



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KVR 13/19

vom

7. April 2020

in der Kartellverwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 7. April 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Prof. Dr. Kirchhoff und Dr. Tolkmitt sowie die Richterinnen Dr. Picker und Dr. Linder

beschlossen:

Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde in dem Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 30. Januar 2019 und die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens und des Rechtsbeschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen des Bundeskartellamts tragen die Betroffenen.

Der Gegenstandwert des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde und des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 5.000.000 € festgesetzt.

Gründe:

1. I. Die Betroffene zu 1 (nachfolgend DK) ist die gemeinsame Interessenvertretung der Spitzenverbände der De K , insbesondere der Betroffenen zu 2 bis 4. Die DK verfügt über keine eigene Infrastruktur, tritt aber in der Öffentlichkeit und insbesondere gegenüber Organen der Gesetzgebung sowie Verwaltungsbehörden einheitlich auf, wobei sie auf die Ressourcen ihrer Mitglieder zurückgreift.

- 2 Die Beigeladene zu 5 (nachfolgend: S) betreibt seit 2005 ein bankenunabhängiges Bezahlverfahren für den Internethandel, mit dem Zahlungen über das Online-Banking-Konto des Kunden ausgelöst werden. Dazu macht der Kunde die ihm von seinem Kreditinstitut mitgeteilten personalisierten Sicherheitsmerkmale für das Online-Banking (PIN und TAN) S zugänglich, die damit einen Zugang zum Online-Banking-Konto des Kunden herstellt, die Kontodeckung prüft und die Zahlung zugunsten des Internethändlers auslöst.
- 3 Die Beigeladene zu 6 (nachfolgend: G) ist aus einem Projekt der Spitzenverbände der De K als Alternative zu S entstanden. G betreibt seinen Zahlungsauslösedienst seit 2006.
- 4 Für die Vertragsbeziehung zwischen den Kreditinstituten und ihren Kunden erarbeitet die DK allgemeine Geschäftsbedingungen als Branchenstandards. Diese Bedingungen werden sodann von den in der DK zusammengeschlossenen Spitzenverbänden ihren jeweils angeschlossenen Kreditinstituten zur Nutzung empfohlen. Auf diese Weise wurden auch die von der DK erarbeiteten Online-Banking-Bedingungen 2009 (nachfolgend: OBB) von den in Deutschland tätigen Kreditinstituten zur Grundlage der Vertragsbeziehungen mit ihren Kunden gemacht. Danach durfte der Bankkunde seine personalisierten Sicherheitsmerkmale (PIN und TAN) nicht außerhalb der mit der Bank gesondert vereinbarten Internetseiten eingeben (Nr. 7.2 OBB); bei für ihn erkennbaren Verstößen gegen diese Verpflichtung musste er für daraus entstandenen Schaden in vollem Umfang haften (Nr. 10.2.1 OBB).
- 5 Mit Beschluss vom 29. Juni 2016 hat das Bundeskartellamt festgestellt, dass der Beschluss der DK über die Annahme der Online-Banking-Bedingungen hinsichtlich der Bestimmungen zu 7.2 und 10.2.1 sowie die Beschlüsse der Betroffenen zu 2 bis 4 über deren Annahme, Bekanntmachung und Empfehlung an die angeschlossenen Kreditinstitute rechtswidrig sind.

6 Nachdem die Betroffenen gegen diesen Beschluss Beschwerde eingelegt hatten, wurde in Umsetzung der Richtlinie (EU) 2015/2366 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (ABl. 2015 L 337/35) § 675f BGB mit Wirkung zum 13. Januar 2018 geändert. Danach ist der Zahlungsdienstnutzer nunmehr berechtigt, einen Zahlungsauslösedienst zu nutzen, wobei der kontoführende Zahlungsdienstleister die Nutzung dieses Dienstes nicht von einem Vertragsschluss zwischen ihm und dem Zahlungsauslösedienstleister abhängig machen darf. Die Betroffenen haben die vom Bundeskartellamt beanstandeten empfohlenen Geschäftsbedingungen daraufhin zum 13. Januar 2018 durch neue Regelungen ersetzt, die die Vorgaben des § 675f BGB berücksichtigen.

7 Soweit noch von Interesse, haben die Betroffenen mit ihren Beschwerden die Feststellung beantragt, dass der Beschluss des Bundeskartellamts rechtswidrig gewesen ist.

8 Das Beschwerdegericht hat die Beschwerden zurückgewiesen.

9 II. Gründe für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

10 1. Die Frage, ob sich die Kartellbehörde auch bei einem im Zeitpunkt ihrer Entscheidung noch andauernden Kartellrechtsverstoß darauf beschränken kann, den rechtswidrigen Zustand lediglich festzustellen, wenn ihr dies im Einzelfall ausreichend erscheint, ist nicht klärungsbedürftig. Sie ist vielmehr mit dem Beschwerdegericht zweifelsfrei zu bejahen. Die Möglichkeit des Bundeskartellamts, in Ausübung des ihm durch § 32 Abs. 1 GWB eingeräumten Ermessens in geeigneten Fällen eine isolierte Feststellung zu treffen, ergibt sich ohne weiteres aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der das gesamte öffentliche Handeln beherrscht und in § 32 Abs. 2 GWB ausdrücklich erwähnt ist. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit ist im Verhältnis zu einer Abstellungsverfügung das mildere Mittel, da die Feststellung zentrales und immanentes Begründungselement jeder Abstellungsverfügung ist. § 32 Abs. 3 GWB ist nicht

im Umkehrschluss zu entnehmen, dass eine isolierte Feststellungsverfügung vor Beendigung der Zuwiderhandlung unzulässig ist. Vielmehr sollen durch diese Vorschrift die Handlungsmöglichkeiten der Kartellbehörde sachgerecht erweitert, nicht aber die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vor Beendigung der Zuwiderhandlung beschränkt werden.

11 2. Ebenso wenig ist klärungsbedürftig, ob es sich bei einer formlosen Zusammenarbeit von Spitzenverbänden der Wirtschaft, wie hier der DK, die über keine eigene Infrastruktur verfügt, sondern lediglich auf die Ressourcen ihrer zusammenarbeitenden Spitzenverbände zurückgreift, um eine gemäß § 77 GWB am Verfahren vor der Kartellbehörde beteiligtenfähige, nicht rechtsfähige Personenvereinigung handelt. Der Begriff der nicht rechtsfähigen Personenvereinigung in § 77 GWB umfasst den Begriff der Unternehmensvereinigung im Sinne von § 1 GWB und Art. 101 AEUV. Er ist funktional und weit auszulegen und jedenfalls erfüllt, wenn eine Vereinigung Koordinationsmöglichkeiten im Hinblick auf das unternehmerische Verhalten ihrer unmittelbaren oder mittelbaren Mitglieder hat. Dies ist bei der DK unzweifelhaft der Fall.

12 3. Der von der Beschwerde zur bezweckten Wettbewerbsbeschränkung aufgeworfenen Frage fehlt bereits deshalb die Entscheidungserheblichkeit, weil nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts jedenfalls eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.

13 Darüber hinaus stehen die Erwägungen des Beschwerdegerichts zum Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung im Einklang mit den in ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union entwickelten Grundsätzen (vgl. nur EuGH, Urteil vom 11. September 2014 - C-67/13 P, WuW/E EU-R 3090 Rn. 48-54, 57 f, 70, 78 - Cartes Bancaires; Urteil vom 26. November 2015 - C-345/14, WuW 2016, 74 Rn. 16-20 - Maxima Latvija). Insbesondere ist der Rechtsprechung des Unionsgerichtshofs entgegen der

Ansicht der Nichtzulassungsbeschwerde nicht zu entnehmen, bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen seien nur solche Verhaltensweisen, die offensichtlich den Wettbewerb auf dem relevanten Markt verhindern, einschränken oder verfälschen. Vielmehr muss die bezweckte Wettbewerbsbeschränkung nicht bereits auf den ersten Blick erkennbar sein; entscheidend sind ihr Inhalt, die damit verfolgten Ziele sowie der wirtschaftliche und rechtliche Zusammenhang, in dem die beanstandete Vereinbarung steht. Dafür bedarf es in aller Regel einer eingehenden Analyse der Vereinbarung, aufgrund deren sich eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dann im Ergebnis unzweifelhaft zu ergeben hat. Diese Analyse hat das Beschwerdegericht durchgeführt.

14 4. Der Beschluss des Beschwerdegerichts weicht nicht von dem zu § 675I BGB aF ergangenen Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26. Januar 2016 (XI ZR 91/14, BGHZ 208, 331 Rn. 58) ab. In dieser Entscheidung hat der XI. Zivilsenat die Anwendbarkeit der Grundsätze der Anscheinsvollmacht und des Handelns unter fremdem Namen im Zusammenhang mit der unbefugten Verwendung von PIN und TAN durch eine andere Person als den Kontoinhaber geprüft und in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass nach dem Vertrag zwischen Bank und Kunde bei Nutzung eines ohnehin nach § 675I BGB geheim zu haltenden Authentifizierungsinstruments eine Bevollmächtigung Dritter ausgeschlossen sei. Abgesehen davon, dass damit, wie das Beschwerdegericht zutreffend ausgeführt hat, noch nichts über die Vereinbarkeit einer etwaigen Bevollmächtigung eines Zahlungsauslösedienstleisters mit § 675I BGB aF gesagt ist, sind die Ausführungen des Bundesgerichtshofs für die angeführte Entscheidung ebenso wenig tragend wie die von der Beschwerde selbst als obiter dictum bezeichneten Ausführungen des 4. Strafsenats in einem Beschluss vom 23. November 2016 (4 StR 464/16, juris Rn. 4).

15 5. Gegenstand der angefochtenen Feststellung ist eine Verhaltenskoordinierung der deutschen Kreditinstitute. Infolgedessen stellt sich keine Fra-

ge nach den Grenzen der vertraglichen Regelung von Sorgfaltspflichten in individuellen Kundenbedingungen von Unternehmen der Digitalwirtschaft.

16 6. Das Beschwerdegericht hat auch nicht willkürlich eine Vorwirkung der zweiten Zahlungsdiensterichtlinie vor dem Ablauf ihrer Umsetzungsfrist angenommen. Es hat vielmehr lediglich ergänzend auf die bereits während der Übergangsfrist ab 12. Januar 2016 von den Mitgliedstaaten zu beachtenden Vorschriften des Art. 115 Abs. 5 und 6 der Richtlinie Bezug genommen.

17 7. Ebenso wenig ergibt sich ein Zulassungsgrund aus aufsichtsrechtlichen Vorgaben der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Entgegen der Ansicht der Beschwerde gilt das BaFin-Rundschreiben Nr. 4/2005 nach seinem Titel I Nr. 11 ausdrücklich nicht für Zahlungsauslösedienste.

18 III. Die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde bleibt ebenfalls ohne Erfolg. Eine Gehörsverletzung ist nicht dargetan.

19 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist nicht schon dann verletzt, wenn das Beschwerdegericht nicht jeden von einem Beteiligten vorgebrachten Gesichtspunkt ausdrücklich erörtert (st. Rspr.; s. nur BGH, Beschluss vom 12. Juli 2013 - KVR 11/12, WuW/E DE-3967 Rn. 4; Beschluss vom 23. September 2014 - KVZ 82/13, WuW DE-R 4475 Rn. 7 - Xella). Vielmehr kann eine Versagung des rechtlichen Gehörs ohne weitere Hinweise darauf, dass Vorbringen nicht erwogen worden ist, grundsätzlich nur dann angenommen werden, wenn das Gericht auf den Kern des Vortrags eines Beteiligten zu einer bedeutsamen und auch vom Standpunkt des Gerichts entscheidungserheblichen Frage nicht eingeht (BVerfGE 86, 133, 146; BGH, Beschluss vom 27. Juni 2007 - X ZB 6/05, BGHZ 173, 47 Rn. 31). Dies zeigt die Rechtsbeschwerde nicht auf.

20 Das Beschwerdegericht hat insbesondere weder den Inhalt der Online-Banking-Bedingungen 2009 verkannt oder den umfangreichen Vortrag der Betroffenen zur Sicherheit im Online-Banking, zur Reduzierung von "Phishing"-Risiken und zu Unterschieden zwischen den Diensten der S und der G unbeachtet gelassen, noch entscheidungserheblichen Vortrag der Betroffenen zur Möglichkeit eines Zertifizierungsverfahrens für Zahlungsauslösedienste übergangen. Auf die vom Beschwerdegericht angenommene Banken-
nähe von G kam es für seine Entscheidung schon nicht an. Schließlich ist das Beschwerdegericht auch nicht gehörswidrig davon ausgegangen, das Geschäftsmodell der S sei durch den Richtliniengeber ohne weiteres gebilligt, sondern hat lediglich der Richtlinie eine grundsätzliche Anerkennung der Tätigkeit bankenfremder Zahlungsauslösedienste entnommen.

21 IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 GWB.

Meier-Beck

Kirchhoff

Tolkmitt

Picker

Linder

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 30.01.2019 - VI-Kart 7/16 (V) -