abgesenkt. Eine entsprechende Absenkung hatten allerdings nach PSD1 ohnehin viele Institute vertraglich konzidiert, so dass die Praxisauswirkung insoweit gering ist.

Zum anderen wurde, und davon können erhebliche Praxisauswirkungen ausgehen, im Zuge der PSD2 ein neuer § 675v Abs. 2 BGB eingefügt, durch den die Basishaftung des § 675v Abs. 1 BGB in Höhe von 50 Euro durch Schaffung eines neuen Ausnahmetatbestands nochmals abgesenkt werden sollte. Danach entfällt nun die 50-Euro-Haftung des § 675v Abs. 1 BGB ganz, wenn *„es dem Karteninhaber nicht möglich war, den Verlust, den Diebstahl, das Abhandenkommen oder eine sonstige missbräuchliche Verwendung der Karte zu bemerken“*.

Jedoch sind sich die bisherigen Literaturstimmen darin einig, und dem ist vollumfänglich zuzustimmen, dass (trotz der verschuldensabhängigen Ausgestaltung des „Bemerkens“ in § 675v Abs. 2 BGB) ein „objektiv-abstrakter Maßstab“ gilt. D.h. es kommt darauf an, was ein gewissenhafter Zahler unter den gegebenen Umständen bemerkt hätte. Die Anforderungen an die Bemerkbarkeit liegen deutlich unterhalb der positiven Kenntnis (die z.B. eine Sperranzeigen-Pflicht auslöst). Bemerkbar ist ein Missbrauch jedenfalls dann, wenn konkrete Verdachtsmomente vorliegen. Bemerkbarkeit kann sich auch daraus ergeben, dass der Zahler nicht seiner (vertraglichen und/oder gesetzlichen) Pflicht nachgekommen ist, das Vorhandensein seines Zahlungsinstruments regelmäßig zu kontrollieren oder regelmäßig seine Kontoauszüge zu prüfen¹¹. Gleiches gilt, wenn etwa ein Karteninhaber sich nicht jederzeit im Klaren ist, wo sich seine Karte gerade befindet, oder wenn er das Vorhandensein der Karte nicht von Zeit zu Zeit und bei konkreten Anlässen überprüft¹².

II. Zahlungsauslösedienste; mit ihnen verknüpfte Auswirkungen auf das Haftungssystem (neuer § 675u Abs. 5 BGB); (Gesamt-)Haftung des erstbeauftragten Instituts – mit Regressmöglichkeit

„Jetzt mal konkret“, was hat es mit den neuen Zahlungsauslösediensten auf sich, und was hat deren Einschaltung für Auswirkungen auf Haftung und Haftungsverteilung? Eingestreut sei der Untertitel

von „Psychologie für Hacker“¹³. Frage: „Wie gelangen Cyberkriminelle an Passwörter?“ Antwort: „Sie fragen einfach danach!“ (Stichwort: „Sicherheitsrisiko Mensch“). Jetzt im Zuge der PSD2 dürfen auch Zahlungsauslösedienste nach Passwörtern fragen, wenn sie für den Zahlungsdienstnutzer eine Zahlung auslösen sollen. Diese Dienste wurden im Zuge der PSD2 in den Kreis der Zahlungsdienste aufgenommen, und das Haftungsregime wurde diesbezüglich markant verändert.

So gilt der – soeben dargestellte – Haftungsausschluss des neuen § 675v Abs. 4 BGB (bei fehlender „Starker Kundenauthentifizierung“) selbst dann, wenn der Zahler einen „Zahlungsauslösedienst“ einschaltet¹⁴.

Rechtlich ist der Zahlungsauslösedienst dem Deckungsverhältnis zwischen Zahler und seinem Institut (Zahlungsdienstvertrag, § 675f BGB) zugeordnet. Der Zahlungsauslösedienst schiebt sich sozusagen in das Deckungsverhältnis, in dem die Autorisierung und Authentifizierung (sowie auch die Starke Kundenauthentifizierung) stattfindet.

Im Zuge der PSD2 darf nun – bei online zugänglichen Konten – der Zahlungsauslösedienst für den Zahler die Zahlung auslösen, vorausgesetzt der Zahler erlaubt ihm dies zuvor¹⁵. Beispielsweise ist auch bei Kartenzahlungen die Zahlungsauslösung über einen Zahlungsauslösedienst möglich, was insbesondere von Relevanz bei Einsatz für Fernzahlungen ist (§ 1 Abs. 7 und Abs. 33 ZAG).

In Abkehr vom alten Grundsatz, dass „die PIN streng geheim“ zu halten ist, etc., gilt neuerdings im Zuge der PSD2, dass der Zahler einem Zahlungsauslösedienst (einem „eigentlich Dritten“) Zugriff auf sein Zahlungsinstrument, sensible Zahlungsdaten, Sicherheits- und Authentifizierungsmerkmale (PIN und TAN), auch auf Alles, was zur Starken Kundenauthentifizierung benötigt wird, einräumen darf. Damit löst der Zahlungsauslösedienst dann die Zahlung aus. Elementar ist weiter, dass auch für über einen Zahlungsauslösedienst initiierte Zahlungen die Starke Kundenauthentifizierung zwingend ist (§ 55 Abs. 3 ZAG).

Dadurch wird im Zuge der PSD2 das Prinzip des „Open Access“ eingeführt, d.h. dem Zahlungsauslösedienst muss Zugriff auf die Bank-Kunden-Schnittstelle eingeräumt werden; die kontoführende Stelle (= erstbeauftragtes Institut des Zahlers) ist zur Zusammenarbeit mit dem Zahlungsauslösedienst verpflichtet (§ 48 Abs. 1 ZAG), auch

ohne vertragliche Beziehung zwischen der kontoführenden Stelle und dem Zahlungsauslösedienst (§ 48 Abs. 2 ZAG, § 675f Abs. 2 Satz 2 BGB). Damit wird (eigentlichen) „Dritten“, den Zahlungsauslösediensten, der Zugang zu höchstpersönlichen Schlüsseln von Zahlungsdienstnutzern eingeräumt, was bisher strikt untersagt war. Die neue Rechtsordnung behilft sich damit, Zahlungsauslösedienste „nicht als Dritte zu behandeln“ – was sie jedoch faktisch sind.

Zum Ausgleich für diese den Zahlungsauslösediensten im Zuge der PSD2 eingeräumten neuen Rechte wurde ihnen eine Reihe von Regulierungen und Pflichten auferlegt. Dazu zählen das Erfordernis der BaFin-Erlaubnis (§§ 10, 12 ZAG), die Unterwerfung unter die Aufsicht der BaFin, und die Erfüllung einiger Pflichten (wie z.B. der Pflicht zur Identifizierung gemäß § 49 Abs. 2 Satz 1 ZAG gegenüber der kontoführenden Stelle, der Pflicht zur Nutzung sicherer Informationskanäle gemäß § 49 Abs. 3 Satz 2 ZAG, etc.). Ob dies ausreicht, um das Sicherheitsniveau zu befördern und Schadensvermeidungs-Strategien im Markt zu aktivieren, darf bezweifelt werden. Kritisch zu sehen ist jedenfalls, dass diese Dritt-Dienste ihr Geschäft bereits mit einem Kapital von nur 50.000 Euro betreiben dürfen und lediglich eine Berufshaftpflichtversicherung (§ 16 ZAG) abschließen müssen.

Die markanteste – wenig sachgerechte und rechtlich bedenkliche – Rechtsänderung im Zusammenhang mit den Zahlungsauslösediensten besteht jedenfalls darin, dass im Haftungsregime nach PSD2 gemäß den neuen §§ 675u Abs. 5, 675y Abs. 1 Satz 3 BGB immer das „erstbeauftragte Institut“ (= kontoführende Stelle) im Verhältnis zum Zahler haftet, wenn es zu nicht autorisierten Zahlungsvorgängen kommt – und zwar obwohl der Zahlungsauslösedienst vom Zahler eingeschaltet wird, und unabhängig davon, ob und inwieweit der Zahlungsauslösedienst (mit)verantwortlich ist für die mangelnde oder fehlerhafte Autorisierung, oder für die fehlende Starke Kundenauthentifizierung (Gesamthaftung des erstbeauftragten Instituts). Im Gegenzug zu dieser Haftungsauferlegung wurden dem erstbeauftragten Institut lediglich Regressansprüche gegen den Zahlungsauslösedienst (§ 676a Abs. 1 BGB) und einige Beweiserleichterungen (§ 676a Abs. 2 und Abs. 3 BGB) eingeräumt.

Zivilrechtliche Bedenken bei Einschaltung von Zahlungsauslösediensten werden derzeit immer stärker von Literatur und Rechtsprechung aufge-

griffen. So urteilte z.B. der BGH am 18.07.2017 (KZR 39/16), dass Angebote von Zahlungen ausschließlich unter Einschaltung von Zahlungsauslösediensten als einziger Zahlungsmöglichkeit im Online-Shop gemäß § 312a Abs. 4 BGB unzulässig sind („Sofortüberweisung“).

III. Kleinbetragszahlungen

Sedes materiae der Kleinbetragszahlungen ist § 675i BGB; insoweit hat PSD2 nur zu redaktionellen Änderungen geführt. Kleinbetragsinstrumente sind solche, die innerhalb der für sie definierten Grenzen bleiben. Die Funktion dieser Instrumente besteht darin, Bargeld zu ersetzen (Bargeldersatzfunktion). Dies erklärt auch, warum der Nutzer von Kleinbetragsinstrumenten (in Ausnahme zum ansonsten geltenden Zahlungsdiensterecht) das Verlust- und Missbrauchsrisiko jedenfalls selbst und in voller Höhe trägt – so wie er es auch tragen würde, wenn er Bargeld einsetzt.

Bei Kleinbetragsinstrumenten ist das Risiko des Zahlers/Nutzers beschränkt durch die Limits, die gesetzlich (und/oder durch vertragliche Vereinbarung) definiert sind, und die die Nutzung des Instruments beschränken.

Gemäß § 675i BGB ist ein Kleinbetragsinstrument ein Mittel,

1. mit dem Zahlungen bis 30 Euro ausgelöst werden können,
2. das eine Ausgabenobergrenze von 150 Euro hat oder
3. das Geldbeträge speichert, die zu keiner Zeit 150 Euro übersteigen.

In den Fällen der Nummern 2 und 3 erhöht sich die Betragsgrenze auf 200 Euro, wenn das Kleinbetragsinstrument nur für inländische Zahlungsvorgänge genutzt werden kann.

Innerhalb dieser Grenzen sind damit sog. Prepaid- oder Postpaidprodukte sowie an ein Zahlungskonto gebundene als auch kontoungebundene Produkte erfasst. Klassisches Instrument für Kleinbetragszahlungen ist die GeldKarte. Auch E-Geld stellt (in den o.g. Grenzen) ein Kleinbetragsinstrument i.S.d. § 675i BGB dar.

„Jetzt mal konkret“, bei diesen Kleinbetragsinstrumenten ist – durch Vereinbarung – eine Reihe von

möglichen Abweichungen (von ansonsten zwingend geltenden gesetzlichen Zahler-Schutz-Vorschriften) erlaubt, um eine unkomplizierte Nutzung als Bargeldersatz zu ermöglichen, während aber gleichzeitig für den Nutzer eine Begrenzung bei Verlust und Missbrauch gesichert ist. Als Grundsatz gilt: je stärker ein Kleinbetragsinstrument einer Bargeldersatzfunktion mit anonymer Zahlungsmöglichkeit angenähert ist, desto eher ist von den vertraglichen Abweichungsmöglichkeiten Gebrauch zu machen. Dementsprechend wurden auch die AGB der Institute im Zuge der PSD2 (und auch schon der PSD1) bezüglich der einzelnen Instrumente angepasst.

Bei den möglichen Abweichungen geht es im Einzelnen

- um Abweichungen bei Änderungen der Vertragsbedingungen (§ 675g Abs. 1 BGB),
- um Abweichungen bei Sperren (§§ 675l, 675m, 675v BGB),
- um Zuordnungs- und Autorisierungsprobleme (§§ 675u, 675v, 675w, 676 BGB),
- um die Unterrichtung bei Ablehnung von Zahlungsaufträgen (§ 675o BGB),
- um die Einschränkung des Widerrufsrechts (§ 675p BGB) und
- um andere Ausführungsfristen (§ 675s BGB).

Beispielsweise kann eine GeldKarte nicht gesperrt oder eine weitere Nutzung nicht verhindert werden (§ 675i Abs. 2 Nr. 2 BGB). Ebenso ist es unmöglich, dieses Instrument oder dessen Nutzung eindeutig einem bestimmten Nutzer zuzuordnen (§ 675i Abs. 2 Nr. 3 BGB).

Markant im Zuge der PSD2 ist, dass für Kleinbetragszahlungen keine Starke Kundenauthentifizierung erforderlich ist; hier gelten die Ausnahmenvorschriften des Art. 11 RTF (vgl. o.).

IV. Mögliche Auswirkungen der PSD2 auf das (Dauer-)Thema „Anscheinsbeweis“; Auslegung des neuen § 675w Satz 4 BGB

1. Aktueller Stand

Aktueller Stand ist zunächst, dass die schon nach PSD1 diskutierte Frage, ob der Anscheinsbeweis¹⁶ fortgelten könne, nach herrschender Meinung in Literatur und Rechtsprechung mit einem „Ja“ beantwortet ist. Ein Ausschluss des Anscheinsbeweises ließ sich aus der PSD1 nicht ableiten. Dementsprechend blieb der Anscheinsbeweis etabliert –

insbesondere im Zahlungskartenrecht (sowohl für die Debitkarte wie auch für die Kreditkarte, bestätigt im zum Online-Banking ergangenen Grundsatzurteil des BGH vom 26.01.2016 - XI ZR 91/14 - BGHZ 208, 331)¹⁷. Auch für das Online-Banking hat der BGH in der angeführten Entscheidung die grundsätzliche Zulässigkeit des Anscheinsbeweises bejaht. Dort wurde lediglich die zentrale Voraussetzung des Einsatzes eines „allgemein praktisch nicht zu überwindenden Sicherheitssystems“ für die Variante des smsTAN-Verfahrens verneint. Bei Verwendung des ChipTAN-Verfahrens lässt sich hingegen derzeit ein Anscheinsbeweis grundsätzlich annehmen¹⁸.

An dieser bisherigen Rechtslage haben die PSD2 und deren Umsetzung in deutsches Recht nichts geändert¹⁹. Maßgeblich – bei streitigen Autorisierungen – bleiben die Beweisvermutungs- und Anscheinsbeweisregeln des § 675w Satz 1 bis Satz 3 BGB. Danach hat das Institut nachzuweisen, dass eine Authentifizierung erfolgt ist und der Zahlungsvorgang ordnungsgemäß aufgezeichnet, verbucht sowie nicht durch eine Störung beeinträchtigt wurde (§ 675w Satz 1 BGB). Eine Authentifizierung „ist erfolgt“, wenn das Institut die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments (einschließlich personalisierter Sicherheitsmerkmale) mit Hilfe eines Verfahrens überprüft hat (§ 675w Satz 2 BGB). Diese Nachweise können durch Vorlage von Transaktionsprotokollen oder Geldautomatenprotokollen erbracht werden. Ergänzend gilt die Generalklausel des § 675w Satz 3 BGB, wonach bei Zahlungsvorgängen, die durch ein Zahlungsinstrument ausgelöst wurden, allein der Nachweis von technisch ordnungsgemäßer Verwendung des Zahlungsinstruments nicht in jedem Fall ausreicht, um entweder die Autorisierung des Zahlungsvorgangs, eine Sorgfaltspflichtverletzung oder ein betrügerisches Handeln des Zahlungsdienstnutzers anzunehmen. Nach herrschender Meinung greifen bei streitigen Autorisierungen die gesetzlichen Beweisvermutungen des § 675w BGB (für das Vorliegen einer Autorisierung, § 675w Satz 2 und Satz 3 Nr. 1 BGB; für grob fahrlässige Pflichtverletzungen des Zahlers, § 675w Satz 2 und Satz 3 Nr. 3 BGB) und ergänzend die von der nationalen Rechtsprechung für die Beweislastverteilung entwickelten Anscheinsbeweis-Grundsätze und sonstigen Beweisregeln ein²⁰.

2. Auslegung des neuen § 675w Satz 4 BGB; Anscheinsbeweis bleibt zulässig

Neu im Zuge der PSD2 ist, dass nun in § 675w BGB ein neuer Satz 4 eingefügt wurde, der da lautet: *„Der Zahlungsdienstleister muss unterstützende Beweismittel vorlegen, um Betrug, Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Zahlungsdienstnutzers nachzuweisen.“*

Rechtsprechung hierzu gibt es noch nicht. In der Literatur wurde bereits die Frage gestellt, ob § 675w Satz 4 BGB lediglich deklaratorisch wiedergibt, was auch bisher schon galt, oder ob dadurch möglicherweise der Anscheinsbeweis ernsthaft in Frage gestellt wird.

Die besseren Gründe sprechen für die Auslegung im Sinne einer „deklaratorischen Wiedergabe“, und gegen eine Infragestellung des Anscheinsbeweises. Denn auch aus der PSD2 lässt sich kein Ausschluss des Anscheinsbeweises ableiten. Letztlich legen § 675w Satz 1 bis Satz 3 BGB die Voraussetzungen fest, unter denen der Anscheinsbeweis in Frage kommen kann; die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls bleibt erhalten. Und hätte der Anscheinsbeweis nach PSD2 keine Anwendung mehr finden sollen, hätte der EU-Gesetzgeber dies ausdrücklich bestimmt²¹.

Der neue § 675w Satz 4 BGB ist daher dahingehend auszulegen, dass – in Fällen von Betrug, Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit – nun auch gesetzlich gefordert werden kann, was auch bisher schon galt und der Praxis in Gerichtsverfahren entsprach, nämlich dass der Zahlungsdienstleister unterstützende Beweismittel vorlegt. Dies kann sich naturgemäß nur auf dem Zahlungsdienstleister erreichbare Dokumente bzw. Beweismittel beziehen (wie z.B. Erklärungen des Zahlungsdienstnutzers in der Korrespondenz – die oftmals widersprüchlich sind; detailliertere – über die reine Zahlungsvorgangsdokumentation hinausgehende – Auswertungen von Transaktionsdokumentationen; Inhalte von Strafanzeigen oder Straftaten; etwaige Beweismittel zur kriminellen Vergangenheit des Zahlers). Hier bleibt es notwendig, zwischen den Verantwortungsbereichen des Zahlungsdienstleisters und des Zahlungsdienstnutzers zu unterscheiden und die in § 675w Satz 4 BGB gemeinten „unterstützenden Beweismittel“ auf diejenigen zu beschränken, die der Zahlungsdienstleister aus seinem Verantwortungsbereich heraus zu erlangen in der Lage ist²².

Quintessenz ist, dass – wie dies von der herrschenden Meinung in der neuen Literatur zutreffend

vertreten wird – der Anscheinsbeweis auch nach PSD2 weiter zulässig bleibt; der neue § 675w Satz 4 BGB ändert an der bisherigen Beweislastverteilung, an den bisherigen Beweisvermutungs- und Anscheinsbeweisregeln nichts²³.

C. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden:

- Die PSD2 hat den Rechtsrahmen der Zahlungsdienste verändert, punktuell sehr stark verändert. Die Haftung der Zahlungsdienstnutzer wurde reduziert, die der Zahlungsdienstleister (insbesondere der „erstbeauftragten Institute“) signifikant verschärft.
- Die Bedeutung des Aufsichtsrechts für das Zivilrecht hat erheblich zugenommen.
- Die Starke Kundenauthentifizierung nimmt künftig eine haftungsrechtliche Schlüsselrolle ein.
- Der Anscheinsbeweis ist auch nach PSD2 weiter zulässig, bleibt jedoch durch zu erstreitende aktuelle Gerichtsentscheidungen zu verteidigen.

D. Literaturhinweise

Omlor, Online-Banking unter Geltung der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie (PSD II), BKR 2019, 105.

Schnauder/Beesch, Zur Verteilung des Haftungsrisikos im Online-Banking, jurisPR-BKR 4/2019 Anm. 4.

Omlor, Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz im zivilrechtlichen Pflichtengefüge, WM 2018, 57.

Werner, Wesentliche Änderungen des Rechts der Zahlungsdienste durch Umsetzung der Zweiten EU-Zahlungsdiensterichtlinie in deutsches Recht.

Zahrte, Neuerungen im Zahlungsdienstrecht, NJW 2018, 337.

Hofmann, Das neue Haftungsrecht im Zahlungsverkehr, BKR 2018, 62.

Linardatos, Von Anscheinsbeweisen im Zahlungsdienstrecht und fehlgeleiteten Gesetzgebern, NJW 2017, 2145, 2150.

¹ Payment Services Directive 2 (Zahlungsdienste-Richtlinie 2), Richtlinie (EU)

- 2015/2366 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt vom 25.11.2015.
- 2 Gesetz zur Umsetzung der PSD2 vom 17.07.2017 (BGBl I 2017, 2446); Gesetzesmaterialien: BT-Drs. 18/11495.
 - 3 Inkrafttreten der reformierten §§ 675c-676c BGB (im Wesentlichen) zum 13.01.2018.
 - 4 Inkrafttreten des neu gefassten ZAG (im Wesentlichen) zum 13.01.2018.
 - 5 Hierzu und zum generellen „Paradigmenwechsel im Bank- und Kapitalmarktrecht?“ bezüglich der „Wechselwirkung von Zivil- und Aufsichtsrecht“ vgl. Buck-Heeb in: Bankrechtstag 2019, Ziff. 2.4. – erscheint demnächst.
 - 6 Inkrafttreten der §§ 45 bis 52, 55 ZAG n.F. und der – die PSD2 ergänzenden – RTS (Regulatory Technical Standards, Delegierte Verordnung (EU) 2018/389 vom 27.11.2017) am 14.09.2019.
 - 7 Literaturstellen (ohne Anspruch auf Vollständigkeit): Sprau in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, insbes. zu §§ 676v und 676w BGB; Omlor, BKR 2019, 105; Omlor, WM 2018, 57; Schnauder/Beesch, jurisPR-BKR 4/2019 Anm.4; Möslin/Omlor, FinTech-Handbuch, Digitalisierung, Recht, Finanzen, 2019; Werner in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Bank- und Kapitalmarktrecht (zu: Bargeldloser Zahlungsverkehr), 5. Aufl. 2019; Krepold/Fischbeck/Kropf/Werner, Bankrecht, 2. Aufl. 2018; Beesch in: Schulze/Grzowitz/Lauda, Gesetzesformulare BGB, 4. Aufl. 2020 (zu: §§ 675c-676c BGB); Beesch in: Dannemann/Schulze, German Civil Code (zu §§ 675c-676c BGB) – im Erscheinen.
 - 8 Gemäß einer Stellungnahme der EBA (European Banking Authority) vom 16.10.2019 erlaubt diese den nationalen Aufsichtsbehörden bis 31.12.2020 zu tolerieren, wenn die Starke Kundenauthentifizierung nicht durchgeführt wird (<https://eba.europa.eu/eba-publishes-opinion-on-the-deadline-and-process-for-completing-the-migration-to-strong-customer-authentication-sca-for-e-commerce-card-based-payment>, zuletzt abgerufen am 04.11.2019).
 - 9 Art. 4 Abs.1 RTS; instruktiv: Pressemitteilung der BaFin vom 15.06.2018 „Starke Kundenauthentifizierung: Neue Pflicht wirkt sich auf Online-Banking und Bezahlen im Internet aus, abrufbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2018/fa_bj_1806_Starke_Kundenauthentifizierung.html, zuletzt abgerufen am 04.11.2019.
 - 10 BGH, Urt. v. 16.06.2015 - XI ZR 243/13 Rn. 23 - BGHZ 205, 377.
 - 11 Zutreffend Omlor, BKR 2019, 105; Hofmann, BKR 2018, 62, 64.
 - 12 Beesch in: Schulze/Grzowitz/Lauda, Gesetzesformulare BGB, 4. Aufl. 2020, § 675f Rn. 23 m.w.N.
 - 13 Piotr Heller, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 11.08.2019, S. 53.
 - 14 Zahlungsauslösedienste sind (wie auch Kontoinformationsdienste) im Zuge der PSD2 neu zugelassene Zahlungsdienstleister.
 - 15 Die Rechtevergabe ist Gegenstand des Zahlungsdienstevertrages, den der Zahler mit dem Zahlungsauslösedienst schließt. Theoretisch definiert der Zahler dabei im Detail, auf welche Daten ein Unternehmen zugreifen kann; der Nutzer behält die Datenhoheit. Zur Realität in der Praxis fehlen aktuell Erkenntnisse.
 - 16 Anscheinsbeweis ist eine Beweisregel, nach der (im vorliegenden Kontext) unter bestimmten Voraussetzungen bei Vorliegen bestimmter typischer Umstände auf das Vorliegen einer Autorisierung oder einer haftungsbegründenden Pflichtverletzung des Zahlungsdienstnutzers geschlossen werden kann.
 - 17 Vgl. die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Kreditkarte, insbes. BGH, Urt. v. 29.11.2011 - XI ZR 370/10; sowie zur Debitkarte, insbes. BGH, Urt. v. 05.10.2004 - XI ZR 210/03; vgl. weiterführend Beesch/Willershausen, jurisPR-BKR 9/2012 Anm. 1 m.w.N.
 - 18 Hoffmann/Hauptert/Freiling, ZHR 181, 780 (2017); Omlor, BKR 2019, 105, 109.
 - 19 So richtig Omlor, BKR 2019, 105, 110.
 - 20 Vgl. weiterführend Beesch in: Schulze/Grzowitz/Lauda, Gesetzesformulare BGB, § 675w Rn. 16 ff., Rn. 19 ff. jeweils m.w.N.
 - 21 So auch Omlor, BKR 2019, 105, 110 m.w.N.
 - 22 Vgl. bereits Beesch in: Schulze/Grzowitz/Lauda, Gesetzesformulare BGB, 4. Aufl. 2020, § 675w Rn. 16.
 - 23 H.M., vgl. Sprau in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 675w Rn. 4; Werner in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Bank- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2019, S. 536 unter Rn. 4.157, 41.58; Böger in: Baas/Buck-Heeb/Werner, Anleger-Schutzgesetze, 2019, § 675w Rn. 15, Rn. 28-30; Omlor, BKR 2019, 105, 110; Omlor, ZIP 2016, 558;

Linardatos, NJW 2017, 2145, 2150; Zahrate, NJW 2018, 337, 340; Hofmann, BKR 2018, 62, 67 ff.; Krepold u.a., Bankrecht, 2. Aufl. 2018, S. 96; Beesch in: Schulze/Grzowitz/Lauda, Gesetzesformulare BGB, 4. Aufl. 2020, § 675w Rn. 16 ff., Rn. 22; Beesch in: Dannemann/Schulze, German Civil Code, § 675w Rn. 16 m.w.N. – im Erscheinen.

2

Die Unabhängigkeit der zahlungsdienstrechtlichen Definitionen von der Autorisierung einer Zahlung

Leitsätze:

1. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.11.2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG ist dahin auszulegen, dass unter den Begriff „Zahlungsdienste“ im Sinne dieser Bestimmung die Ausführung von Lastschriften fällt, die vom Zahlungsempfänger zulasten eines Zahlungskontos ausgelöst wurden, dessen Inhaber er nicht ist, ohne dass der Inhaber des so belasteten Kontos ihnen zugestimmt hätte.

2. Art. 58 der Richtlinie 2007/64 ist dahin auszulegen, dass unter den Begriff „Zahlungsdienstnutzer“ im Sinne dieser Bestimmung der Inhaber eines Zahlungskontos fällt, zu dessen Lasten ohne seine Zustimmung Lastschriften ausgeführt wurden.

Orientierungssätze zur Anmerkung:

1. Auch eine nicht autorisierte Lastschrift ist ein Zahlungsdienst.

2. Zahlungsdienstnutzer ist auch der Inhaber eines Zahlungskontos, zu dessen Lasten nicht autorisierte Lastschriften ausgeführt werden.

Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 11.04.2019, C-295/18

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

A. Problemstellung

Der EuGH hatte sich aufgrund eines Vorabentscheidungsersuchens mit der Frage auseinandersetzen, ob das Recht der Zahlungsdienste nur auf autorisierte Zahlungsvorgänge Anwendung findet, oder ob es davon unabhängig ist. Hintergrund dieses Ersuchens waren Belastungen auf dem Konto des klagenden Unternehmens aufgrund von ihr nicht autorisierter Lastschriften. Dem geltend gemachten Erstattungsanspruch hielt die kontoführende Bank der Klägerin die dreizehnmönatige Ausschlussfrist bei Ansprüchen auf Wiedergutschrift von nicht autorisierten Lastschriften entgegen. Die Klägerin vertrat dazu die Ansicht, aufgrund der fehlenden Autorisierung könne sie weder als Zahlungsdienstnutzer noch die Belastungen als Zahlungsvorgänge qualifiziert werden, weshalb die entsprechenden Regelungen aus dem Recht der Zahlungsdienste – und damit auch die über die Ausschlussfrist – keine Anwendung finden könnten. Das vorliegende portugiesische Gericht wollte deshalb entschieden wissen, ob als Zahlungsdienst auch solche Lastschriften subsumiert werden dürfen, deren Belastungen nicht vom Kontoinhaber selbst autorisiert, sondern die aufgrund des Verhaltens eines unberechtigten Dritten ausgeführt worden sind. Daran schloss sich die zweite Frage an, ob auch ein Kontoinhaber, dessen Konto ohne seine Zustimmung belastet wird, unter die Definition des Zahlungsdienstnutzers fällt. Zusammengefasst musste der EuGH klären, ob das Recht der Zahlungsdienste auch auf solche Transaktionen anwendbar ist, die auf nicht autorisierten Zahlungen beruhen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Dem Konto des klagenden Unternehmens, einem Sichteinlagenbankkonto, waren wiederholt Lastschriften zugunsten Dritter belastet worden, ohne dass diese Vorgänge gegenüber der kontoführenden Stelle von der Klägerin autorisiert worden waren. Nachdem die Klägerin die Belastungen reklamiert hatte, wurden die entsprechenden Beträge erstattet. Es stellte sich später heraus, dass die Lastschriftbelastungen darauf zurückzuführen waren, dass in der tatsächlichen Autorisierung zum Einzug von Forde-

rungen mittels Lastschriften durch einen Dritten bei der Kundenkennung ein Fehler gemacht worden war, aufgrund dessen der Forderungszug versehentlich vom Konto der Klägerin erfolgte. Nach einer neuerlichen Reklamation wegen weiterer Belastungen auf dem Konto der Klägerin erstattete ihr kontoführendes Institut weitere Zahlungen, soweit die auf Art. 58 der (ersten) EU-Zahlungsdiensterichtlinie (entspricht Art. 71 der Zweiten EU-Zahlungsdiensterichtlinie) beruhende und im nationalen portugiesischen Recht umgesetzte dreizehnmontige Ausschlussfrist (entspricht § 676b Abs. 2 BGB) noch nicht abgelaufen war. Hinsichtlich solcher Belastungen, die vor Ablauf der Frist erfolgten, lehnte die kontoführende Bank der Klägerin unter Verweis auf die Ausschlussfrist die Erstattung dagegen ab.

Die Klägerin erhob deshalb gegen ihr kontoführendes Institut Klage auch auf Erstattung der Belastungen, die vor Ablauf der Dreizehnmontatsfrist erfolgt waren. Nachdem die Klage in erster Instanz abgewiesen waren war, hat die Klägerin Berufung eingelegt und darin unter anderem vorgetragen, sie könne nicht als Zahlungsdienstnutzer, auf den allein die Ausschlussfrist anwendbar sei, qualifiziert werden. Außerdem habe sie mit dem beklagten kontoführenden Institut keine Vereinbarung über den Einzug der entsprechenden Lastschriften getroffen, sodass auch kein Zahlungsdienst vorliege. Da das Berufungsgericht der Ansicht ist, ein Zahlungsdienst setze eine entsprechende Vereinbarung voraus, legte es die Sache dem EuGH zur Entscheidung vor.

Der EuGH hat für sein Urteil verschiedene Regelungen über Zahlungsdienste zur Auslegung des Anwendungsbereichs der Begriffe Zahlungsvorgang und Zahlungsdienstnutzer herangezogen. Auch wenn sich aus einer Vielzahl von Regelungen nicht ergibt, dass auch nicht autorisierte Zahlungsvorgänge darunter fallen sollen, folgt doch aus den Haftungsregelungen in Art. 60 und 61 der EU-Zahlungsdiensterichtlinie (entspricht Art. 73 und 74 der Zweiten EU-Zahlungsdiensterichtlinie) über die Haftung des Zahlungsdienstleisters für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge sowie die Haftung des Zahlers für die Auslösung von Zahlungen aufgrund einer von ihm verschuldeten Nutzung seines Zahlungsinstruments, dass auch nicht autorisierte Zahlungen unter den Begriff des „Zahlungsvorgangs“ fallen sollen (vgl. die Umsetzung in §§ 675u und

675v BGB im deutschen Recht). Daraus folgt, dass für den Begriff des Zahlungsdienstes die Autorisierung nicht konstituierend ist. Folglich fielen auch im der Entscheidung zugrunde liegenden Fall die nicht autorisierten Zahlungen unter den Begriff des „Zahlungsvorgangs“.

Nicht anders verhält es sich mit dem Begriff des „Zahlungsdienstnutzers“. Zwar handelt es sich bei einem Zahlungsdienstnutzer gemäß Art. 4 Nr. 10 der (ersten) EU-Zahlungsdiensterichtlinie (entspricht Art. 4 Nr. 10 der Zweiten EU-Zahlungsdiensterichtlinie) um eine natürliche oder juristische Person, die einen Zahlungsdienst als Zahler oder Zahlungsempfänger oder beiden Eigenschaften in Anspruch nimmt, sodass der Inhaber eines Zahlungskontos, das ohne seine Autorisierung belastet wird, nicht darunter fallen würde. Doch folgt zum einen daraus, dass auch nicht autorisierte Lastschriften unter den Begriff des „Zahlungsdienstes“ fallen; und zum anderen knüpft auch die Ausschlussfrist in Art. 58 der EU-Zahlungsdiensterichtlinie (in deutschem Recht § 676b Abs. 2 BGB) gerade auch an Einwendungen des Zahlungsdienstnutzers wegen nicht autorisierter Lastschriften an, sodass auch hier die Autorisierung kein konstituierendes Element für den Begriff des Zahlungsdienstnutzers ist. Folglich war im vorliegenden Fall die Klägerin als Zahlungsdienstnutzer anzusehen. Dementsprechend fand die Ausschlussfrist Anwendung, sodass das beklagte Institut berechtigt war, die Erstattung wegen des Ablaufs der Ausschlussfrist zu verweigern.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des EuGH steht in einem mehrfachen Kontext; zum einen knüpft sie an die Auslegung nationaler Vorschriften zur Umsetzung der EU-Zahlungsdiensterichtlinie (vgl. EuGH, Urt. v. 21.03.2019 - C-245/18 m. Anm. Werner, jurisPR-BKR 7/2019 Anm. 2) an, und zum anderen legt sie die Reichweite der Zahlungsdiensterichtlinie(n) fest und löst aus der Unklarheit der Formulierungen resultierende rechtliche Unsicherheiten.

Im vorliegenden Fall bestand das Problem darin, dass nach den Definitionen nicht autorisierte Zahlungen nicht zwingend unter den Begriff des Zahlungsdienstes gefallen wären und die Inhaber von mit nicht autorisierten Zahlungen belasteter Konten nicht unter den Be-

griff des Zahlungsdienstnutzers gefallen wären. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hätte dies wiederum zur Folge gehabt, dass Regelungen, die gerade für nicht autorisierte Zahlungen erlassen worden sind, darauf nicht anwendbar gewesen wären. Diesen Widerspruch hat der EuGH zweckorientiert unter Heranziehung der einschlägigen Haftungsregelungen dahingehend gelöst, dass er aus der Existenz von Regelungen in der EU-Zahlungsdiensterichtlinie zu nicht autorisierten Zahlungen geschlossen hat, dass die Begriffe „Zahlungsdienstnutzer“ und „Zahlungsdienst“ nicht davon abhängig sind, dass die konkreten Zahlungen auch autorisiert sind. Auch wenn es aus den entsprechenden Definitionen geschlossen werden könnte, so ist die Autorisierung für die entsprechenden Begriffe gleichwohl nicht konstituierend. Andernfalls würden große Teile der EU-Zahlungsdiensterichtlinie(n) und ihre Umsetzung in nationales Recht leerlaufen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Auswirkungen auf die Praxis bestehen gerade darin, dass das Urteil keine unmittelbaren Auswirkungen haben wird, d.h. es folgt daraus keinerlei Änderungsbedarf, weder im Hinblick auf die Handhabung der gesetzlichen Regelungen noch der Umsetzung in den entsprechenden Sonderbedingungen der Kreditinstitute. Innerhalb der deutschen Kreditwirtschaft wurden auch bisher schon nicht autorisierte Zahlungen als Zahlungsdienste und die Inhaber von nicht autorisiert belasteten Konten als Zahlungsdienstnutzer behandelt. Auch in der deutschen Rechtsprechung sind bisher keine Tendenzen erkennbar, bei nicht autorisierten Zahlungen die Zahlungsvorgänge nicht unter den Begriff der Zahlungsdienste und die betroffenen Kontoinhaber nicht unter den Begriff der Zahlungsdienstnutzer zu subsumieren. Das Urteil des EuGH bestätigt deshalb die gegenwärtige Handhabung des Rechts der Zahlungsdienste in den dem Sachverhalt zugrunde liegenden Rechtsfragen. Alles andere erschiene auch widersinnig, da dann, wenn der EuGH nicht im vorstehenden Sinne entschieden hätte, ein Großteil der Vorschriften des Zahlungsdienstrechts, die sich mit nicht autorisierten Zahlungen beschäftigen, auf die für sie bestimmten Fallgruppen nicht anwendbar wären.

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Aufgrund der zwei Fragen des Vorlagebeschlusses hat der EuGH in der Besprechungsentscheidung keine weiter gehenden Themen behandelt. Interessant gewesen wäre sicherlich der Begriff des Zahlungskontos, wie ihn der EuGH versteht. Wie sich aus den Darstellungen des Sachverhalts in den Urteilsgründen ergibt, sind die Lastschriften einem „Sichteinlagenbankkonto“ belastet worden. Nach bisherigem Verständnis des deutschen Gesetzgebers sollen Einlagenkonten nicht unter den Begriff des Zahlungskontos fallen (vgl. RegE BT-Drs. 16/11613, S. 35), obwohl über solche Konten in der Regel auch mittels Überweisung oder Lastschrift verfügt werden oder es dadurch zur Übertragung von Geld kommen kann, das Konto jedoch nicht für die regelmäßige Durchführung von Zahlungsvorgängen bestimmt ist. Gerade auch aufgrund der nicht eindeutigen Reichweite von § 9 SEPA-VO, der besondere Pflichten im Zusammenhang mit Zahlungskonten festlegt, wäre es hilfreich gewesen, wenn der EuGH sich intensiver mit dem Begriff des Zahlungskontos auseinandergesetzt hätte, auch wenn dies nicht Gegenstand der Vorlagefragen war. Möglicherweise ist die entsprechende Unklarheit aber auch darauf zurückzuführen, dass die Bezeichnung des der Klage zugrunde liegenden Kontotyps irreführend ist, denn die Funktionalitäten des Kontos werden in der Entscheidung nicht näher erläutert.

3

Kreditkartenvertrag: Ansprüche eines Kreditkarteninhabers gegen Kreditkartenunternehmen im Zusammenhang mit verbotenen Online-Glücksspiel

Orientierungssätze:

1. Durch eine von einem Kreditkarteninhaber autorisierte Zahlung wirkt ein Kreditkartenunternehmen nicht gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 GlüStV am unerlaubten Glücksspiel mit. Allein aus dem Merchant Category Code ist nicht erkennbar, welche Verträge ein Kreditkarteninhaber mit einem Vertragsunternehmen geschlossen hat.

2. Reicht ein Vertragsunternehmen ordnungsgemäße Belastungsbelege ein, darf das Kreditunternehmen die Zahlung an das Vertragsunternehmen grundsätzlich für erforderlich halten, ohne zu prüfen, ob dem Vertragsunternehmen eine wirksame Forderung gegen den Karteninhaber zusteht.

Anmerkung zu LG Berlin, Urteil vom 16.04.2019, 37 O 367/18

von **Dr. Niklas Korff**, LL.M., RA und Dozent für Wirtschafts- und Arbeitsrecht, Universität Hamburg

A. Problemstellung

Online-Glücksspiel ist auch in Deutschland weit verbreitet. Auch wenn es keine belastbaren Zahlen über Spieler in Deutschland gibt, so darf doch davon ausgegangen werden, dass jedenfalls mehrere hunderttausend, eher jedoch Millionen von Spielern in Online-Casinos aktiv sind und dort ihr Glück versuchen. Die Rechtslage ist dabei ziemlich unübersichtlich. Fest steht, dass § 4 Abs. 4 des Staatsvertrags der Länder der Bundesrepublik Deutschland zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag - GlüStV) wie folgt lautet: „Das Veranstalten und das Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet ist verboten.“ Jedoch existieren EU-Lizenzen und auch Altlizenzen z.B. aus Schleswig-Holstein, die einige Online-Casinos besitzen und damit legal Online-Glücksspiele anbieten dürfen. Hierbei gilt jedoch grundsätzlich, dass diese Lizenzen sich auf die jeweiligen Anbieterstaaten beschränken; beispielsweise dürfen nur Personen mit Wohnsitz in Schleswig-Holstein bei Anbietern mit dort ausgestellten Altlizenzen legal spielen. Die Rechtswirklichkeit sieht jedoch gänzlich anders aus. Online-Gaming-Anbieter in deutscher Sprache gibt es hunderte (vgl. <http://online.casinocity.com/jurisdictions/>, zuletzt aufgerufen am 17.10.2019). In der Folge bedeutet dies für die rechtliche Situation, dass sich Veranstalter von illegalem Glücksspiel gemäß § 284 StGB strafbar machen können, teilnehmende Spieler wegen der Beteiligung am Glücksspiel gemäß § 285 StGB.

Zivilrechtlich kann der zwischen dem Spieler und dem Veranstalter geschlossene Glücksspielvertrag gemäß § 134 BGB nichtig sein.

Aus dieser grundsätzlichen Überlegung heraus haben Teilnehmer von Online-Casinos die rechtliche Einschätzung entwickelt, dass getätigte Zahlungen mittels Kreditkarte oder Lastschrift von den zahlungsabwickelnden Instituten zurückgefordert werden können, da eine Rechtsdurchsetzung im Ausland gegenüber dortigen Online-Casinos nicht erfolgsversprechend erscheint bzw. jedenfalls deutlich komplizierter ist, gerade wenn es sich um Anbieter aus sog. Steueroasen handelt. Auch einige deutsche Rechtsanwälte haben diesen angeblich bestehenden Ansatz massiv beworben. Mit einer solchen Konstellation musste sich das LG Berlin in der vorliegend besprochenen Entscheidung auseinandersetzen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Im vorliegenden Fall begehrte der Kläger die Wiedergutschrift bzw. Erstattung von erfolgten Belastungen zuungunsten seines Kreditkartenkontos von der Beklagten, mit der er einen Kreditkartenvertrag abgeschlossen hatte. Einbezogen in diesen Vertrag waren die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Kreditkarte der Beklagten. Nach Erhalt der Kreditkarte erteilte der Kläger der Beklagten ein SEPA-Lastschriftmandat und ermächtigte sie, alle im Zusammenhang mit der Führung des Kreditkartenkontos stehenden Zahlungen seinem Girokonto zu belasten. Der Kläger verwendete daraufhin seine Kreditkarte unter anderem für verschiedene Bezahlvorgänge im Zeitraum vom 20.03.2018 bis 25.04.2018. Sämtliche Zahlungen wurden durch den Kläger selbst ausgelöst, von ihm autorisiert und von der Beklagten ausgeführt. Anschließend belastete die Beklagte das Girokonto des Klägers mit der Summe der Transaktionsbeträge. Insgesamt veranlasste der Kläger die Beklagte im genannten Zeitraum (einschließlich Gebühren) zur Zahlung von insgesamt 10.944,50 Euro an diverse Vertragsunternehmen. Die von der Beklagten erhobenen Gebühren ergaben sich aus dem Preis- und Leistungsverzeichnis, in dem es hieß: „Lotto-, Wett- und Casinoumsätze: ... Aus Verfügungsrahmen im Inland: 3%, mindestens 7,50 Euro; aus Verfügungsrahmen im Ausland: 3%, mindestens 5,00 Euro“. Die einzelnen Zahlungen waren – wie üblicherweise von den diversen Vertragsunternehmen – mit einem sog. MCC Code versehen, vorliegend dem „Code 7995 Betting (including Lottery Tickets, Casino Gaming Chips, Off-track

Betting and Wagers)“. Mit anwaltlichen Schreiben vom 23.05.2018 forderte der Kläger die Beklagte unter Fristsetzung auf, die ihm belasteten Beträge zurückzuzahlen. Mit Schreiben vom 31.05.2018 wies die Beklagte die Ansprüche zurück.

Der Kläger ist der Ansicht, dass ihm ein Schadensersatzanspruch i.H.v. 9.944,50 Euro zustehe aufgrund einer Pflichtverletzung der Beklagten gegenüber dem Kläger aus dem Kreditkartenvertrag. Die Beklagte sei gegenüber dem Kläger zur Zahlungsverweigerung gegenüber den streitbefangenen Online-Glücksspielanbietern verpflichtet gewesen. Der Kläger behauptet, es habe sich bei den erfolgten Zahlungen um Spieleinsätze für verbotenes Online-Glücksspiel gehandelt. Der Kläger sei irrig von der Legalität ausgegangen. Jedoch sei der Beklagten bewusst bzw. für diese erkennbar gewesen, dass es sich um verbotenes Online-Glücksspiel gehandelt habe. Wie sich aus § 4 Abs. 4 GlüStV ergebe, sei das Veranlassen und Vermitteln von öffentlichen Glücksspielen im Internet verboten. Aus Abs. 1 ergebe sich, dass die Mitwirkung an Zahlungen im Zusammenhang mit unerlaubtem Glücksspiel verboten sei. Der Beklagten sei aufgrund der Eingabe der Prüfziffer bewusst gewesen, dass die Karte online eingesetzt worden sei. Mithin sei den Vorgängen die Illegalität auf die Stirn geschrieben gewesen, insbesondere aufgrund des MCC Codes. Weiterhin folge die Kenntnis aus dem Abschluss sog. Akzeptanz- bzw. Akquisitionsverträge mit den Online-Glücksspielanbietern. Für die Beklagte sei die Illegalität liquide beweisbar gewesen. Ein kurzes Auskunftsersuchen bei der zuständigen Aufsichtsbehörde wäre ausreichend gewesen. Die Legalität bzw. Illegalität hätte die Beklagte durch einen Abgleich mit der von der gemeinsamen Geschäftsstelle Glücksspiel der Bundesländer im Internet veröffentlichten „White List“ ermitteln können. Die Beklagte treffe eine Prüfungspflicht, die im bargeldlosen Zahlungsverkehr auszuführenden Transaktionen daraufhin zu untersuchen, ob diese im Zusammenhang mit illegalem Online-Glücksspiel stehen.

Die Beklagte bestritt mit Nichtwissen, dass der Kläger die Zahlungen aufgrund von im Internet veranstalteten Glücksspielen angewiesen und er an diesen teilgenommen habe. Dass es sich bei diesen Zahlungsempfängern um reine „Onlineglücksspielanbieter“ handele, bestreitet die Beklagte mit Nichtwissen. Dementsprechend

sei der Beklagten bei Ausführung der Zahlungen auch nicht bewusst gewesen, dass den Zahlungen Online-Glücksspiel zugrunde gelegen haben soll. Vielmehr könnten den Zahlungen nach dem MCC-Code auch andere Forderungen zugrunde gelegen haben. Zudem seien nicht alle Online-Glücksspiele illegal. Nach § 675f BGB habe sie die Ausführung der Zahlungen auch gar nicht davon abhängig machen dürfen, ob sie diese für erforderlich halte. Etwaige Beanstandungen im Verhältnis zwischen dem Karteninhaber (hier dem Kläger) und Vertragsunternehmen (hier die diversen Anbieter) seien gemäß Ziffer 9 der Kreditkartenbedingungen zwischen diesen zu klären. Im Übrigen habe die Beklagte auch keine Rahmenverträge mit den Vertragsunternehmen geschlossen. Ferner handele sich auch nicht um unerlaubtes Glücksspiel, da die ausländischen Vertragsunternehmen über Lizenzen verfügten. Diese Unternehmen unterfielen auch nicht dem deutschen Glücksspielstaatsvertrag. Schließlich sei eine Erkennbarkeit illegalen Glücksspiels für die Beklagte nicht gegeben.

Das LG Berlin hat geurteilt, dass die zulässige Klage nicht begründet ist und dem Kläger demnach kein Anspruch auf Erstattung nach § 812 BGB oder aus § 280 BGB zusteht.

Denn der von der Beklagten mit der Belastung des Klägerkontos realisierte Aufwendungsersatzanspruch gemäß § 675c i.V.m. den §§ 667, 670 BGB stehe der Beklagten zu, weil sie die vom Kläger autorisierten Zahlungsvorgänge ordnungsgemäß ausgeführt habe. Der Kläger habe vorliegend die Zustimmung für die jeweiligen Zahlungsvorgänge durch den Einsatz der Kreditkarte bei den Vertragsunternehmen erteilt. Auch stehe dem Kläger kein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 4 GlüStV zu. Das Landgericht führt aus, dass allein aufgrund des - unterstellt - unerlaubten Online-Glücksspiels des Klägers der zwischen ihm und der Beklagten geschlossene Kreditkartenvertrag nicht gemäß § 134 BGB nichtig sei, da dieser als solcher schon gegen kein gesetzliches Verbot verstoße.

Auch wirke die Beklagte durch die vom Kläger autorisierten Zahlungen nicht gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 GlüStV am unerlaubten Glücksspiel mit. Die Übermittlung des MCC (Merchant Category Codes) vermittele lediglich die Kenntnis, dass es sich um Forderungen aus Werten handele. Ob diese legal oder illegal waren,

lasse sich dem Code nicht entnehmen. Werten seien nicht generell illegal. Eine Prüfungs- oder Warnpflicht habe für die Beklagte nicht bestanden. Auch hier sei die Rechtsprechung des BGH sehr streng. Danach sei eine Warnpflicht der Kreditinstitute zum Schutze des Kunden nur in ganz wenigen Ausnahmefällen zu bejahen (BGH, Urt. v. 06.05.2008 - XI ZR 56/07), nämlich dann, wenn ein Kreditinstitut bereits ohne nähere Prüfung eines Zahlungsvorganges aufgrund massiver Anhaltspunkte Verdacht schöpfe. Ein solcher Ausnahmefall liege hier nicht vor.

C. Kontext der Entscheidung

1. Die vorliegende Entscheidung des LG Berlin betrifft unmittelbar nur die Kreditkartenzahlung. Davon zu unterscheiden ist die Zahlungsart Lastschrift, die bei Online-Casinos ebenfalls häufig gewählt wird. Seit 01.02.2014 sind nur noch SEPA-Lastschrift-Mandate zulässig, die so funktionieren, dass der Zahler eine Doppel-Weisung erteilt: Der Schuldner (Zahler) ermächtigt die Gläubiger (Zahlungsempfänger = Vertragsunternehmen, hier die Glücksspiel-Anbieter) zur Einziehung der Forderungen im Valutaverhältnis und weist gleichzeitig sein Kreditinstitut an, diese Lastschriften einzulösen. Bei dieser Zahlungsart ist eine zivilrechtliche Rückabwicklung dergestalt möglich, dass der Zahler von seinem Erstattungsanspruch gegen seine Bank (Zahlstelle) gemäß § 675x BGB Gebrauch macht. Dies kann der Zahler binnen acht Wochen ab Kontobelastungsdatum tun, und der Erstattungsanspruch ist an keinerlei Voraussetzungen geknüpft („No-questions-asked Refund“) (vgl. Werner in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Bank- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2019, S. 598 ff., Rn. 4.401 ff. (Lastschrift); Beesch in: Schulze/Grziwotz/Lauda, Gesetzesformulare BGB, 4. Aufl. 2020, § 675j Rn. 6 ff. m.w.N.). Das Risiko der – endgültigen – Bezahlung liegt also bei Lastschriftzahlungen bei den Online-Casinos. Allerdings ist der Bezahlvorgang mittels Lastschrift für die Banken (Zahlstellen) auch nicht völlig risikolos, denn sie müssen von den Glücksspiel-Anbietern gezahltes Geld zurückfordern – was insbesondere im Auslandsgeschäft nie völlig unproblematisch ist. Die Glücksspiel-Anbieter sind – infolge gescheiterter Lastschrifteinzüge – jedenfalls genötigt, das Geld direkt vom Glücksspieler erlangen, ggf. Klage gegen ihn einreichen. Das dürfte in Fällen, in denen die Online-Casinos keine Lizenz

besitzen, ohne Erfolgsaussichten sein. Aus diesem Grunde sind auch diesbezügliche Klagen bislang nicht bekannt geworden, offensichtlich gibt es keine. Sofern der Spieler eine Überweisung als Zahlungsart gewählt hat, ist keine Erstattungsmöglichkeit gegeben.

2. Bei der Kreditkartenzahlung, die wohl überwiegend bei Bezahlung von Online-Casino-Leistungen verwendet werden dürfte, auch wenn keine validen Zahlen dafür vorliegen, ist der Ablauf vereinfacht dargestellt wie folgt: Vom Glücksspieler (Zahler) wird ein Zahlungsauftrag/eine Anweisung (Autorisierung, § 675j Abs. 1 BGB) an die Kreditkartenemittentin erteilt (durch Unterzeichnung eines Leistungsbelegs bzw. durch Einsatz der Kartendaten im sog. Kreditkarten-Distanzgeschäft mit den jeweils vereinbarten Komponenten bzw. Merkmalen), wobei die Abwicklung des Zahlungsauftrags von dem Online-Casino (Vertragsunternehmen) angestoßen wird (sog. Pull-Transaktion). Hier gilt der Grundsatz, dass der Zahlungsauftrag aufgrund der Bargeldersatzfunktion der Kreditkarte unwiderruflich ist (§ 675p BGB). Reicht das Online-Casino den entsprechenden Belastungsbeleg bzw. Online-Belastungsdaten bei der Kreditkartenemittentin ein, erfolgt deren Zahlung an den betreffenden Glücksspielanbieter, wodurch die Aufwendung entsteht, die sich die Kreditkartenemittentin sodann – qua Kreditkartenabrechnung gegenüber dem Spieler und Belastung von dessen Bankkonto – ersetzen lässt. Damit ist die Zahlung – unwiderruflich – erfolgt. Wie die Besprechungsentscheidung zutreffend zu erkennen gibt, sind zum einen Reklamationen und Beanstandungen aus dem Rechtsverhältnis zwischen Spieler und Online-Casino (=Valutaverhältnis) zwischen diesen zu klären und berühren die Zahlungsverpflichtung des Karteninhabers gegenüber der Beklagten (= Kartenemittentin) nicht, und zum anderen ist auch eine Kreditkartenemittentin vor Tätigkeit ihrer Aufwendung (= Zahlung an das Vertragsunternehmen) nicht verpflichtet, zu prüfen, ob das angebotene Glücksspiel illegal ist, oder auf der „White List“ Nachforschungen zu betreiben.

Nur ausnahmsweise ist eine Kartenemittentin gegenüber einem Vertragsunternehmen berechtigt und gegenüber einem Karteninhaber verpflichtet, Zahlungen (= Tätigkeit von Aufwendungen) an Vertragsunternehmen, hier die Online-Casinos, zu verweigern. Dies kann dann der Fall sein, wenn die betreffenden Glücks-

spielanbieter die Kreditkartennemittentin rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB) in Anspruch nehmen, etwa wegen eines – der Kreditkartennemittentin erkennbaren – liquide (= leicht) beweisbaren Mangels im Valutaverhältnis, insbesondere wegen offensichtlicher Nichtigkeit des Vertragsverhältnisses zwischen Karteninhaber und Vertragsunternehmen, hier des jeweiligen Glücksspielvertrags (vgl. näher BGH, Urt. v. 24.09.2002 - XI ZR 420/01 Rn. 20 f., 23; Beyer, ZfWG 2019, 235, 236).

Hieraus folgerten Vertreter in der Literatur, dass ein Widerruf der Zahlung möglich sei (vgl. Rock/Seifert, ZBB 2008, 259). Auch einige Rechtsanwälte sind mit dieser Ansicht massiv auf „Mandantenfang“ gegangen und haben propagiert, dass man eingezahlte Glücksspiel-Gelder problemlos zurückerlangen könne. Auch dementsprechende Klagen sind eingereicht worden. Einzelne Urteile haben diese Ansicht unterstützt. So wies etwa das AG München – allerdings mit nicht haltbarer Begründung – eine Klage der dort beteiligten Bank gegen ihren Kunden auf Ausgleich von Spieleinsätzen, die mittels einer Kreditkarte getätigt wurden, ab (Urt. v. 21.02.2018 - 158 C 19107/17 - ZfWG 2018, 585). Die Klage war von einem Inkassounternehmen eingereicht worden, an die die Forderungen der Bank abgetreten worden waren; eine ähnliche Entscheidung hat auch das AG Leverkusen getroffen (Urt. v. 19.02.2019 - 26 C 346/18).

Allerdings hat nunmehr das LG Berlin mit der vorliegend besprochenen Entscheidung sowie vorgehend auch schon das LG München I – bestätigt durch das OLG München (Beschl. v. 04.03.2019 - 19 U 793/18) – mit Urteil vom 28.02.2018 (27 O 11716/17) anders entschieden. In dem vom LG München I entschiedenen Fall hatte ein Spieler 2016 seine Kreditkarte bei zwei in der EU lizenzierten Anbietern für die Teilnahme an Online-Casinospielen in Form von Roulette, Slots und Pokerspielen eingesetzt. Die Erstattung der vom Kreditkartenunternehmen an die Glücksspielanbieter geleisteten Zahlungen hat der Spieler im Anschluss mit dem Einwand abgelehnt, die von ihm getätigten Glücksspiele seien „unerlaubt“ gewesen, da sie gegen Beschränkungen des GlüAndStV und damit gegen ein „gesetzliches Verbot“ i.S.v. § 134 BGB verstoßen hätten. Das Kreditkarten-

unternehmen hätte dies ohne weiteres erkennen müssen.

Dem Zahlungsdienstleister kann jedoch nach Ansicht des LG München I somit nicht pauschal entgegengehalten werden, Online-Glücksspiele seien in Deutschland ausnahmslos verboten. Eine solche Argumentation ignoriere nicht nur u.a. die durchaus „diffuse“ aktuelle Rechtslage in Schleswig-Holstein, sondern auch die rechtlich komplexen Implikationen aus dem unionsrechtswidrigen Lotteriemonopol. Als Folge der Intransparenz würden u.a. die Onlineangebote der EU-lizenzierten Sportwettanbieter von den deutschen Bundesländern als unionsrechtlich legal betrachtet. Noch verwirrender werde die Situation vor dem Hintergrund der intransparenten und weder einheitlichen noch einhelligen Regulierungen und Behördenpraktiken im Bereich der Spielhallen. Einem Zahlungsdienstleister könne daher nicht zugemutet werden, diese diffuse und auf der Ebene der Bundesländer abweichende sowie permanent changierende und daher hoch komplexe Sach- und Rechtslage zu überblicken und dahingehend umzusetzen, in Echtzeit zu prüfen, ob ein Kunde im Moment seiner Zahlung „erlaubtes“ oder „unerlaubtes“ Glücksspiel betreibe und dieses ggf. zu verhindern. Dies gelte umso mehr, weil eine solche Überprüfung für den Zahlungsdienstleister auch deshalb nicht möglich sei, weil zunächst nicht erkennbar sei, von wo aus der Spieler (Beklagte) die Glücksspielangebote angenommen habe und welche Spiele er tatsächlich gespielt habe. Im Ausland sei eine Vielzahl von Glücksspielangeboten legal. Ebenso wenig dürfte erkennbar sein, ob jedes einzelne vom Beklagten wahrgenommene Spiel tatsächlich unerlaubtes Glücksspiel darstelle. Diese Erwägung gelte in gleicher Weise für den sog. Merchant Category Code (MCC), mit welchem Zahlungsdienstleister eine Kreditkartenzahlung einer bestimmten Branche zuordnen. Dieser Code unterscheide nämlich nicht zwischen erlaubtem und (aus Sicht der bzw. einiger deutscher Bundesländer) unerlaubtem Glücksspiel, sondern umfasse sämtliche in die Kategorie Glücksspiel fallende Umsätze.

In einem aktuellen Urteil schließt sich auch das LG Düsseldorf (Urt. v. 10.10.2019 - 8 O 398/18) der Rechtsmeinung des LG Berlin und des LG München I sowie des OLG München an.

D. Auswirkungen für die Praxis

Auch wenn die Rechtsprechung momentan beide Tendenzen pro und contra Glücksspieler aufweist, so spricht doch viel dafür und zeichnet sich ab, dass die aktuell herrschende Meinung, die – entsprechend der derzeitigen Gesetzes-, Vertrags- und Rechtsprechungslage – die Ansprüche des Bankkunden und Glücksspielers auf Rückabwicklung von Kreditkartenzahlungen verneint, sich durchsetzen wird. Es kann richtigerweise nicht angehen, und es wäre auch nicht sachgerecht, wenn die bestehenden und geschilderten Bedenken und Unklarheiten den Banken alleine überlassen und auf deren Risiko gehen würden, und wenn Bankkunden, die sich durch Einsatz ihrer Kreditkarten am Glücksspiel beteiligen, das für sie daraus resultierende Risiko auf ihre Banken abwälzen könnten (so zu treffend auch Beyer, ZfWG 2019, 235 m.w.N.). Es bleibt in Erinnerung zu rufen, dass die Banken lediglich (zudem im Massengeschäft tätige) Zahlungsmittler mit alleinigem Zweck der technisch einwandfreien, einfachen und schnellen Zahlungsvorgangsabwicklung sind – und mit den Risiken, die aus den Rechtsgeschäften der Zahler mit ihren Geschäftspartnern (sog. Valutaverhältnisse), hier den Online-Casinos, resultieren, nichts zu tun haben. Diese Risiken haben die Online-Spieler selbst zu tragen. Sähe man das anders, würde hiermit dem illegalen Glücksspiel nur Tür und Tor geöffnet werden. Außerdem wäre dann auch den Verbrauchern, die Glücksspiel betreiben, nur auf den ersten Blick geholfen. Angesichts des großen Suchtpotenzials, das mit dem Glücksspiel einhergeht, würde dieser Sicht mit einer Einräumung einer Erstattungsmöglichkeit bei Kreditkartenbuchungen nur Vorschub geleistet werden. Insofern ist das vorliegend besprochene Urteil des LG Berlin zu begrüßen. Die dortigen Ausführungen und Begründungen überzeugen. Damit ist auch das oben beschriebene Geschäftsmodell derjenigen, die Rückforderungen von eingesetztem und verlorenem Spielgeld zulasten der Kreditinstitute betreiben wollen, zu Recht schwer beschädigt.

Anders sieht es bei Lastschriften aus, da dem Spieler hier die gesetzliche Möglichkeit der achtwöchigen Erstattung gegenüber seiner Bank zusteht, und zwar ohne Angabe von Gründen. Aspekte wie die etwaige Unüberschaubarkeit oder Unsicherheit der Rechtslage bei Abgrenzung von legalem oder illegalem

dem Glücksspiel spielen hier keine Rolle. Lassen sich Glücksspielveranstalter auf Lastschriftverfahren ein, wissen sie, ob sie im Besitz von Lizenzen sind, die ihnen das Veranlassen solcher Online-Casinos erlauben, und sie wissen auch, dass Forderungen aus der Veranstaltung illegaler Glücksspiele gegen Spieler rechtlich nicht durchsetzbar sein werden.

Betroffene Glücksspieler sollten sich jedoch auch immer vor Augen führen, dass neben der zivilrechtlichen auch die strafrechtliche Rechtslage zu beachten ist, wonach sie sich durch Teilnahme an illegalen Glücksspielen wie beschrieben strafbar machen.

4

„Der Einsatz von Girocard und Kreditkarte auf der Reeperbahn nachts um ...“: Kein Ersatz für missbräuchliche Kreditkartenverwendung ohne Abbruchbeleg

Orientierungssatz zur Anmerkung:

Grob fahrlässig handelt, wer es duldet, dass der Zahlungsempfänger sich mit der Zahlungskarte und dem Kartenlesegerät für eine Zeit entfernt und sich danach den angeblichen Abbruch des Transaktionsvorgangs nicht durch den Ausdruck eines Abbruchbelegs nachweisen lässt.

Anmerkung zu AG Frankfurt, Urteil vom 06.08.2019, 30 C 4153/18 (20)

von **Dr. Franz Schnauder**, RiOLG a.D.

A. Problemstellung

Der Einsatz von elektronischen Zahlungsinstrumenten im Rechtsverkehr ist schon lange ein alltäglicher Vorgang. Zahlungen unter Nutzung von Kredit- und Debitkarten mit persönlicher Geheimzahl (PIN) funktionieren regelmäßig störungsfrei, nur selten scheitert der Authentifizierungsvorgang an einer misslungenen Datenübermittlung. Wenn sich (angebliche) Störfälle bei Abwicklung ein und desselben Zahlungsvorgangs in bestimmten Lokalisationen (im sog. Rotlichtmilieu) auffällig wiederholen, muss das

dem Zahlungsdienstnutzer in hohem Maße verdächtig erscheinen. Mit der Haftung des Karteninhabers in einem solchen Fall hatte sich das AG Frankfurt zu befassen

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Kläger unterhielten bei der Beklagten gemeinsam ein Girokonto, für das dem Kläger zu 2 (künftig: der Kläger) eine Kredit- und eine Girocard-Karte ausgestellt worden waren. Unter Einsatz beider Karten wurde am 24.10.2017 jeweils 1.000 Euro an einem Geldautomaten in Hamburg abgehoben.

Der Kläger verwendete beide Karten in einem Lokal auf der Hamburger Reeperbahn zur Zahlung an einem mobilen Kartenterminal. Bei den mehrfachen Authentifizierungsversuchen erklärte die Mitarbeiterin des Lokals, nachdem sie sich jeweils einige Minuten mit der Karte und dem Lesegerät (unter einem Vorwand) vom Kläger entfernt hatte, dass der Zahlversuch gescheitert sei. Als man den Kläger schließlich aufforderte, einen Schuldschein zu unterschreiben, wurde er argwöhnisch und rief die Polizei. Tatsächlich wurden, was unstreitig ist, unter Einsatz der Girocard des Klägers um 3:47 Uhr unter Eingabe der richtigen PIN (im 3. Versuch) und um 3:52 Uhr unter Einsatz der Kreditkarte die Abhebungen am Bankautomaten vorgenommen. Der Kläger hat geltend gemacht, er habe die PIN jeweils verdeckt eingegeben, beide Karten seien ihm jedoch „kurzzeitig entwendet“ worden. Er verlangte von der Beklagten Erstattung der ohne seine Zustimmung abgehobenen Beträge.

Das AG Frankfurt hat die Klage abgewiesen.

Unter Zugrundelegung des klägerischen Vorbringens hat es angenommen, dass die Zahlungsvorgänge ohne Zustimmung des Klägers erfolgten, so dass die Beklagte gemäß § 675u Satz 2 BGB zur Erstattung der Beträge verpflichtet sei. Gegen den Erstattungsanspruch könne sich die Beklagte jedoch erfolgreich mit einem Schadensersatzanspruch wegen grober Pflichtverletzung des Klägers zur Wehr setzen. Denn der Kläger habe geduldet, dass sich eine „weibliche Person“ mit der Zahlungskarte samt Lesegerät mehrfach nacheinander entfernt habe und mit der Information zurückgekommen sei, die Datenübermittlung sei gescheitert, oh-

ne dem Kläger jeweils einen Beleg über den Abbruch der Transaktion vorzulegen.

C. Kontext der Entscheidung

Die gemäß § 675e Abs. 1 BGB abschließende Legalordnung des Zahlungsdienstrechts stellt den Kunden (Zahlungsdienstnutzer) im Verhältnis zum Kreditinstitut bei nicht autorisierten Zahlungen im weitem Umfang von seiner Verantwortung für eingetretene Schäden frei. Es gilt das Haftungsregime der §§ 675v ff. BGB, wonach den Zahler nach § 675v Abs. 1 BGB nur eine Basishaftung von 50 Euro (früher 150 Euro) trifft und für andere Fälle das Missbrauchsrisiko weitgehend dem Zahlungsdienstleister zugewiesen ist.

Eine unbegrenzte Haftung für Missbrauchsschäden trifft den Zahler – in Fortschreibung der früher für Zahlungskarten geltenden vertraglichen Regelungen der Kartenaussteller – dann, wenn er den Schaden in betrügerischer Absicht ermöglicht oder durch vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung der Pflichten aus § 675l BGB oder der vereinbarten Bedingungen für die Ausgabe und Nutzung des Zahlungsinstruments herbeigeführt hat, § 675v Abs. 3 BGB (gültig ab 13.01.2018). Im Streitfall galt, was das Amtsgericht übersehen hat, allerdings noch § 675v Abs. 2 BGB a.F. (Art. 229 § 45 Abs. 2 EGBGB).

Bei Vorliegen eines qualifizierten Verschuldens ist die unbegrenzte Missbrauchshaftung des Zahlungsdienstnutzers begründet. Nach § 675l Satz 1 BGB besteht die Verpflichtung für den Zahler, unmittelbar nach Erhalt eines Zahlungsinstruments alle zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um die personalisierten Sicherheitsmerkmale vor unbefugtem Zugriff zu schützen. Weitere konkrete Sorgfalts- und Mitwirkungspflichten des Karteninhabers, insbesondere zur sorgfältigen Aufbewahrung der Karte und zur Geheimhaltung der PIN, ergeben sich darüber hinaus aus den AGB der Zahlungsdienstleister. Nach den Umständen des Einzelfalls ist jeweils zu beurteilen, welche zumutbaren Sicherheitsmaßnahmen der Zahler im konkreten Fall zu ergreifen hat.

Zu Recht hat sich das AG Frankfurt im Ausgangspunkt an der Leitentscheidung des BGH vom 29.11.2011 (XI ZR 370/10 - NJW 2012, 1277 m. Anm. Beesch/Willershausen, jurisPR-

BKR 9/2012 Anm. 1) orientiert. Hier hat der BGH noch für die Rechtslage vor Inkrafttreten des neuen Zahlungsdiensterechts (am 31.10.2009) ausgesprochen, dass bei missbräuchlichen Abhebungen an einem Geldautomaten unter Einsatz der Originalkarte und unter Eingabe der richtigen PIN der Beweis des ersten Anscheins dafür spricht, dass der Karteninhaber pflichtwidrig die PIN auf der Karte notiert oder gemeinsam mit dieser verwahrt hat (BGH, Urt. v. 29.11.2011 - XI ZR 370/10 Rn. 16). Auch im BGH-Fall fanden die missbräuchlichen Abhebungen im Rotlichtmilieu statt, nachdem der Karteninhaber seine Kreditkarte zur Zahlung in einem Amüsierlokal verwendet hatte.

Auch nach Umsetzung der neuen Zahlungsdienstrichtlinie (PSD 2) m.W.v. 13.01.2018 bleibt der Anscheinsbeweis im Zahlungsverkehr unter Geltung des § 675w BGB weiterhin zulässig (vgl. Beesch, jurisPR-BKR 11/2019 Anm. 1; Beesch in: Schulze/Grziwotz/Lauda, Gesetzesformulare BGB, 4. Aufl. 2020, § 675w Rn. 16 ff., Rn. 22 m.w.N.; Beesch in: NK-BGB, 3. Aufl. 2016, §§ 675v, 675w Rn. 29 m.w.N.; Omlor, BKR 2019, 105, 110). Im Besprechungsfall stand im Unterschied zum BGH-Fall nach dem unstreitigen Sachverhalt fest, dass bei den streitigen Transaktionen die Originalkarte verwendet worden ist (Besprechungsurteil Rn. 9). In einem solchen Fall bejaht der BGH – nach weiterer Klärung der Frage, ob das vom Zahlungsdienstleister und den die Geldautomaten betreibenden Instituten konkret genutzte Sicherheitssystem ein ausreichendes Sicherheitsniveau biete (BGH, Urt. v. 29.11.2011 - XI ZR 370/10 Rn. 37) – das Vorliegen eines typischen Geschehensablaufs und damit die Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises zugunsten des Zahlungsdienstleisters, der sich auf eine Pflichtverletzung des Zahlungsdienstnutzers (pflichtwidrige Verwahrung von Karte und PIN) beruft.

Im Streitfall geht es jedoch nicht um eine Haftung des Klägers wegen pflichtwidriger Verwahrung der verkörperten PIN als solche, sondern allgemein um die Pflicht zur Geheimhaltung der PIN (§ 675i Satz 1 BGB). Die Verhaltens- und Schutzpflichten des Zahlers beschränken sich nicht auf die räumliche Beziehung der notierten PIN zur Zahlungskarte. Pflichtwidrig ist nämlich jeder unsorgfältige Umgang des Zahlers mit den vom Zahlungsdienstleister eingeräumten Zahlungsinstrumenten. Einen solchen Pflichtverstoß hat das Amtsgericht hier zu Recht

angenommen. Zwar soll gemäß § 675w Satz 3 BGB a.F. aus der Eingabe der richtigen PIN „allein nicht notwendigerweise“ auf einen Sorgfaltsverstoß geschlossen werden können. Damit bringt das Gesetz aber lediglich zum Ausdruck, dass das Gericht die konkreten Gesamtumstände des Falles bei der Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO in den Blick nehmen muss und nicht schon allein aus der Verwendung der richtigen PIN den Schluss ziehen darf, der Zahler habe selbst die Zahlung autorisiert oder sei für sie einstandspflichtig (Beesch in: NK-BGB, §§ 675v, 675w Rn. 9; Schnauder/Beesch, jurisPR-BKR 4/2019 Anm. 1 unter C.I.2).

Das Amtsgericht hat im Rahmen der freien tatrichterlichen Beweiswürdigung zutreffend eine gravierende Pflichtverletzung i.S.d. § 675v BGB im Vorfeld der streitigen Abhebungen erblickt. Der Kläger hat es nämlich hingenommen, dass die Mitarbeiterin des Amüsierbetriebs das mobile Kartenlesegerät mit der Zahlungskarte nach Eingabe der PIN – offenbar unter Vorspiegelung eines falschen Sachverhalts (Besprechungsurteil Rn. 13) – jeweils „für einige Zeit“ aus seinem Sichtfeld und damit außerhalb seiner Kontrolle gebracht hat. Der Kläger hat sich damit bezüglich seiner Zahlungsinstrumente in ungewöhnlicher Weise sorglos und vertrauensselig verhalten und ist nicht einmal misstrauisch geworden, als man ihm wiederholt vom Scheitern der Datenübermittlung berichtete, ohne ihm einen entsprechenden Ausdruck über die mehrfachen Transaktionsversuche vorzulegen. Nach alledem waren die den Missbrauch begünstigenden Umstände der einzelnen Kartennutzungen gleichsam schon mit Händen zu greifen. Insoweit wich der hier zu beurteilende Sachverhalt vom BGH-Fall ab, in welchem der BGH revisionsrechtlich die Behauptung des Zahlungsdienstnutzers zugrunde legte, er habe „die Karte nach Einsatz am mobilen Terminal zurückerhalten, sie in seiner mit einem Reißverschluss versehenen Jackentasche verstaut und die Jacke während des Aufenthalts in dem Zimmer nicht aus den Augen gelassen“ (BGH, Urt. v. 29.11.2011 - XI ZR 370/10 Rn. 31).

D. Auswirkungen für die Praxis

Man kann davon ausgehen, dass bei weitem nicht alle Fälle des haftungsrelevanten fahrlässigen Fehlverhaltens der Zahlungsdienstnut-

zer von den Zahlungsdienstleistern zur gerichtlichen Entscheidung gestellt werden. Denn bei vielen Zahlungsvorgängen liegen die eine besondere Missbrauchsgefahr begründenden Umstände nicht so offen zu Tage wie im vorliegenden Besprechungsfall. Die Kartenausgeber sehen sich schon für die Inanspruchnahme des Anscheinsbeweises nach der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des BGH großen Hindernissen ausgesetzt. Denn die sich auf den Schadenersatzanspruch berufende Bank muss nicht nur im Bestreitensfall beweisen, dass die Originalkarte bei der missbräuchlichen Abhebung am Geldautomaten zum Einsatz kam (BGH, Ur. v. 29.11.2011 - XI ZR 370/10 Rn. 18). Sie muss darüber hinaus auch dartun und nachweisen, dass nicht nur das von ihr, sondern auch das von dem den jeweiligen Geldautomaten betreibenden Institut konkret genutzte Sicherheitssystem ein ausreichendes Sicherheitsniveau für die Anwendung des Anscheinsbeweises bietet (BGH, Ur. v. 29.11.2011 - XI ZR 370/10 Rn. 37). Die Überprüfung der technischen Abläufe setzt nach der Rechtsprechung regelmäßig eine kostspielige sachverständige Begutachtung voraus.

Diese hohen Beweishürden bilden häufig den Grund für die bankkaufmännische Entscheidung, gegen ein Erstattungsverlangen des Zahlungsdienstnutzers in Fällen dieser Art gerichtlich nicht zu Felde zu ziehen. Angesichts der im Streit stehenden (geringen) Transaktionssummen rechnet sich das gewöhnlich nicht.