

würden und bei Verfahrenseröffnung in Deutschland nach der *lex fori concursus* die §§ 112, 119 InsO auch für Lizenzverträge gelten würden, die ausländischem Recht unterstellt sind¹⁵⁷. Zudem würden die der Sanierung dienenden Vorschriften der §§ 112, 119 InsO letztlich in ihr Gegenteil verkehrt. Wenn Kündigung oder sonstige Vertragsauflösung nur zu einem der Antragstellung noch deutlich vorgelagerten Zeitpunkt möglich wären, würde - ähnlich wie im neuen Darlehensrecht - der Lizenzgeber praktisch bereits zu einem Zeitpunkt zur Kündigung gezwungen, in dem das Unternehmen als angeschlagen erscheint und dieses damit vielleicht erst in die endgültige Krise getrieben¹⁵⁸.

e) Stellungnahme

Beide Ansichten werden dem mit der Neuregelung in der InsO verfolgten Zweck nicht gerecht. Denn der Insolvenzverwalter, dem durch die §§ 112, 119 InsO die Unternehmensfortführung ermöglicht werden soll, kann dieser Aufgabe nur dann nachkommen, wenn er nach § 103 InsO die Möglichkeit hat, zu entscheiden, welche Vertragsbeziehungen er fortsetzt und welche nicht. Diese Entscheidung kann er aber nur treffen, wenn diese trotz der Verfahrenseröffnung noch fortbestehen. Eine auflösende Bedingung, die zum Wegfall der Lizenzverträge führt, würde daher noch stärker als eine Kündigungsmöglichkeit in die Rechte des Insolvenzverwalters eingreifen¹⁵⁹. Letztlich kann es keinen Unterschied machen, ob der Vertrag aufgrund einer Kündigung oder einer Auflösungsklausel endet. Ist erstere ausdrücklich untersagt, muss der Versuch, durch Vereinbarung einer auflösenden Bedingung das gleiche Ergebnis zu erzielen, als Umgehung des § 112 InsO ebenfalls unzulässig sein.

VII. Zusammenfassung

Soweit es die Verwertung seiner urheberrechtlich geschützten Werke betrifft, ist der Urheber im Falle der Insolvenz über sein Vermögen sehr weitgehend geschützt. Das Urheberrecht selbst fällt nicht in die Insolvenzmasse, sondern nur die übertragbaren Nutzungsrechte nach §§ 31 ff. UrhG.

Hat der Urheber diese noch nicht auf einen Dritten übertragen, so ist eine Verwertung der Nutzungsrechte durch den Insolvenzverwalter zugunsten der Masse ohne Einwilligung des Urhebers nach § 113 Satz 1 UrhG nicht möglich. Eine verweigerte Einwilligung kann weder erzwungen noch durch das Gericht oder den Insolvenzverwalter ersetzt werden.

Auch soweit der Urheber die Nutzungsrechte bereits durch eine ausschließliche oder eine einfache Lizenz an einen Dritten übertragen hat, bedarf die Verwertung durch den Insolvenzverwalter der Zustimmung des Urhebers nach § 34 Abs. 1 Satz 1 UrhG. Diese wird jedoch häufig bereits bei Abschluss eines Lizenzvertrags zum Inhalt des Vertrags gemacht. Im Übrigen ist der Urheber und Lizenzgeber nach § 34 Abs. 1 Satz 2 UrhG nicht berechtigt, die Zustimmung zu verweigern, sofern er keinen sachlichen Grund gegen die Weiterübertragung vorbringen kann, denn aufgrund der einmal erfolgten Übertragung der Nutzungsrechte zur Verwertung ist er weniger schutzwürdig. Von erheblichem Nachteil ist jedoch für den Insolvenzverwalter, dass ihn die Beweislast für den in der verweigten Zustimmung liegenden Verstoß gegen Treu und Glauben trifft.

Auf Lizenzverträge über die Nutzung urheberrechtlich geschützte Werke findet § 103 InsO Anwendung, da diese als Rechtspacht und damit als bis zum Ende der Vertragslaufzeit nicht vollständig erfüllte Dauerschuldverhältnisse einzuordnen sind. Der Insolvenzverwalter hat nach einer Prognose über den wirtschaftlichen Sinn einer Fortführung des Lizenzvertrags die Entscheidung über Erfüllung oder Erfüllungsablehnung zu treffen.

Für den Urheber und Lizenzgeber besteht seinerseits keine Möglichkeit zur Beendigung des Lizenzvertrages aus Anlass der Insolvenz des Lizenznehmers. Eine Kündigung durch den Lizenzgeber ist nach §§ 112, 119 InsO ausgeschlossen. Lösungsklauseln und Beendigungsklauseln für den Fall der Insolvenz stellen eine Umgehung der zwingenden Kündigungsbeschränkungen dar und sind gleichermaßen unwirksam.

¹⁵⁷ Hausmann, ZUM 1999, 914, 919; Gottwald, a.a.O. (Fn. 95), § 129 Rdn. 36; Adolphsen, DZWIR 2003, 228, 230; Hoffmann, ZInsO 2003, 732, 737.

¹⁵⁸ Treffer, MDR 2000, 1178, 1179.

¹⁵⁹ Cepl, NZI 2000, 357, 360; Kübler/Prütting/Tintelnot, a.a.O. (Fn. 96), § 112 Rdn. 13; Marotzke, a.a.O. (Fn. 110), § 119 Rdn. 4; v. Frentz/Marrder, ZUM 2001, 761, 763; Abel, NZI 2003, 121, 126; Reinhard/Lober, K&R 2003, 126, 127.

Die Risikoverteilung bei der Kreditkartenzahlung in Mailorder und E-Commerce

- Stand und Entwicklung nach der Grundsatzentscheidung des BGH vom 16. April 2002 = WM 2002, 1120 -

Von Priv.-Doz. Dr. Torsten Körper, LL.M., Göttingen

A. Einleitung

Die Globalisierung des Handels hat längst das deutsche Wohnzimmer erreicht. Telefonvertrieb und TV-Shops, vor allem aber der über das Internet abgewinkelte E-Commerce, machen den innerstaatlichen und zunehmend auch grenzüberschreitenden Fernhandel immer mehr von der Ausnahme zur Regel. Die wachsende Bedeutung des Fernabsatzes von Waren und

Dienstleistungen und die aufstrebenden, virtuellen und zugleich weltweiten Märkte für Software-, Musik- und Video-Downloads werfen die Frage nach angemessenen Zahlungsmöglichkeiten auf. Lastschriftinzug, Vorkasse oder Nachnahme werden von den Kunden aufgrund der damit verbundenen Risiken und Kosten oftmals nicht akzeptiert oder scheiden (wie die Nachnahme beim Softwaredownload) von vornherein aus. Moderne Verfahren wie „Ecash“ oder „Cybercoin“

konnten sich bisher nicht in nennenswertem Umfang durchsetzen¹. Eine einfache, komfortable und seit langem auch für den grenzüberschreitenden Verkehr etablierte Zahlungsmöglichkeit bietet die Kreditkarte.

Es nimmt daher nicht Wunder, dass sich die Zahlung per Kreditkarte selbst in Zeiten allgemeiner Kaufzurückhaltung auf dem Vormarsch befindet. Von einem „Abschied von der Kreditkarte“² kann keine Rede sein. Im Gegenteil hat sich allein der mit Visa-Karten getätigte E-Commerce-Umsatz in Deutschland im ersten Quartal 2003 im Vergleich zum Vorjahreszeitraum mehr als verdoppelt. Er stieg um 149 Prozent auf 187 Millionen Euro. Europaweit war im vierten Quartal 2002 ein Anstieg um 136 Prozent zu verzeichnen. In mehr als 31 Millionen Transaktionen wurden Zahlungen mit einem Gesamtvolumen von rund 2,5 Milliarden Euro vorgenommen³.

Kein Licht ohne Schatten: Mit der wachsenden Popularität der Kreditkarten stieg ihr Missbrauch geradezu exponentiell an, und auch insoweit nahm der E-Commerce eine (diesmal unrühmliche) Vorreiterrolle ein: 1999 entfielen zwar nur 1% des Kreditkartenumsatzes, aber 50% der potentiellen Missbrauchsfälle auf den über das Internet abgewickelten E-Commerce⁴. Die weltweiten Verluste der Online-Händler durch den Missbrauch von Kreditkarten im Internet beliefen sich schon im Jahr 2000 auf insgesamt 1,6 Mrd. US\$. Projiziert man die bisherige Entwicklung auf die Zukunft, so würden sie bis 2005 auf 15,5 Mrd. US\$ jährlich ansteigen⁵.

Hauptgrund für das hohe Missbrauchsrisiko ist, dass für eine Bestellung per Post, Telefon oder Fax (Mailorder) oder über das Internet (E-Commerce) regelmäßig bereits die Angabe der Kartennummer und des Ablaufdatums (also beliebig duplizierbarer Daten) ausreicht. Eine Überprüfung der Identität von Karteninhaber und Besteller, für die beim Präsenzgeschäft persönlicher Eindruck, laienhafter Unterschriftenvergleich und ggf. sogar ein auf die Karte gedrucktes Foto des Inhabers eine gewisse Gewähr bieten, ist im Fernabsatz nicht möglich. Dieses Problem trifft insbesondere den grenzüberschreitenden Handel. So hatte z.B. in einem vom OLG Naumburg entschiedenen Fall ein Betrüger Computerteile für über 70 000,- DM von einem deutschen Händler nach Rumänien liefern lassen und diese Lieferung unter Verwendung der Daten von insgesamt 15 amerikanischen Kreditkarten verschiedener Inhaber „bezahlt“ (sog. „Belegsplitting“)⁶. Als die Karteninhaber mit ihren Monatsabrechnungen von den Zahlungen erfuhr und den Karteneinsatz bestritten, war der Betrüger bereits buchstäblich „über alle Berge“. Dies wirft die Frage auf, wer für den Missbrauch von Kreditkartendaten durch unbefugte Dritte zu haften hat⁷.

B. Entwicklung und Stand der Risikoverteilung bei Mailorder und E-Commerce

I. Gesetzliche Freistellung des Karteninhabers

Der Karteninhaber haftet grundsätzlich nicht. Nach dem auf Art. 8 der EG-Fernabsatzrichtlinie beruhenden § 676h BGB kann ein Kreditinstitut Aufwendungsersatz für die Verwendung von Zahlungskarten (zu denen auch Kreditkarten gehören) nur verlangen, wenn diese nicht von einem Dritten missbräuchlich verwendet worden sind. Die Beweislast für die Erteilung der Weisung durch den wahren Karteninhaber (die ihrerseits Voraussetzung für den Aufwendungsersatzanspruch der

Emissionsbank ist) trägt die Bank⁸. Eine verschuldens-unabhängige Überwälzung des Risikos auf den Karteninhaber durch AGB ist unzulässig⁹. Der Karteninhaber haftet allenfalls auf Schadensersatz, wenn er seine Pflichten aus dem Vertrag mit der Emissionsbank verletzt. Besondere Haftungsrisiken geht der Karteninhaber auch insoweit regelmäßig nur dann ein, wenn er sich auf ein Sicherungsverfahren (PIN-Nummer, digitale Signatur etc.) einlässt. Bei Verwendung dieser Daten besteht nach h.M. ein Anscheinsbeweis gegen den Karteninhaber dahingehend, dass er selbst die Weisung erteilt oder jedenfalls schuldhaft Dritten Zugang zu PIN oder digitaler Signatur gewährt hat¹⁰. In der Preisgabe von Kartennummer und Ablaufdatum bei Bestellungen per Mailorder oder E-Commerce liegt dagegen keine Pflichtverletzung, sondern eine bestimmungsgemäße Verwendung der Kartendaten (ebenso wie in der Hingabe der Karte, auf der diese Daten frei ablesbar sind, beim Präsenzgeschäft).

II. AGB-mäßige Freistellung der Kartenunternehmen bis 2002

Eine gesetzliche Regelung der Risikoverteilung zwischen Kartenunternehmen (genauer: Akquisiteuren¹¹) und Vertragsunternehmen (Akzeptanzstellen, Händlern) fehlt. Die AGB der verschiedenen Akquisiteure zum Vertrag mit den Vertragsunternehmen (Akquisitionsvertrag, Händlervertrag) wiesen das Risiko des Missbrauchs der Kartendaten durch unbefugte Dritte im Fernabsatz durchweg allein den Vertragsunterneh-

¹ Vgl. dazu *Pichler*, Rechtsnatur, Rechtsbeziehungen und zivilrechtliche Haftung beim elektronischen Zahlungsverkehr im Internet, 1998, S. 4 ff. und 51 ff.; *ders.*, NJW 1998, 3234, 3235.

² So v. *Hippel*, ZRP 2000, 185; dagegen zu Recht *Schwarz*, ZRP 2001, 92.

³ Vgl. dazu die Visa Pressemitteilungen http://www.visa.de/presse/presse_internetumsatz.htm und http://www.visa.de/presse/presse_dreistelliges_wachstum.htm.

⁴ Vgl. *Kienholz*, Die Zahlung mit der Kreditkarte im Nah- und Fernabsatz, 2001, S. 17 Fn. 33 (zum Jahr 1999). Insgesamt wurde im Jahr 2000 nach Angabe der Euro Kartensysteme bei 0,1% der Kreditkartenzahlungen die Weisung durch den Karteninhaber bestritten (vgl. <http://www.heise.de/newsticker/data/ku-25.06.02-000/>).

⁵ Vgl. <http://www.heise.de/newsticker/data/mbb-22.01.01-000/>. In Deutschland belief sich der Schaden im Jahr 2000 z.B. bei Eurocard auf vergleichsweise bescheidene 6,1 Mio. Euro (vgl. <http://www.telarif.de/archiv/2001/kw10/s4561.html>) und dürfte damit insgesamt um die 15 Mio. Euro betragen haben.

⁶ Vgl. OLG Naumburg ZIP 2002, 1795; dazu *Medler*, ZIP 2002, 2112, 2115. Ein ähnlicher Sachverhalt lag auch einer Entscheidung des 7. Zivilsenats des OLG Frankfurt a.M. zugrunde, vgl. OLG Frankfurt a.M. NJW 2000, 2114; dazu *Medler*, NJW 2000, 2076, 2077.

⁷ Während bei den Drei-Parteien-Systemen American Express und Diners Club das gleiche Kartenunternehmen sowohl als Karteneinnehmer als auch als Akquisiteur (Akzeptanzstellenbetreiber) fungiert, fallen Emissionsbank (Kartenausgeber) und Akquisiteur (Akzeptanzstellenbetreiber) bei den bankgestützten Systemen Visa und Mastercard regelmäßig (beim grenzüberschreitenden Karteneinsatz sogar immer) auseinander, vgl. dazu *Reinfeld*, WM 1994, 1505, 1513 f.

⁸ Zur früher umstrittenen Qualifizierung des Karteneinsatzes als unwider-rufliche Weisung siehe jetzt BGH WM 2002, 2195, 2196 = WuB I D 5 a. - 2.03 T. *Hellner*.

⁹ Vgl. BGHZ 114, 238 = WM 1991, 1110 = WuB I D 5. - 7.91 *Fervers*; *Taupitz*, NJW 1996, 217, 219.

¹⁰ Vgl. *Pichler*, NJW 1998, 3234, 3238 f.; *Taupitz*, NJW 1998, 217, 223 f.; *ders.*, Zivilrechtliche Haftung bei Kreditkartenmissbrauch, 1995, S. 216 ff., insb. S. 220 ff.; *Langenbacher*, Die Risikoordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr, 2001, S. 264 ff. Über die Anforderungen an die Erschütterung dieses Anscheinsbeweises herrscht Unklarheit. Ließ der BGH dafür 1991 u.U. schon die Behauptung ausreichen, möglicherweise bei der PIN-Eingabe beobachtet worden zu sein (vgl. BGHZ 114, 238, 245 = WM 1991, 1110, 1112 = WuB I D 5 a. - 2.03 T. *Hellner*), stellen aktuelle instanzgerichtliche Entscheidungen deutlich strengere Anforderungen auf (vgl. etwa OLG Frankfurt a.M. WM 2002, 2101 = WuB I D 5 a. - 1.03 S. *Medler*; AG Nürnberg WM 1999, 1936 und WM 2003, 531; AG Hamburg WM 2003, 530). Wer sich auf ein scheinbar sicheres Verfahren einlässt, geht also u.U. ein größeres Haftungsrisiko ein als bei bloßer Angabe von Kartennummer und Ablaufdatum. Dieser Wertungswiderspruch lässt Zweifel an der Richtigkeit der h.M. aufkommen.

¹¹ Zur Aufgabenteilung zwischen den auf Seiten des Kreditkartenunternehmens agierenden Unternehmen siehe vorstehend Fn. 7.

men zu¹². Wenn ein Vertragsunternehmen bei einer Bestellung per Telefon oder Internet gemäß diesen „AGB-VU“ selbst einen Kreditkartenbeleg fertigte und den Vermerk „Mailorder“ eintrug, nahmen die Akquisiteure zwar zunächst eine Zahlung vor, obwohl die Unterschrift des Karteninhabers fehlte. Sie behielten sich jedoch durch sog. „Rückbelastungsklauseln“ vor, diese Zahlung bei Bestreiten der Weisung durch den Karteninhaber (sei es unter Berufung auf die eigene Geschäftsunfähigkeit, sei es bei Berufung auf einen Drittmisbrauch der Kartendaten) wieder rückgängig zu machen. Ein paralleler Anspruch gegen das Vertragsunternehmen ergab sich regelmäßig bereits daraus, dass die AGB-VU das Anspruchsverhältnis als Forderungskauf beschrieben, für den § 437 BGB vor der Schuldrechtsreform eine Veritätshaftung des Forderungsverkäufers vorsah¹³.

III. Wandel der Bewertung durch die Rechtsprechung

1. Eurocard-Entscheidung des BGH und instanzgerichtliche Rechtsprechung bis 2001

Der VIII. Zivilsenat des BGH erteilte der Ausgestaltung des Zahlungsanspruchs als Forderungskauf ebenso wie den Rückbelastungsklauseln 1990 in der sog. „Eurocard“-Entscheidung seinen Segen, ohne dadurch andere Konstruktionen, etwa als Garantie oder abstraktes Schuldversprechen auszuschließen¹⁴. Der Senat unterstrich, dass die AGB-mäßige Vereinbarung eines Forderungskaufs ebenso wenig wie die Rückbelastungsklauseln zu einer Gefährdung des Vertragszwecks führe, sondern im Gegenteil der besonderen Interessenlage beim Kreditkartengeschäft gerecht werde¹⁵.

Hatte diese Entscheidung noch einen Fall unerkannter Geschäftsunfähigkeit des Karteninhabers betroffen, so übertrugen der 7. und 19. Zivilsenat des OLG Frankfurt a.M. diese Auffassung trotz heftiger Kritik in der Literatur¹⁶ auf Fälle potentiellen Kreditkartenmissbrauchs durch unbefugte Dritte im Fernabsatz¹⁷. Der 7. Zivilsenat wies am 15. März 2000 darauf hin, dass der Betrüger als Vertragspartner des Händlers eher dessen Lager zuzurechnen sei und dass der Händler das Missbrauchsrisiko besser beherrschen könne als das Kartenunternehmen, welches in keinerlei Kontakt zum Betrüger stehe¹⁸. Der 19. Zivilsenat präziserte diese „Lagertheorie“ am 25. Juli 2001 dahingehend, dass Streitigkeiten darüber, ob die Bestellung erfolgt sei oder nicht, allein das Verhältnis zwischen Kunden und Vertragsunternehmen betreffen und daher auch in diesem Verhältnis auszutragen seien, während das Kartenunternehmen nur als neutrale Zahlstelle fungiere¹⁹. Beide Senate hielten sowohl die Qualifizierung des Anspruchsverhältnisses als Forderungskauf als auch die Rückbelastungsklauseln im Ergebnis für AGB-rechtlich angemessen.

Zwischen diese beiden Entscheidungen fiel ein entgegengesetztes Urteil des 2. Zivilsenats des OLG Frankfurt a.M. vom 21. Juli 2000. Der Senat ging entgegen dem Wortlaut der ihm vorgelegten AGB-VU (die von einem Forderungskauf sprachen) von einer Zahlungsgarantie des Akquisiteurs aus. Diese Garantie überspiele auch die Belastung der Vertragsunternehmen mit dem Veritätsrisiko aufgrund § 437 BGB a.F., weil die Annahme eines Forderungskaufs der „Bargeldersatzfunktion“ der Kreditkartenzahlung nicht gerecht werde. Die verschuldensunabhängige Risikozuweisung an die Händler durch die Rückbelastungs-

klausel erschien dem Senat unangemessen. Ebenso wie beim Präsenzgeschäft müsse das Vertragsunternehmen auch im Mailorder-Verfahren nicht das Risiko der fehlenden Identität zwischen Besteller und Karteninhaber tragen, wenn es die formellen Anforderungen der AGB-VU für die Annahme einer Kreditkarte eingehalten habe, zumal es bei Mailorder-Bestellungen eine höhere Servicegebühr zahlen müsse (3,5% statt 3,3%) und keine Möglichkeit habe, die Identität von Besteller und Karteninhaber zu überprüfen. Vielmehr seien es die Kartenunternehmen, die durch Zulassung und Ausgestaltung des Mailorder-Verfahrens in den AGB-VU ein in hohem Maße missbrauchsanfälliges Verfahren geschaffen hätten und daher auch die Missbrauchsfolgen tragen müssten²⁰.

2. Die Grundsatzentscheidung des BGH vom 16. April 2002

Der für das Bankrecht zuständige XI. Zivilsenat des BGH schloss sich im Revisionsverfahren (trotz der zwischenzeitlich ergangenen Entscheidung des 19. Zivilsenats des OLG Frankfurt a.M.) am 16. April 2002 der Auffassung des 2. Zivilsenats des OLG Frankfurt a.M. an und gab seine bisherige Position auf²¹. Der BGH erklärte den auf einen Forderungskauf gerichteten Wortlaut der AGB-VU zum Ausgangs-, aber nicht allein entscheidenden Gesichtspunkt. Es sei Sinn und Zweck des Kreditkartenverfahrens, dem Karteninhaber eine bargeldlose Zahlung zu ermöglichen und auch das Vertragsunternehmen so zu stellen, als habe es Bargeld erhalten (sog. „Bargeldersatzfunktion“). Diesem Ziel würden die Einordnung als Forderungskauf und die damit korrespondierende Rückbelastungsklausel nicht gerecht. Die Formulierung als Forderungskauf (statt als Garantie) sei vor dem Hintergrund des KWG zu sehen, das „Garantiegeschäfte“ einer Erlaubnispflicht unterworfen habe²². Zudem sprächen die AGB anderer Akquisiteure offen von einer „Garantie“, ohne dass da-

¹² Diese (im Folgenden als „AGB-VU“ bezeichneten) AGB sind in ihren Grundzügen auf der Grundlage der sog. „Interchange-Rules“ international harmonisiert. Die „Interchange-Rules“ regeln unmittelbar das Verhältnis innerhalb der Kartenorganisation (insbesondere zwischen Emissionsbank und Akquisiteur). Sie wirken mittelbar auf die AGB-VU ein (dazu eingehend *Reinfeld*, WM 1994, 1505 ff.). Im Detail können die AGB-VU je nach Akquisiteur variieren. Früher umfassten die AGB-VU für das Mailorder-Verfahren auch den E-Commerce, der heute wegen des höheren Missbrauchsrisikos oft gesondert geregelt ist.

¹³ Vgl. Abdruck verschiedener AGB der Akquisiteure bei *Kienholz*, a.a.O. (Fn. 4), S. 173 ff.

¹⁴ Vgl. BGH WM 1990, 1059 = WuB I D 5. - 5.90 *Hadding*. Der BGH akzeptierte in dieser Entscheidung lediglich die privatautonome Entscheidung der Parteien, ihr Rechtsverhältnis als Forderungskauf auszugestalten. Er traf keine Entscheidung zugunsten eines Leitbildes des Forderungskaufs (vgl. OLG Naumburg ZIP 2002, 1795, 1796, 1797; *Pfeiffer*, in: Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Kreditkartentvertrag, Stand: Januar 1995, Rdn. 17; missverständlich *Pichler*, NJW 1998, 3234, 3237; *Oechsler*, WM 2000, 1613, 1615; *Martinek/Oechsler*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2001, § 67 Rdn. 61).

¹⁵ Vgl. BGH WM 1990, 1059, 1061 = WuB I D 5. - 5.90 *Hadding*.

¹⁶ Vgl. etwa *Hadding*, in: WuB I D 5. - 5.90; *Pfeiffer*, a.a.O. (Fn. 14), Rdn. 16 ff.; *Martinek/Oechsler*, a.a.O. (Fn. 14), § 67 Rdn. 61 ff.

¹⁷ Vgl. OLG Frankfurt a.M. (7. Zivilsenat) NJW 2000, 2114, 2115; OLG Frankfurt a.M. (19. Zivilsenat) ZIP 2001, 1583, 1584 f. m. Anm. *Meder*; eingehend zur gespaltenen Rechtsprechung des OLG Frankfurt a.M. auch *Fiebig*, K&R 2002, 447, 450 f. Die Rechtsprechung des OLG Frankfurt a.M. ist für die Praxis besonders bedeutsam, weil die meisten Kreditkartenunternehmen in seinem Bezirk (Hessen) ihren Sitz haben

¹⁸ Vgl. OLG Frankfurt a.M. NJW 2000, 2114, 2115.

¹⁹ Vgl. OLG Frankfurt a.M. ZIP 2001, 1583, 1584 f. m. Anm. *Meder*.

²⁰ Vgl. OLG Frankfurt a.M. WM 2001, 984, 986 f. = WuB I D 5 a. - 3.01 *Felke*.

²¹ Nach Vorlage beim VIII. Zivilsenat gemäß § 132 Abs. 3 GVG, vgl. BGH WM 2001, 2158 = WuB I D 5 a. - 1.02 *Hadding* m. zust. Anm. = LM H. 4/2002 Bl. 626 m. krit. Anm. *Pfeiffer*.

²² Vgl. BGH WM 2002, 1120, 1121 = WuB I D 5 a. - 2.02 *G. Bitter* (zu § 32 Abs. 2 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 8 KWG a.F.).

durch ein grundsätzlich anderer Vertragsinhalt angestrebt werde. Da ein Forderungskauf schon mit Blick auf die Bargeldersatzfunktion der Kreditkartenzahlung nicht gewollt sein könne, sei bereits im Rahmen der „objektiven Auslegung“ der AGB nach einem anderen Leitbild zu suchen. Als solches biete sich mit der vorherrschenden Literaturlauffassung das abstrakte Schuldversprechen gemäß § 780 BGB an²³.

Nachdem der BGH auf diese Weise den früheren § 437 BGB als Orientierungsmuster für die AGB-Inhaltskontrolle ausgeschaltet hatte, erklärte er in einem zweiten Schritt auch die Rückbelastungsklausel für unangemessen im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 2 ABGB (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB), weil sie die Vertragsunternehmen verschuldensunabhängig mit dem vollen Missbrauchsrisiko belaste. Dies gefährde die Bargeldersatzfunktion der Kartenzahlung und damit die Erreichung des Vertragszwecks. Das Missbrauchsrisiko sei ein verfahrensimmanentes Risiko, das die Kartenunternehmen grundsätzlich selbst zu tragen hätten und auch wesentlich besser auffangen und über die Erhebung einer „Risikoprämie“ streuen könnten als einzelne Vertragsunternehmen. Im Ergebnis erklärte der BGH die Rückforderungsklausel für nichtig und verlagerte dadurch das Risiko des Drittmisbrauchs zunächst auf die Akquisiteure. Eine künftige Risiko- bzw. Schadensteilung aufgrund modifizierter AGB hielt der Senat zwar grundsätzlich für möglich. Maßstäbe für eine solche Risiko- bzw. Schadensteilung legte er aber nicht fest²⁴.

3. Praktische und rechtliche Konsequenzen des Rechtsprechungswandels

In ihrer praktischen Konsequenz erwies sich die Grundsatzentscheidung des BGH als eine Kraft, die zwar das Gute wollte, aber (jedenfalls zunächst) das Böse schaffte: Sie traf insbesondere den über das Internet abgewickelten E-Commerce. Die Akquisiteure kündigten erst einmal den Großteil der Mailorder-Verträge. Damit verschloss sich für viele kleine Versandhändler die Möglichkeit, ihre Leistungen über Kreditkarten abzurechnen. Auch in rechtlicher Hinsicht schuf die Entscheidung statt der angestrebten Klarheit eher Verunsicherung. Eine Verfassungsbeschwerde des unterlegenen Akquisiteurs B+S GmbH wurde zwar (zu Recht) gar nicht erst zur Entscheidung angenommen²⁵. Doch verweigerten mehrere Instanzgerichte - allen voran das OLG Naumburg - dem BGH offen die Gefolgschaft²⁶.

In der Literatur wurde der Rechtsprechungswechsel des BGH erwartungsgemäß kontrovers aufgenommen. Von manchen als „Meilenstein“ des Kreditkartengeschäfts gefeiert²⁷ wurde die Entscheidung von anderen als praxisferne, zum Kreditkartenmissbrauch im Fernabsatz geradezu einladende „schöne neue Einkaufswelt des BGH“ kritisiert²⁸. Im Folgenden soll ausgehend von der besonderen Interessenlage, die den Kreditkarteneinsatz in Mailorder und E-Commerce prägt, Stellung zur aktuellen Rechtsprechung des BGH genommen und eine erste Bewertung der neuen, infolge dieser Entscheidung geschaffenen AGB-VU versucht werden.

IV. Bewertung der aktuellen BGH-Rechtsprechung

Der BGH ist mit seiner Entscheidung der vorherrschenden Literaturlauffassung gefolgt, die schon zuvor

dafür eingetreten war, den Zahlungsanspruch des Vertragsunternehmens gegen den Akquisiteur unabhängig von der Formulierung der konkreten AGB-VU am Leitbild des abstrakten Schuldversprechens auszurichten. Dass ein solche Ausrichtung grundsätzlich möglich und praktikabel ist, wurde bereits vielfach erörtert²⁹. Dass die Entscheidung dem vom BGH zu entscheidenden Sachverhalt oder gar dem Kreditkarteneinsatz in Mailorder und E-Commerce gerecht wird, muss trotzdem bezweifelt werden. Es sind bereits Zweifel angebracht, ob der BGH überhaupt befugt war, sich bereits im Wege der Auslegung über die privatautonome Qualifizierung des Anspruchsverhältnisses als Forderungskauf hinwegzusetzen. Inhaltlich ist in Frage zu stellen, ob das Leitbild des Bargeldersatzes der Realität des Fernabsatzes per Mailorder und E-Commerce gerecht wird, ob die Risikozuweisung an die Vertragsunternehmen für den Kreditkarteneinsatz in Mailorder und E-Commerce wirklich unangemessen war und ob die vom BGH vorgeschlagene „Versicherungslösung“³⁰ im Vergleich dazu angemessener wäre. Schließlich bleibt unklar, welche konkreten Anforderungen der BGH-Rechtsprechung für die Ausgestaltung künftiger AGB-VU zu entnehmen sind.

1. Zur objektiven Auslegung der AGB-VU

Der Inhalt von AGB ist nach ständiger Rechtsprechung und ganz h.M. in der Literatur im Wege „objektiver Auslegung“, d.h. losgelöst von den individuellen Besonderheiten des Einzelfalles, zu ermitteln. Ausschlaggebend ist das typische, redliche Verständnis eines durchschnittlichen Angehörigen der von den AGB angesprochenen Verkehrskreise³¹. Dabei ist der Wortlaut zwar nur Ausgangspunkt der Auslegung³². Ist seine Bedeutung aber aus der Perspektive der angesprochenen Verkehrskreise eindeutig, so kann man im Wege der Auslegung nur dann zu einem abweichenden Ergebnis kommen, wenn sich in Zusammenschau mit anderen AGB-Klauseln Widersprüche auf tun³³ oder wenn andere Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Parteien dieses Ergebnis nach dem Sinn und Zweck der Vereinbarung nicht wirklich wollen, also eine rechtlich unbeachtliche „falsa demonstratio“ vorliegt. Lässt sich ein eindeutiger Parteiwille feststellen, so ist dieser Wil-

²³ Vgl. BGH WM 2002, 1120, 1122 = WuB I D 5 a. - 2.02 G. Bitter; präzisiert durch BGH WM 2002, 2195, 2196 = WuB I D 5 a. - 2.03 T. Hellner.

²⁴ Vgl. BGH WM 2002, 1120, 1123 f. = WuB I D 5 a. - 2.02 G. Bitter; zu einem möglichen Maßstab für die Sorgfaltsanforderungen an die Vertragsunternehmen siehe OLG Naumburg ZIP 2002, 1795, 1800.

²⁵ Vgl. dazu BKR 2002, 555; B+S Pressemitteilung (<http://www.bs-card-service.com/de/presse/pressemitteilungen/20062002.htm>); Bitter, ZIP 2002, 1219. Die Nichtannahmeentscheidung ist unveröffentlicht.

²⁶ Vgl. OLG Naumburg ZIP 2002, 1795, 1797 (siehe vorstehend bei Fn. 6); dem OLG Naumburg zustimmend Meder, ZIP 2002, 2112 ff.; s.a. AG Singen, Urt. v. 14.8.2002, 8 C 713/01 (unveröffentlicht, vgl. dazu ZIP 2002, 1795, 1801).

²⁷ So Pfeiffer, LM H. 4/2002, Bl. 630.

²⁸ So Bitter, ZIP 2002, 1219.

²⁹ Siehe nur Überblick bei Martinek/Oechsler, a.a.O. (Fn. 14), § 67 Rdn. 58 ff.

³⁰ Insoweit kritisch auch Bitter, in: WuB I D 5 a. - 2.02 („Versicherungslösung“); Langenbucher, BKR 2002, 119, 122 („Zwangsversicherung“).

³¹ Siehe nur BGH WM 2002, 1120, 1121 = WuB I D 5 a. - 2.02 G. Bitter; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des BGB, 8. Aufl. 1997, § 43 Rdn. 40; zurückhaltend Staudinger/Schlosser, 1998, § 5 ABGB Rdn. 18 ff.; Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl. 2004, § 305c Rdn. 16.

³² Insoweit noch übereinstimmend auch BGH WM 1990, 1059, 1060 = WuB I D 5. - 5.90 Hadding und BGH WM 2002, 1120, 1121 = WuB I D 5 a. - 2.02 G. Bitter.

³³ Vgl. Stoffels, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, 2001, S. 203.

le zu respektieren³⁴. Was die Parteien nach Auffassung des Gerichts „wollen sollen“ ist irrelevant³⁵. Eine „vernünftige Auslegung“ im Sinne einer gerichtlichen „Optimierung“ des Parteiwillens ist unzulässig, wenn Wortlaut und erkennbarer Parteiwille entgegenstehen³⁶. Was die Parteien „wollen dürfen“, darf das Gericht erst im Rahmen der von der Auslegung zu trennenden AGB-Inhaltskontrolle am Maßstab des zwingenden Rechts untersuchen³⁷.

Die dem BGH vorliegenden AGB-VU des Akquisiteurs B+S GmbH waren in ihrem Wortlaut eindeutig. Sie sprachen davon, dass die B+S alle fälligen Forderungen des Vertragsunternehmens gegen die Karteninhaber „kaufe“ und dass das Vertragsunternehmen zum ausschließlichen „Verkauf“ dieser Forderungen an die B+S verpflichtet sei (Nr. 2), ferner davon, dass das Vertragsunternehmen der B+S alle Forderungen gegen den Karteninhaber abtrete (Nr. 5), und dass bei Mailorder-Bestellungen ohne Vorlage der Karte die B+S zur Rückbelastung des an das Vertragsunternehmen gezahlten Betrages berechtigt sei, wenn der Karteninhaber die Bestellung bestreite (Nr. 7 Abs. 2, Rückbelastungsklausel)³⁸.

Juristische Termini wie „Kauf“ sind nach ganz h.M. wörtlich zu verstehen, wenn von den angesprochenen Verkehrskreisen erwartet werden kann, dass diese ihre Bedeutung kennen³⁹. Dies war hier der Fall, zumal beide Vertragsparteien Kaufleute waren. Die Rückbelastungsklausel bewirkte eine weitere Klarstellung⁴⁰. Die AGB-VU waren auch in sich widerspruchsfrei. Dass andere AGB-VU anderer Akquisiteure nicht von einem „Forderungskauf“, sondern von einer „Garantie“ sprachen, war als externer Umstand irrelevant - ganz abgesehen davon, dass die Qualifizierung als Forderungskauf mitsamt der Risikoüberweisung an die Vertragsunternehmen bei Eurocard/Mastercard und Visa in Deutschland (ebenso wie in den USA als Mutterland der Kreditkarte) klar dominierte⁴¹. Was die möglicherweise (ursprünglich) beabsichtigte Umgehung des KWG anlangt, genügt der Hinweis, dass das KWG die Bankaufsicht nicht an die Bezeichnung, sondern an den objektiven Inhalt der getätigten Bankgeschäfte knüpfte⁴². Das Rechtsverhältnis nur als Forderungskauf zu bezeichnen, hätte die Akquise daher nicht der Aufsicht entzogen. Zudem hielten die Akquisiteure an dieser Formulierung fest, obwohl Änderungen des KWG die Qualifikation als Forderungskauf, Garantie oder abstraktes Schuldversprechens bankaufsichtsrechtlich irrelevant werden ließen⁴³.

Schließlich erweist sich auch der Hinweis, die Parteien hätten keinen Forderungskauf gewollt, weil dieser nicht mit dem Leitbild einer umfassenden Bargeldersatzfunktion der Kreditkartenzahlung vereinbar sei, als *petitio principii*, denn ob dem Einsatz der Kreditkarte auch im Fernabsatz eine umfassende Bargeldersatzfunktion zukommt, kann erst durch Auslegung der AGB-VU ermittelt werden, und diese sprachen (insbesondere in der Rückbelastungsklausel) klar gegen eine solche Zweckrichtung⁴⁴. Vor allem aber ist zu berücksichtigen, dass sich das Mailorder-Verfahren entgegen der Auffassung des BGH in praktischer wie rechtlicher Hinsicht maßgeblich vom Präsenzbusiness unterscheidet⁴⁵. Bei der Präsenzzahlung mit Vorlage der Karte und Unterschriftvergleich werden die Vertragsunternehmen durch die AGB-VU durchweg verpflichtet, die Kartenzahlung „wie Bargeld“ zu akzeptieren⁴⁶. Dies lässt es interessengerecht erscheinen, sie auch in jeder Hinsicht so zu stellen, als hätten sie Bargeld erhalten⁴⁷. Bei der Zahlung durch Angabe der Kartendaten im Fern-

absatz (Mailorder, E-Commerce) war und ist das Vertragsunternehmen dagegen gerade nicht verpflichtet, die Kartenzahlung wie Bargeld (oder auch nur überhaupt) zu akzeptieren⁴⁸. Es geht auch kein Vorleistungsrisiko gerade im Vertrauen auf die Zahlung mit der Kreditkarte ein, weil im Fernabsatz eine Zug-um-Zug-Leistung gegen Barzahlung ohnehin ausscheidet⁴⁹. In Mailorder und E-Commerce ist die Kreditkartenzahlung daher keine Alternative zur Barzahlung, sondern zu anderen Formen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, bei denen der Anbieter regelmäßig ebenfalls das Vorleistungs- und damit auch Betrugsrisiko tragen muss⁵⁰. Die am Muster des Präsenzbusiness orientierte Bargeldanalogie des BGH läuft bei Übertragung auf den Fernabsatz nicht auf eine Gleichstellung der Vertragsunternehmen, sondern auf ihre Bes-

³⁴ So auch OLG Naumburg ZIP 2002, 1795, 1797; Langenbucher, BKR 2002, 119, 121; Heermann, JZ 2002, 1170, 1171; Werner, BB 2002, 1382, 1383; Meder, ZIP 2002, 2112, 2113.

³⁵ Dem Akquisiteur „nach dem Sinn und Zweck des Kreditkartenverfahrens“ zu unterstellen, er „wolle“ - entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut der AGB-VU und seinen Interessen zuwider - für die Verität der Forderung haften (so Hammann, Die Universalkreditkarte, 1991, S. 42 f.), hat nichts mehr mit Auslegung zu tun. Wo der wirkliche Wille feststeht, ist für eine solche Fiktion kein Raum.

³⁶ Vgl. BGH WM 1985, 605 = WuB IV B. § 9 AGBG 6.86 Westermann = NJW 1985, 1836, 1838; s.a. Langenbucher, a.a.O. (Fn. 10), S. 249 Fn. 1119; Stoffels, a.a.O. (Fn. 33), S. 207 („die Auslegung hat keine korrektorische Funktion“).

³⁷ Vgl. Freitag, ZBB 2002, 322, 325. Selbst wenn sich im zweiten Schritt einzelne, einem bestimmten Vertragstypus eigene Rechtsfolgen für das untersuchte Rechtsverhältnis als unangemessen erweisen sollten, bedeutet das noch nicht zwingend, dass auch das von den Parteien gewählte Rechtsinstitut insgesamt unangemessen oder untauglich zur Regelung des betreffenden Rechtsverhältnisses ist, so schon Taupitz, a.a.O. (Fn. 10), S. 63.

³⁸ Siehe Abdruck der AGB-VU der B+S (Stand: Oktober 1999) bei Kienholz, a.a.O. (Fn. 4), S. 173 ff. Gleichmaßen deutlich auf einen Forderungskauf ausgerichtet waren auch die (den Entscheidungen des BGH im Jahre 1990 und des OLG Naumburg im Jahre 2002 zugrundeliegenden) §§ 7 und 9 der AGB der Euro Kartensysteme, vgl. Abdruck bei Kienholz, ebda.

³⁹ Vgl. nur Staudinger/Schlosser, a.a.O. (Fn. 31), § 5 AGBG Rdn. 20; Palandt/Heinrichs, a.a.O. (Fn. 31), § 305c BGB Rdn. 16.

⁴⁰ Vor diesem Hintergrund könnte man sogar bereits die Auslegungsbedürftigkeit der AGB-VU in Zweifel ziehen, so wohl Reinfeld, WM 1994, 1505, 1506; Meder, WM 2002, 1993, 1994 f.

⁴¹ Bei Eurocard/Mastercard war das Verhältnis zwischen Akquisiteur und Vertragsunternehmen immer als Forderungskauf ausgestaltet. Dies folgte bereits aus der Verpflichtung der Emissionsbanken durch die „Interchange-Rules“, dem Akquisiteur ihrerseits die Forderungen abzukaufen (vgl. Reinfeld, WM 1994, 1505, 1511). Soweit ersichtlich verwendete auch bei Visa-Karten nur die Citybank in ihren AGB-VU die Bezeichnung „Garantie“, während alle anderen Akquisiteure von einem Forderungskauf ausgingen (vgl. Bitter, ZBB 1996, 104, 114; siehe Abdruck der AGB bei Kienholz, a.a.O. [Fn. 49], S. 173 ff.; zum US-Recht s.a. Martinek/Oechler, a.a.O. [Fn. 14], § 67 Rdn. 64).

⁴² Vgl. Stoffels, a.a.O. (Fn. 33), S. 207; s.a. vorausgehende Fußnote.

⁴³ Vgl. Langenbucher, a.a.O. (Fn. 10), S. 250. OLG Naumburg ZIP 2002, 1795, 1797. Seit dem 4. Finanzmarktförderungsgesetz 2002 sind die Geschäfte der Kreditkartenunternehmen unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung des Akquisitionsvertrages als Finanzdienstleistungen erlaubnispflichtig, vgl. §§ 1 Abs. 1a Nr. 8, 32 Abs. 1 KWG.

⁴⁴ Vgl. Langenbucher, BKR 2002, 119, 121. OLG Naumburg ZIP 2002, 1795, 1797.

⁴⁵ Dazu eingehend Kienholz, a.a.O. (Fn. 4), S. 76.

⁴⁶ Vgl. z.B. Nr. 1 der AGB-VU der B+S GmbH, abgedruckt bei Kienholz, a.a.O. (Fn. 4), S. 173 ff.

⁴⁷ Für diese Fälle ist die „Bargeldanalogie“ ursprünglich entwickelt worden (vgl. Pfeiffer, a.a.O. [Fn. 14], Rdn. 18 ff.; zu ihrer Beschränkung auf Fälle der Zahlung unter Vorlage der Karte s.a. Meder, NJW 2002, 2215; ders., WM 2002, 1993, 1995). Und nur in diesen Fällen trifft der Hinweis des BGH zu, das Vertragsunternehmen leiste im Vertrauen darauf vor, dass die Kreditkarte „so sicher wie Bargeld“ sei. Bargeschäfte sind typischerweise Zug-um-Zug-Geschäfte ohne Vorleistungsrisiko, bei denen es keine Rolle spielt, ob der Zahlende die Person ist, für die er sich ausgibt. Im Fernabsatz ist dieser Umstand dagegen immer relevant (vgl. Meder, NJW 2002, 2215; Taupitz, a.a.O. [Fn. 10], S. 116 ff.).

⁴⁸ Vgl. Meder, ZIP 2000, 1586, 1587. Die der BGH-Entscheidung zugrunde liegenden AGB-VU der B+S GmbH knüpfen die Akzeptanzpflicht beispielsweise an die Vorlage der Karte (Nr. 1, s. vorstehend Fn. 46).

⁴⁹ Vgl. Meder, WM 2002, 1993, 1995.

⁵⁰ Vgl. Freitag, ZBB 2002, 322, 329; Meder, ZIP 2002, 2112, 2115 Fn. 36; Bitter, ZIP 2002, 1219; s.a. monographisch Langenbucher, a.a.O. (Fn. 10).

erstellung im Vergleich zum Geschäftsabschluss ohne Kreditkarteneinsatz hinaus⁵¹. Den Parteien zu unterstellen, sie hätten trotzdem einen in jeder Hinsicht dem Präsenzggeschäft entsprechenden Bargeldersatz angestrebt, erscheint vor diesem Hintergrund als pure, nicht interessengerechte Fiktion. Der BGH hätte die privatautonome Entscheidung respektieren sollen, das Rechtsverhältnis als Forderungskauf auszugestalten. Der Umstand, dass die Privatautonomie beim Einsatz von AGB primär auf Seiten des Verwenders ausgeübt wird, ist ebenso wie Bedenken hinsichtlich der Angemessenheit dieser Regelung erst im Rahmen der AGB-Inhaltskontrolle zu berücksichtigen.

2. Zur AGB-Inhaltskontrolle

Eine AGB-Inhaltskontrolle ist unabhängig davon möglich, ob man mit der hier vertretenen Auffassung davon ausgeht, dass für den Akquisitionsvertrag weiterhin kein einheitliches Leitbild existiert oder ob man insoweit dem BGH folgt. Dies folgt schon aus der Unterscheidung zwischen einer Orientierung an den „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“ in § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB und der (bei Fehlen eines gesetzlichen Leitbildes ausschlaggebenden) „Natur des Vertrages“ und dem „Vertragszweck“ in § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB⁵². Die freiwillige Orientierung privat gesetzter AGB an einem gesetzlichen Leitbild schließt eine gerichtliche Inhaltskontrolle auch dann nicht aus, wenn die vereinbarte Risikoverteilung der gesetzlichen Musterregelung entspricht. Im Gegenteil unterliegt in einem solchen Fall bereits die privatautonome Qualifizierung selbst (z.B. als Forderungskauf) einer Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB⁵³.

Nach dieser Norm ist im Zweifel eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen, wenn eine AGB-Bestimmung „wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist“. Ausschlaggebend für die Ermittlung von Natur und Zweck des Vertrages ist die Interessenlage, die sich bei einem nicht gesetzlich typisierten Vertrag (und erst Recht bei komplexen „Rechtsprodukten“ auf dem Gebiet des Bank- und Versicherungsrechts) nicht sinnvoll ohne die Einbeziehung der den Vertragsinhalt näher ausgestaltenden AGB ermitteln lässt. Der Zweck der Mailorder- oder E-Commerce-Vereinbarungen ist entgegen der BGH-Rechtsprechung nicht auf einen Barzahlungersatz gerichtet, der eine umfassende Absicherung der Vertragsunternehmen gegen alle mit dem Fernabsatz zusammenhängenden Risiken einschließt⁵⁴. Er besteht darin, den Vertragsunternehmen eine vom Präsenzggeschäft abweichende, einfach zu handhabende Abrechnungsmöglichkeit für Distanzgeschäfte zur Verfügung zu stellen⁵⁵ und sie vom Bonitätsrisiko freizustellen⁵⁶, d.h. vom Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Karteninhabers, nicht aber vom Risiko der mangelnden Identität zwischen Karteninhaber und Besteller. Die vom BGH favorisierte „Zwangversicherung“ der Vertragsunternehmen durch die Akquisiteure gegenüber allen sich aus dem Fernabsatz ergebenden Risiken widerspricht nicht nur dem Parteiwillen. Sie ist auch ökonomisch fragwürdig, weil sie den so Versicherten jeden Anreiz nimmt, die Realisierung des Risikos zu vermeiden⁵⁷. Vorzugswürdig erscheint eine Lösung, die der Risikovermeidung grundsätzlich Vorrang vor der Risikoversicherung einräumt oder beide Aspekte sinnvoll kombiniert⁵⁸.

Was die Risikoverteilung nach Sphären anlangt, so ist es zwar richtig, dass es beim Fernabsatz auch für die Vertragsunternehmen schwierig ist, die Vertrauenswürdigkeit ihrer Kunden zu überprüfen. Doch bleiben sie trotzdem im Vergleich zu den Akquisiteuren als dem konkreten Geschäft am nächsten stehende Partei der „cheapest cost avoider“⁵⁹. Der Hinweis auf die Verantwortlichkeit der Kartenunternehmen für die Ausgestaltung des Mailorder-Verfahrens geht demgegenüber fehl, denn die Akquisiteure haben das Mailorder-Verfahren nicht „geschaffen“, sondern lediglich eine zuvor außervertraglich entwickelte Praxis in ihren AGB „verrechtlicht“. Die Risikozuweisung an die Vertragsunternehmen erscheint vor diesem Hintergrund angemessen. Dass sie durch die AGB der Akquisiteure erfolgte, tut dem keinen Abbruch. Zwar darf nach Maßgabe der BGH-Rechtsprechung zum Scheckrecht auch im kaufmännischen Verkehr per AGB keine verschuldensabhängige Haftung der anderen Partei angeordnet werden⁶⁰. Doch geht es vorliegend nicht um eine solche Haftung, sondern um die Begründung primärer Leistungspflichten des AGB-Verwenders⁶¹. Zudem stand es den Vertragsunternehmen nicht nur frei, zu diesen Bedingungen mit dem Akquisiteur zu kontrahieren oder nicht. Sie konnten auch in jedem Einzelfall der Mailorder- oder E-Commerce-Bestellung frei darüber entscheiden, ob sie das ihnen bekannte Missbrauchsrisiko vorbehaltlos eingehen, die Kartendaten nur in Verbindung mit einem elektronischen Sicherungssystem akzeptieren⁶² oder auf einer anderen Zahlungsart (z.B.

⁵¹ So schon *Etzorn*, WM 1991, 1901, 1904. Gegen eine Gleichstellung beider Verfahren daher auch *Freitag*, ZBB 2002, 322, 329; *Meder*, WM 2002, 1993, 1995; zweifelnd *Pfeiffer*, LM H. 4/2002, Bl. 630, 631; deutlicher *ders.*, a.a.O. (Fn. 14), Rdn. 21; a.A. *Härtling*, MDR 2002, 913, 914.

⁵² Ebenso *Freitag*, ZBB 2002, 322, 324 (unter Hinweis auf die Gesetzgebungsgeschichte zum AGBG); anders wohl *Joost*, ZIP 1996, 1685, 1686. Zu den diesbezüglichen Grenzen der AGB-Kontrolle in Bezug auf Gebührenklauseln siehe BGH WM 1997, 2244 = WuB I D 5 a. - 1.98 *Haun* = NJW 1998, 383. Seit der Schuldrechtsreform 2002 kommt hinzu, dass die Prüfung der Kontrollfähigkeit nach § 307 Abs. 3 BGB nur noch eine Ausnahmeregelung zur Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 2 BGB darstellt und dieser nicht mehr (wie früher im Zusammenspiel von §§ 8 und 9 AGBG) vorgeschaltet ist.

⁵³ Vgl. BGH WM 1990, 1059, 1061 = WuB I D 5. - 5.90 *Hadding*.

⁵⁴ Siehe soeben S. 567 nach Fn. 45; eingehend auch OLG Naumburg ZIP 2002, 1795, 1797; *Freitag*, ZBB 2002, 322, 328 ff.

⁵⁵ Vgl. *Langenbacher*, BKR 2002, 119, 122.

⁵⁶ Dazu eingehend *Kienholz*, a.a.O. (Fn. 4), S. 63 ff. und 155. Dies entspricht der klassischen Funktion der Kreditkarte, ihrem Inhaber „Kredit“ zu verschaffen (vgl. *Felke*, in: WuB I D 5 a. - 3.01) und auch der Regelung des § 438 BGB vor der Schuldrechtsreform.

⁵⁷ Vgl. *Bitter*, in: WuB I D 5 a. - 2.02 unter Berufung auf *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, 3. Aufl. 2000, S. 383; kritisch gegenüber einer Externalisierung von Risiken durch derartige Versicherungslösungen auch *Koller*, JZ 1997, 1068, 1070 (zum Scheckrecht).

⁵⁸ Vgl. nachstehend S. 569 (zu entsprechenden Ansätzen in den neuen AGB-VU); s.a. OLG Naumburg ZIP 2002, 1795, 1800 f.

⁵⁹ Deshalb wird seine Belastung mit dem Betrugsrisiko z.B. auch in den USA als Mutterland der Kreditkarte anerkannt, vgl. etwa *Mroz*, 19 N. III. U. L. Rev. 589, 609 (1999).

⁶⁰ Vgl. BGHZ 135, 116, 120 ff. (XI. Zivilsenat zum Risiko der Scheckfälschung) = WM 1997, 9101 = WuB I D 3. - 3.97 *Königden*; s.a. BGHZ 114, 238, 240 = WM 1991, 1110 = WuB I D 5. - 7.91 *Fervers* (zur Abwälzung des Missbrauchsrisikos auf den Karteninhaber).

⁶¹ Vgl. *Langenbacher*, a.a.O. (Fn. 10), S. 269. Eine Verteilung des Schadens aus Drittmisbrauchsfällen nach Verschuldensgesichtspunkten ist schon im stark vereinfachten Drei-Parteien-Modell des BGH schwierig. In der durch ein Zusammenwirken von vier und mehr (zudem häufig in verschiedenen Staaten ansässigen) Beteiligten gekennzeichneten Realität wird sie vollends illusorisch (siehe vorstehend Fn. 7 sowie *Reinfeld*, WM 1994, 1505, 1514; *Schön*, AcP 198 [1998], 401, 437; *Meder*, ZIP 2002, 2112, 2115). Gleiches gilt angesichts der Vielgestaltigkeit realer Fallgestaltungen für die in der Literatur vorgeschlagene Verpflichtung zur Schadensteilung anhand (letztlich willkürlich) gegriffener Größen (vgl. etwa *Heermann*, JZ 2002, 1170, 1172; s.a. *Taupitz*, NJW 1996, 217, 223).

⁶² Zu solchen Verfahren siehe etwa <http://www.bs-card-service.com/de/fernabsatze/sicherheit/sicherheit.htm> oder www.paypal.com.

Vorkasse oder Nachnahme) bestehen sollten. Ganz abgesehen davon, dass sie natürlich auch gänzlich auf den Geschäftsabschluss mit einem zweifelhaften Besteller verzichten konnten.

Der Hinweis, es sei beim Fernabsatz ebenso wie beim Präsenzgeschäft unangemessen, das Vertragsunternehmen mit dem Missbrauchsrisiko zu belasten, wenn es die ihm durch die AGB-VU auferlegten formellen Pflichten erfüllt habe⁶³, greift vor diesem Hintergrund ebenso zu kurz, wie derjenige auf die erhöhte Servicegebühr im Mailorder-Verfahren. Da im Mailorder-Verfahren außerhalb besonderer Sicherungsverfahren *niemand* zuverlässig die Identität von Besteller und Karteninhaber feststellen kann, dienen die in den früheren AGB-VU normierten formellen Kontrollpflichten allein der Ermittlung der *Bonität* der Karte. Lohn für ihre Erfüllung war dementsprechend auch nur eine Freistellung vom Bonitätsrisiko. Dass die Kreditkartenunternehmen bei Vorlagegeschäften das Risiko nicht offensichtlicher Unterschriftenfälschung trugen, war Korrelat der (ebenfalls nur bei diesen Geschäften bestehenden) Akzeptanzpflicht der Händler. Die leicht von 3,3 auf 3,5% erhöhte Servicegebühr für das Mailorder-Verfahren war Preis des erhöhten Aufwands bei der Bonitätsprüfung. Als Prämie für eine umfassende Missbrauchsversicherung war sie unzureichend⁶⁴. Die aktuelle BGH-Rechtsprechung ist daher auch hinsichtlich ihrer AGB-rechtlichen Wertungen abzulehnen.

C. Die neuen AGB-VU im Lichte der BGH-Rechtsprechung

I. Fortentwicklung in der Praxis nach dem Rechtsprechungswechsel

Der im Verfahren vor dem BGH unterlegene Akzeptanzstellenbetreiber B+S bietet den Vertragsunternehmen als Reaktion auf die geänderte Rechtsprechungslage jetzt verschiedene Vertragsmodelle an: neben einem Vertragsmodell ohne Zahlungsgarantie bei Bestreiten der Weisungserteilung im Fernabsatz (d.h. mit voller Risikoübernahme durch die Vertragsunternehmen bei entsprechend niedrigen Gebühren) werden Varianten mit der vom BGH gewünschten Zahlungsgarantie bei Erfüllung umfassender Auflagen seitens der Vertragsunternehmen und gegen Zahlung einer erhöhten Servicegebühr offeriert⁶⁵. Konnte man auf der Grundlage der alten AGB-VU noch argumentieren, den Vertragsunternehmen bleibe nur die Wahl, die AGB-VU zu akzeptieren oder gänzlich auf Kreditkartenzahlungen im Fernabsatz zu verzichten, so bestehen jetzt also echte Alternativen. Nach Auskunft der B+S GmbH wählten trotzdem nahezu 100% der Vertragsunternehmen das erste Modell, das praktisch genau der Regelung entspricht, die der BGH als ihnen gegenüber unangemessen verworfen hat. Parallele Erfahrungen mit ec-Kartenzahlungen ließen diese Entwicklung voraussehen. Auch dort ist die große Mehrheit der Akzeptanzstellen bereit, im (früher „wildem“ und inzwischen ebenfalls durch AGB „gezähmten“) elektronischen Lastschriftverfahren das Veritäts- und sogar das Bonitätsrisiko selbst zu tragen, um Bankgebühren einzusparen⁶⁶. In der Praxis ist das unsichere elektronische Lastschriftverfahren mehr als dreimal so verbreitet wie das sichere POS-Verfahren mit PIN-Nummer und Zahlungsgarantie der Bank gegen eine erhöhte Gebühr⁶⁷.

II. AGB-rechtliche Bewertung

1. Isolierte Betrachtung des Fernabsatzvertrages ohne Zahlungszusage

Überprüft man exemplarisch die neuen AGB-VU der B+S GmbH am Maßstab der aktuellen BGH-Rechtsprechung, so erscheint auf den ersten Blick zweifelhaft, ob das von der Praxis (nach wie vor) klar bevorzugte Modell eines „Fernabsatzvertrages ohne Zahlungszusage bei Bestreiten der Weisung durch den Karteninhaber“ einer AGB-Kontrolle standhalten kann. Zwar vermeiden die neuen AGB-VU eine Einordnung des Zahlungsanspruchs als Kaufpreis im Sinne eines Forderungskaufs und enthalten statt dessen eine Zahlungszusage, die sich als abstraktes Schuldversprechen deuten lässt, doch ist diese Zahlungszusage nicht nur an eine Reihe von Bedingungen geknüpft, sondern nach wie vor auch unter einen Rückbelastungsvorbehalt bei Bestreiten der Weisung gestellt⁶⁸. Nimmt man den BGH beim Wort, so müsste er diesem Vertragsmodell eigentlich eine AGB-rechtliche Absage erteilen, denn danach wird der Händler nach wie vor verschuldensunabhängig mit dem vollen Risiko einer missbräuchlichen Verwendung der Kartendaten belastet, obwohl die Kreditkartenunternehmen dieses „verfahrensimmanente Risiko“ nach (fehlgehender) Auffassung des BGH geschaffen und daher grundsätzlich selbst zu tragen haben⁶⁹ und obwohl diese Gestaltung nicht dem (angeblichen) Sinn und Zweck der umfassenden Bargeidersatzfunktion der Kreditkartenzahlung entspricht⁷⁰. Dieses Modell passt auch schwerlich durch die „Hintertür“, die der BGH offen ließ: Danach bestehen zwar keinerlei rechtliche Bedenken, gegen Klauseln, die das Missbrauchsrisiko „angemessen aufteilen“, doch betonte der BGH unmittelbar danach, dass die vollständige Abwälzung des Risikos auf die Vertragsunternehmen per se unangemessen sei⁷¹. Freilich ist auf der anderen Seite evident, dass dieses Modell von den Vertragsunternehmen klar bevorzugt wird, weil sie in ihrer großen Mehrzahl nicht an einer kostenpflichtigen Risikoversicherung durch die Akquisiteure interessiert sind.

⁶³ So schon *Taupitz*, NJW 1996, 217, 223.

⁶⁴ Vgl. *Meder*, ZIP 2000, 1586, 1588; *ders.*, NJW 2000, 2076, 2077.

⁶⁵ In den AGB werden Risikoversicherung und Risikovermeidung sinnvoll kombiniert und eine Versicherung nur für den Fall angeboten, dass das Vertragsunternehmen seinerseits erhöhte Anforderungen hinsichtlich der Risikovermeidung erfüllt bzw. an einem Sicherungsverfahren teilnimmt. Für die Einzelheiten vgl. Text der neuen AGB-VU (insb. Nr. 10), http://www.bs-card-service.com/de/artikel/download/fern_agb.pdf.

⁶⁶ Z.B. berechnet die Kreissparkasse Köln für eine POS-Zahlung (Point of Sale-Zahlung mit Zahlungsgarantie) mittels ec-Karte mit PIN-Nummer 0,3% des Umsatzes (mindestens 0,08 €). Bei einer POZ-Zahlung (ohne Zahlungsgarantie) fallen nur 0,05 € für die Abfrage der Sperrdatei an (vgl. http://www.ksk-koeln.de/do/de/FK_ZV_POS_UeberblickBezahlen.asp). Selbst auf diese Sperrabfrage verzichten die meisten Akzeptanzstellen und nehmen eine Abrechnung im elektronischen Lastschriftverfahren (ELV) vor, bei dem sie das volle Veritäts- und Bonitätsrisiko tragen müssen.

⁶⁷ Vgl. *Kienholz*, a.a.O. (Fn. 4), S. 72 (insb. Fn. 182).

⁶⁸ Vgl. Nrn. 3 (Bedingungen für die Kartenannahme), 4 (bedingte Zahlungszusage) und 10 (Rückbelastungsvorbehalt) der neuen AGB-VU in der Fassung 0103 (Fundstelle siehe vorstehend Fn. 65).

⁶⁹ So BGH WM 2002, 1120, 1123 mit einem eher irreführenden Hinweis auf BGHZ 114, 238, 245 = WM 1991, 1110 = WuB I D 5. - 7.91 *Fervers* (Der BGH vergleicht hier „Äpfel mit Birnen“, denn BGHZ 114, 238 betraf das Verhältnis zwischen Kartenunternehmen und Karteninhaber und damit eine ganz andere Interessenlage).

⁷⁰ Vgl. BGH WM 2002, 1120, 1121 = WuB I D 5 a. - 2.02 G. *Bitter*.

⁷¹ Vgl. BGH WM 2002, 1120, 1124 = WuB I D 5 a. - 2.02 G. *Bitter*.

2. Zur Bedeutung der Wahlmöglichkeit der Vertragsunternehmen

Der Verdacht AGB-rechtlicher Unangemessenheit bei isolierter Betrachtung der neuen AGB-VU rückt die Frage nach der Bedeutung der Wahlmöglichkeit der Vertragsunternehmen zwischen verschiedenen, jeweils durch AGB ausgestalteten Vertragsmodellen in den Vordergrund. Diese Wahlmöglichkeit verleiht den Regelungen einen „Zwittercharakter“: Einerseits sind alle Varianten vom Akquisiteur vorformuliert. Ein Aushandeln findet insoweit nicht statt. Andererseits steht es den Vertragsunternehmen aber immerhin frei, sich zwischen den verschiedenen Gestaltungen zu entscheiden. Die AGB-typischen Gefahren der einseitigen Ausnutzung der Vertragsfreiheit durch den Verwender oder des „Marktversagens“ wegen Nichtbeachtung der AGB durch den Verwendungsgegner werden dadurch stark reduziert.

Der BGH hat jüngst über die Frage entschieden, ob eine vorformulierte Vertragsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB als „ausgehandelt“ angesehen werden kann, wenn sie der Verwender als eine von mehreren Varianten anbietet, zwischen denen die andere Partei wählen kann. Der BGH hielt dies für möglich, wenn der Verwendungsgegner durch seine Wahl den Vertragsinhalt beeinflussen könne und seine Wahlfreiheit nicht durch Einflussnahme des Verwenders (z.B. durch die Gestaltung des Formulars) überlagert werde. In diesem Fall stehe es der Annahme eines Aushandelns auch nicht entgegen, dass eine Variante mit einem erhöhten Entgelt verbunden sei⁷². Die Voraussetzungen für ein solches „Aushandeln“ lassen sich hier im ersten Zugriff bejahen. Trotzdem wäre es kurz-sichtig, die zitierte Entscheidung ohne weiteres auf die vorliegende Problemstellung zu übertragen, denn ihr lag eine Wahlmöglichkeit zwischen mehreren, jeweils AGB-mäßig bestimmten Vertragslaufzeiten zu Grunde. Dabei handelte es sich um einen vergleichsweise einfach zu überschauenden Einzelaspekt. Die AGB-VU-Varianten zur Regelung der Risikoverteilung bei Bestreiten der Weisung durch den Karteninhaber sind im Vergleich dazu um ein Vielfaches komplexer. Sie enthalten jeweils eine Vielzahl vorformulierter Einzelregelungen, die nicht schlechthin einer AGB-Kontrolle entzogen sein können. Eine unangemessene Benachteiligung der anderen Partei wird grundsätzlich nicht dadurch aufgehoben, dass sie zwischen zwei oder mehr (möglicherweise jeweils unangemessenen) AGB-Varianten wählen kann.

Es erscheint sachgerechter, die nunmehr bestehende Wahlmöglichkeit erst im Rahmen der Angemessenheitskontrolle der einzelnen AGB-Varianten nach Art. 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB zu berücksichtigen. Als Muster kann eine ältere Entscheidung des VII. Zivilsenats des BGH zur Angemessenheit einer Haftungsklausel in den AGB einer Reinigung dienen. Die umstrittene Regelung beschränkte Schadensersatzleistungen der Reinigung für Beschädigung oder Verlust des Reinigungsgutes auf den 15fachen Betrag des Reinigungsentgelts. Sie wurde ergänzt durch ein unmittelbar folgendes Angebot, bei besonders wertvollen Teppichen, Museumsstücken etc. eine zusätzliche Versicherung abzuschließen. Der BGH entschied, dass die AGB-Verwenderin nicht verpflichtet sei, das bei der Bearbeitung wertvoller Teppiche und anderer kostbarer Gegenstände entstehende

Risiko durch eine allgemeine oder besondere Erhöhung des Reinigungsentgelts oder durch eine gegenüber ihren Kunden „erzwungene“ Versicherung abzudecken. Das Angebot einer zusätzlichen Versicherung reiche aus. Eine Kalkulation des Reinigungsentgelts, die ganz allgemein auch die volle Haftung für wertvolle Gegenstände einbeziehe, würde dagegen notwendigerweise zu einer jeden Kunden treffenden Preissteigerung führen und dadurch auch diejenigen (in der Praxis: 9 von 10) Kunden zusätzlich belasten, deren Interessen bereits ausreichend durch die Haftung mit dem 15fachen Reinigungsentgelt gewahrt seien. Die Eigentümer wertvoller Stücke hätten hiervon einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorteil, den die Klägerin durch die von ihr gewählte Differenzierung habe vermeiden dürfen⁷³.

Dieser Ansatz lässt sich auf die neuen AGB-VU übertragen, denn auch das Risiko eines Missbrauchs der Kreditkartendaten durch unbefugte Dritte im Fernabsatz ist je nach Geschäftsgegenstand und Betätigungsfeld des einzelnen Vertragsunternehmens höchst unterschiedlich zu bewerten: Während national operierende Anbieter geringwertiger Güter (z.B. von Büchern) bei Annahme von Kartendaten im Fernabsatz ein qualitativ wie quantitativ vergleichsweise geringes Risiko eingehen, ist der grenzüberschreitende Versand hochwertiger Gütern (z.B. von Computern) typischerweise mit hohen Risiken behaftet, die zudem je nach Zielland erheblich variieren⁷⁴. Vor diesem Hintergrund erschiene es unangemessen, die Masse der Versandhändler zu einer Mitversicherung einiger Hochrisikobranchen zu zwingen. Hinzu kommt, dass sich die Vertragsunternehmen für eine AGB-VU-Variante entscheiden müssen und daher (anders als im „Reinigungsfall“) noch nicht einmal Gefahr laufen, die Versicherungsmöglichkeit durch Nichtbeachtung der AGB zu übersehen. Die vollständige Überwälzung des Missbrauchsrisikos auf solche Vertragsunternehmen, die sich aus Kostengründen gegen eine Versicherung entscheiden, erscheint vor diesem Hintergrund selbst dann angemessen, wenn man im Übrigen der BGH-Rechtsprechung beipflichtet.

3. Fazit

Im Ergebnis scheint den Kreditkartenunternehmen die „Quadratur des Kreises“ gelungen zu sein. Durch Schaffung von Wahlmöglichkeiten der Vertragsunternehmen zwischen verschiedenen Regelungsmodellen haben sie der (partiell verfehlten) BGH-Rechtsprechung genügt und sie zugleich praktisch *ad absurdum* geführt - und das ist auch gut so. Dass es gleichwohl für die Zukunft wünschenswert erscheint, den E-Commerce durch moderne Verfahren wie „Verified by Visa“ oder „Mastercard SecureCode“ sicherer zu machen, steht auf einem anderen Blatt.

⁷² Vgl. BGH WM 2003, 445 = WuB IV A. § 305 BGB 1.03 F. v. Westfalen = NJW 2003, 1313, 1314.

⁷³ Vgl. BGHZ 77, 126, 133 = WM 1980, 898.

⁷⁴ Für ein Beispiel siehe OLG Naumburg ZIP 2002, 1795 (vorstehend bei Fn. 6). Die neuen AGB-VU der B+S GmbH berücksichtigen dies durch eine Differenzierung zwischen dem Fernabsatz auf traditionellen Wegen (Post, Fax, Telefon) und dem besonders risikoreichen E-Commerce über das Internet. S.a. Nr. 3.6 der neuen AGB der B+S GmbH zum Akquisitionsvertrag (vorstehend Fn. 65) sowie das Merkblatt „Risikoländer“ http://www.bs-card-service.com/de/artikel/download/fern_zusatzinfo_risikolaender.pdf.