



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

XI ZR 375/00

Verkündet am:  
25. September 2001  
Herrwerth,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

vom

25. September 2001

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 25. September 2001 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe und die Richter Dr. Siol, Dr. Müller, Dr. Joeres und Dr. Wassermann

beschlossen:

An den VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs wird gemäß § 132 Abs. 3 GVG folgende Anfrage gerichtet:

Wird an der Rechtsauffassung festgehalten, daß das Vertragsverhältnis zwischen Kreditkartenunternehmen (Kartenemittenten oder Acquiring-Unternehmen) und Vertragsunternehmen als Forderungskauf anzusehen ist?

Gründe:

I.

Die Klägerin, ein Acquiring-Unternehmen des Kreditkartengewerbes, nimmt den Beklagten, der als Inhaber eines Vertragsunternehmens einen EDV-Handel betreibt, auf Rückgewähr von vier Zahlungen für Kreditkartengeschäfte im sogenannten Telefon- oder Mailorderverfahren in Anspruch.

Die Parteien schlossen am 11. Oktober 1995 einen "VISA/ELECTRON-Exklusiv-Vertrag" und am 21. Januar 1997 einen zusätzlichen Vertrag über die Akzeptanz von VISA-/ELECTRON-Karten bei sogenannter Telefon- oder Mailorder, d.h. bei schriftlicher oder telefonischer Bestellung ohne Vorlage der Karte. Nach den zugrunde liegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin (im folgenden: AGB) ist der Beklagte verpflichtet, Waren an Inhaber der VISA-/ELECTRON-Karte bei Vorlage der Karte ohne Barzahlung zu verkaufen. Die Klägerin "kauft" gemäß Ziffer 2 der AGB "alle fälligen Forderungen des Vertragsunternehmens gegen Karteninhaber gemäß diesem Vertrag". Das Vertragsunternehmen "verkauft" die Forderungen ausschließlich an die Klägerin. Nach Ziffer 5 der AGB tritt das Vertragsunternehmen "alle Forderungen gegen Karteninhaber aus Lieferungen und Leistungen, die unter Verwendung einer Karte gemäß diesem Vertrag begründet wurden", an die Klägerin ab; diese wiederum trifft die Pflicht, dem Vertragsunternehmen die aus den eingereichten Karten-Transaktionen sich ergebenden Beträge abzüglich einer Servicegebühr "zur Zahlung anzuweisen".

Während Karteninhaber bei Ladengeschäften einen Belastungsbeleg zu unterzeichnen haben, brauchen sie im Telefon- oder Mailorderverfahren nur die Nummer und die Gültigkeitsdauer ihrer Kreditkarte anzugeben. Für das Vertragsunternehmen entfällt dann gemäß Ziffer 15 der AGB die Prüfung der Unterschrift. Die Rückbelastung von Vertragsunternehmen regelt Ziffer 7 Abs. 2 der AGB wie folgt:

"Bei schriftlicher oder telefonischer Bestellung von Waren oder Dienstleistungen ohne Vorlage der Karte (Telefonorder/Mailorder) ist B. zur Rückbelastung des Vertragsunternehmens berechtigt,

wenn der Karteninhaber sich weigert, den gesamten Rechnungsbetrag zu zahlen, weil er von der Bestellung zurückgetreten ist, der Ware oder Leistung schriftlich zugesicherte Eigenschaften fehlen, oder sie nicht einer schriftlichen Produktbeschreibung entspricht, oder weil er die Bestellung oder die Echtheit der Unterschrift bestreitet. Dieses Rückgriffsrecht wird nicht durch eine erteilte Genehmigungsnummer eingeschränkt."

Die von der Klägerin einbehaltene Servicegebühr beträgt bei Ladengeschäften 3,3% und im Mailorder-Verfahren 3,5%.

Gegenstand des Rechtsstreits sind vier Telefon- bzw. Mailorder-Transaktionen, die am 2., 21. und 23. April 1997 unter Verwendung verschiedener VISA-Kartennummern erfolgten. Die Klägerin zahlte hierauf insgesamt 20.423,83 DM an den Beklagten. In allen Fällen bestritten die jeweiligen Karteninhaber die Bestellungen, so daß die kartenausgebenden Banken gegenüber der Klägerin die Zahlung verweigerten. Die Klägerin verlangt deshalb die Rückzahlung der 20.423,83 DM nebst Zinsen.

Die Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter.

## II.

1. Die Entscheidung über die Revision hängt davon ab, ob das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien als Forderungskauf anzusehen ist und der Klägerin gegen den Beklagten ein Anspruch gemäß §§ 437 Abs. 1, 440 Abs. 1, 325 Abs. 1 BGB auf Rückgewähr der gezahlten Beträge zusteht.

2. Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in einem vergleichbaren Fall (Urteil vom 2. Mai 1990 - VIII ZR 139/89, WM 1990, 1059) den Rahmenvertrag zwischen Kreditkartenausgeber und Vertragsunternehmen als Forderungskauf angesehen. Für diese Auslegung spreche der Wortlaut des Vertrages, in dem die Parteien ausdrücklich den Begriff "Kauf" verwandt und einen dem Rückforderungsrecht gemäß §§ 437 Abs. 1, 440 Abs. 1, 325 Abs. 1 BGB entsprechenden Erstattungsanspruch vorgesehen hätten. Der zwischen Kartenausgeber und -inhaber üblicherweise vereinbarte Ausschluß von § 404 BGB stehe der Annahme eines Forderungskaufs nicht entgegen. Die Vereinbarung eines Forderungskaufs sei auch nicht gemäß § 9 AGBG unwirksam. Das Vertragsunternehmen werde durch die Übertragung des Veritätsrisikos aufgrund der Gewährleistungsregelung gemäß § 437 BGB nicht unangemessen benachteiligt. Das Risiko, in Fällen der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts mit dem Karteninhaber keinen Entgeltanspruch für schon erbrachte Leistungen zu erwerben, bestehe für das Vertragsunternehmen bei Bargeschäften in gleicher Weise.

3. Der XI. Zivilsenat möchte dieser Rechtsprechung nicht folgen. Er ist der Ansicht, daß das Vertragsverhältnis zwischen Kreditkartenunternehmen und Vertragsunternehmen nicht als Forderungskauf anzusehen, sondern daß die vertragliche Zahlungszusage des Kreditkartenunternehmens gegenüber Vertragsunternehmen als abstraktes Schuldversprechen gemäß § 780 BGB auszulegen ist. Er ist ferner der Auffassung, daß die in den Vertragsbedingungen des Akquisitionsvertrages zum Telefon-/Mailorderverfahren getroffene Vereinbarung eines Erstattungsan-

spruches des Kreditkartenunternehmens in Fällen, in denen der Karteninhaber - wie vorliegend - die Bestellung beim Vertragsunternehmen bestreitet, gemäß § 9 Abs. 1 und 2 Nr. 2 AGBG unwirksam ist. Der XI. Zivilsenat möchte die Revision der Klägerin deshalb zurückweisen. Daran sieht er sich jedoch durch die genannte Entscheidung des VIII. Zivilsenats gehindert. Dies ist der Grund für die auf § 132 Abs. 3 GVG beruhende Anfrage.

4. Die Klägerin hat gegen den Beklagten keinen Schadensersatzanspruch gemäß §§ 437 Abs. 1, 440 Abs. 1, 325 Abs. 1 BGB, weil die Parteien keinen Kaufvertrag über Forderungen geschlossen haben.

a) Das Urteil des VIII. Zivilsenats vom 2. Mai 1990 - VIII ZR 139/89, WM 1990, 1059, das einen Forderungskauf bejaht, hat in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und der Literatur Zustimmung (OLG Schleswig WM 1991, 453; OLG Köln WM 1995, 1914, 1916; OLG Frankfurt ZIP 2001, 1583, 1586; MünchKomm/Hüffer, BGB 3. Aufl. § 783 Rdn. 80 e; Soergel/Huber, BGB 12. Aufl. vor § 433 Rdn. 304 a; Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG 9. Aufl. Anhang §§ 9-11 Rdn. 454 a; Schwintowski/Schäfer, Bankrecht § 6 Rdn. 25 ff.; Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate 2. Aufl. S. 221 f.; Ahrens, Wertpapiere in bargeldlosen Zahlungssystemen S. 31 ff.; Eckert EWiR 1990, 1059; Hönn ZBB 1991, 6, 12; Köndgen NJW 1992, 2263, 2271 f.; Häde ZBB 1994, 33, 37; Reinfeld WM 1994, 1505, 1506), aber auch Kritik erfahren (vgl. Staudinger/Martinek, BGB 13. Bearb. § 675 Rdn. B 99 ff.; Staudinger/Köhler aaO Vorbemerkung zu §§ 433 ff. Rdn. 51; Martinek/Oechsler, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch 2. Aufl. § 67

Rdn. 64 ff.; MünchKomm HGB/Hadding ZahlungsV Rdn. G 22; ders. in Hadding/Nobbe, RWS-Forum 17 Bankrecht 2000 S. 51, 58; Pfeiffer, in: v. Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Kreditkartenvertrag Rdn. 16 f.; Hammann, Die Universalkreditkarte S. 41 ff.; Kienholz, Die Zahlung mit Kreditkarte im Nah- und Fernabsatz S. 153 ff.; Bitter ZBB 1996, 104, 114 ff.; ders., BB 1997, 480, 484 f.; Einsele WM 1999, 1801, 1802; Oechsler WM 2000, 1613, 1614 f.).

b) In Übereinstimmung mit dem zuletzt zitierten Schrifttum möchte der Senat Verträge zwischen Kreditkarten- und Vertragsunternehmen nicht als Forderungskauf auslegen.

aa) Die Auslegung hat, da sie Allgemeine Geschäftsbedingungen betrifft, nach objektiven Maßstäben, d.h. nach dem typischen Verständnis redlicher Vertragspartner unter Abwägung der Interessen der an den Geschäften dieser Art normalerweise beteiligten Kreise zu erfolgen (st.Rspr., zuletzt BGH, Urteil vom 15. November 2000 - VIII ZR 322/99, WM 2001, 1028, 1030). Dabei ist der Wortlaut der Vertragsklausel, in dem der Begriff "Kauf" verwandt wird, lediglich der Ausgangs-, aber nicht der allein entscheidende Gesichtspunkt. Die Bedeutung des Vertragswortlauts wird bereits dadurch eingeschränkt, daß er früher vor allem auch dem Zweck diene, Kreditkartenunternehmen der Erlaubnispflicht zu entziehen, die § 32 Abs. 1 i.V. mit § 1 Abs. 1 Nr. 8 KWG für Garantiegeschäfte betreibende Kreditinstitute vorschrieb (vgl. Martinek/Oechsler aaO Rdn. 64). Nach Inkrafttreten des § 1 Abs. 3 Nr. 4 KWG am 1. Januar 1993 ist dieser Zweck entfallen. Zudem ist der Wortlaut der von den verschiedenen Kreditkartenunternehmen verwandten Allgemeinen Ge-

schäftsbedingungen nicht einheitlich. Neben dem Begriff des Kaufes findet auch der der Garantie Verwendung (vgl. die Nachweise bei Hammann aaO S. 40; Kienholz aaO S. 184 ff.; Bitter ZBB 1996, 104, 114), ohne daß damit wesentliche Unterschiede in der praktischen Ausgestaltung und Durchführung der Vertragsverhältnisse einhergingen. Nichts spricht dafür, daß die daraus resultierende Gefahr der Rechtszersplitterung von den an Akquisitionsverträgen typischerweise beteiligten Verkehrskreisen gewollt ist und als interessengerecht angesehen wird. Geschäftswille und Interessenlage von Kreditkarten- und Vertragsunternehmen legen es vielmehr nahe, Akquisitionsverträge generell einem einheitlichen Vertragstyp zuzuordnen.

bb) Dies kann nach dem Sinn und Zweck des Kreditkartenverfahrens nicht der Forderungskauf sein. Das Kreditkartenverfahren soll die bargeldlose Zahlung des Karteninhabers an das Vertragsunternehmen ermöglichen, weist der Kreditkarte also die Funktion eines Bargeldersatzes zu. Da das Vertragsunternehmen dem Karteninhaber eine Vorleistung erbringt, ohne unter Berufung auf § 320 BGB die sofortige Gegenleistung zu verlangen, muß der Anspruch gegen das Kreditkartenunternehmen, den es an Stelle der Barzahlung erwirbt, einer solchen wirtschaftlich gleichwertig sein. Dies wird durch einen Forderungskauf nicht gewährleistet, weil sich das Vertragsunternehmen, das bereits vorgeleistet hat, zusätzlich seines Anspruches auf die Gegenleistung begeben würde. Es unterläge ferner gegenüber dem Kreditkartenunternehmen der Veritätshaftung gemäß § 437 BGB, die mit der Bargeldersatzfunktion des Kreditkartenverfahrens nicht vereinbar ist. Während das Vertragsunternehmen im Barzahlungsfall Kunden, die Ansprüche wegen

Nichtigkeit des Grundgeschäfts geltend machen, Einwendungen gemäß § 818 Abs. 3 BGB (Saldotheorie) entgegenhalten könnte, wäre ihm dies gegenüber dem Gewährleistungsanspruch des Kreditkartenunternehmens gemäß § 437 BGB nicht möglich (vgl. Pfeiffer aaO Rdn. 18, 112). Es müßte - anders als im Barzahlungsfall, in dem der Kunde die Initiativlast trägt - deshalb nach Rückerstattung des Kaufpreises an das Kreditkartenunternehmen seinerseits den Karteninhaber in Anspruch nehmen.

Auch aus der Sicht des Kreditkartenunternehmens dient seine Zahlung an das Vertragsunternehmen als Bargeldsurrogat der Befriedigung des Anspruchs des Vertragsunternehmens gegen den Karteninhaber, nicht aber der Bezahlung einer vom Vertragsunternehmen erworbenen Forderung. Das Kreditkartenunternehmen ist auf den Erwerb dieser Forderung nicht angewiesen, weil es als kartenemittierendes Unternehmen ohnehin einen Aufwendungsersatzanspruch gemäß §§ 675 Abs. 1, 670 BGB gegen den Karteninhaber hat, bzw. als Acquiring-Unternehmen - wie im vorliegenden Fall - Erstattung seiner Zahlung an das Vertragsunternehmen vom Kartenemittenten erhält (vgl. hierzu Reinfeld aaO S. 1510; Haun, in: Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis, Rdn. 6/1862). Zusätzliche Sicherheiten, deren Übergang mit der Abtretung der Forderung des Vertragsunternehmens gemäß § 401 Abs. 1 BGB verbunden sein könnte, werden durch Ziffer 1 der AGB der Klägerin ausgeschlossen.

Schließlich erwartet auch der Karteninhaber, daß das Kreditkartenunternehmen mit seiner Zahlung an das Vertragsunternehmen seine

- des Karteninhabers - Verbindlichkeit, nicht aber eine eigene Verbindlichkeit aufgrund eines Forderungskaufs erfüllt.

c) aa) Welche Qualifizierung der Zahlungszusage eines Kreditkartenunternehmens gegenüber Vertragsunternehmen an Stelle eines Forderungskaufs rechtlich zutreffend ist, wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt. Während ein Teil des Schrifttums (MünchKomm/Möschel, BGB 3. Aufl. vor § 414 Rdn. 19; Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht 2. Aufl. Rdn. 4.950 ff.; Esser/Weyers, Schuldrecht 8. Aufl. Bd. II Teilband 1 S. 361; Zahrnt NJW 1972, 1077, 1078 f.; Bitter ZBB 1996, 104, 119; für Garantie mit Forderungskauf: Heymann/Horn, HGB Anhang § 372 Bankgeschäfte III Rdn. 144; Staudinger/Horn, BGB 13. Bearb. Vorbemerkung zu §§ 765 ff. Rdn. 419) eine Garantieverpflichtung annimmt, sieht die überwiegende Auffassung die Zahlungszusage als abstraktes Schuldversprechen im Sinne des § 780 BGB an (vgl. MünchKomm HGB/Hadding, Zahlungsver Rdn. G 22; Staudinger/Marburger, BGB 13. Bearb. § 780 Rdn. 42, § 783 Rdn. 49; Staudinger/Köhler aaO Vorbem. zu § 433 ff. Rdn. 51; MünchKomm/Hüffer, BGB 3. Aufl. § 783 Rdn. 80 d; Baumbach/Hopt, HGB 30. Aufl. (7) BankGesch F 12; Martinek/Oechsler aaO Rdn. 66; Pfeiffer aaO Rdn. 20; Hamann aaO S. 59 ff.; Kienholz aaO S. 160 ff.; Bröcker WM 1995, 468, 475; Pichler NJW 1998, 3234, 3237; Einsele WM 1999, 1801, 1809 f.; Oechsler WM 2000, 1613, 1614 ff.).

bb) Der Senat teilt die überwiegend vertretene Meinung. Allein das Verständnis der Zahlungszusage als abstraktes Schuldversprechen wird dem Vertragswillen der Parteien des Akquisitionsvertrages gerecht, der

auf die primäre, von einer vorherigen Inanspruchnahme des Karteninhabers unabhängige Leistungspflicht des Kreditkartenunternehmens gerichtet ist. Mit dieser Intention ist die Annahme eines Garantiever sprechens, das das Kreditkartenunternehmen lediglich verpflichten würde, für den Eintritt eines bestimmten Erfolges einzustehen und die Gefahr eines künftigen Schadens zu übernehmen (vgl. BGH, Urteile vom 13. Juni 1996 - IX ZR 172/95, WM 1996, 1467, 1469 und vom 18. Juni 2001 - II ZR 248/99, WM 2001, 1565, 1566), unvereinbar. Das Kreditkartenunternehmen soll dem Vertragsunternehmen in erster Linie und nicht erst nach vergeblicher Inanspruchnahme des Karteninhabers verpflichtet sein. Seine Zahlungspflicht beruht mithin auf einem abstrakten Schuldversprechen gemäß § 780 BGB.

Das im schriftlichen Akquisitionsvertrag rahmenmäßig vereinbarte Versprechen ist aufschiebend bedingt (§ 158 Abs. 1 BGB) durch die Einreichung ordnungsgemäßer Belastungsbelege, die in jedem Einzelfall die Zahlungspflicht des Kreditkartenunternehmens entstehen lassen (vgl. MünchKomm HGB/Hadding aaO Rdn. G 22). Dies gilt auch im Telefon- oder Mailorderverfahren, wenn sich das Acquiring-Unternehmen - wie hier - durch besondere Vereinbarung mit der Abwicklung telefonischer oder schriftlicher Bestellungen ausdrücklich einverstanden erklärt hat (vgl. hierzu Pfeiffer aaO Rdn. 21; Meder ZBB 2000, 89, 97 f.). Soweit dabei bestimmungsgemäß keine Unterzeichnung eines Belastungsbelegs durch den Karteninhaber erfolgt, tritt an die Stelle dieses Belegs die vom Vertragsunternehmen nach den jeweiligen Telefon- oder Mailorder-Bestimmungen erstellte Belegausfertigung (vgl. Meder ZBB 2000, 89, 98).

d) Da somit zwischen den Parteien ein abstraktes Schuldversprechen gemäß § 780 BGB, nicht aber ein Forderungskauf vereinbart worden ist, steht der Klägerin ein Anspruch gemäß § 437 BGB nicht zu.

5. Die Anwendbarkeit des § 437 BGB ist entscheidungserheblich, weil die Klage auch unter keinem anderen rechtlichen Gesichtspunkt begründet ist.

a) Ziffer 7 Abs. 2 der AGB der Klägerin kommt als Anspruchsgrundlage nicht in Betracht, sondern ist, wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, gemäß § 9 Abs. 1 und 2 Nr. 2 ABGB insoweit unwirksam, als die Klägerin dadurch im Telefon- oder Mailorderverfahren zur Rückbelastung des Vertragsunternehmens berechtigt ist, wenn der Karteninhaber die Bestellung oder die Echtheit der Unterschrift bestreitet und deshalb die Bezahlung des Rechnungsbetrages verweigert.

aa) Der Bundesgerichtshof hat über die Wirksamkeit von Klauseln, die dem Kreditkartenunternehmen das Recht einräumen, bereits geleistete Zahlungen vom Vertragsunternehmen zurückzufordern, wenn sich der Karteninhaber darauf beruft, die Karte nicht selbst verwendet zu haben, noch nicht ausdrücklich entschieden. In seinem Urteil vom 2. Mai 1990 - VIII ZR 139/89, WM 1990, 1059, 1060 f. hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs die Wirksamkeit einer solchen Klausel allerdings für den Fall der Nichtigkeit des Kaufvertrages wegen Geschäftsunfähigkeit des Käufers vorausgesetzt.

In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung (OLG Frankfurt NJW 2000, 2114 f.; OLG Frankfurt ZIP 2001, 1583, 1584 f.; LG Heidelberg WM 1988, 773) und von einem Teil des Schrifttums (Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG 4. Aufl. Rdn. K 67; MünchKomm/Hüffer aaO Rdn. 80 j; Schwintowski/Schäfer aaO Rdn. 54 ff.; Weller, Das Kreditkartenverfahren S. 157 ff.; Hammann aaO S. 189 f.; Gößmann, in: Horn/Schimansky, RWS-Forum 12 Bankrecht 1998, S. 67, 110 f.; Reifner VuR 1988, 181, 182) werden solche Klauseln für wirksam erachtet. Dagegen verneinen andere Stimmen in der Literatur teilweise schon die wirksame Einbeziehung in den Akquisitionsvertrag wegen Verstoßes gegen § 3 AGBG (Heymann/Horn aaO Rdn. 157; Welter WuB I D 5.-3.88; Bitter ZBB 1996, 104, 121 f.) oder halten § 9 AGBG für verletzt (MünchKomm HGB/Hadding, ZahlungsV Rdn. G 30; Martinek/Oechsler aaO Rdn. 73 f.; Pfeiffer aaO Rdn. 118; Taupitz, Zivilrechtliche Haftung bei Kreditkartenmißbrauch S. 114 ff.; Bitter ZBB 1996, 104, 121; Pichler NJW 1998, 3234, 3239).

bb) Der Senat erachtet Ziffer 7 Abs. 2 der AGB der Klägerin jedenfalls gemäß § 9 Abs. 1 AGBG für unwirksam, weil sie die Vertragsunternehmen der Klägerin entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Eine solche Benachteiligung ist gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird. Das ist hier der Fall.

(1) Die Unwirksamkeit der Rückbelastungsklausel ergibt sich zwar nicht schon daraus, daß die Klägerin ihre abstrakte und damit von Einwendungen aus Valuta- und Deckungsverhältnis grundsätzlich unabhängige Zahlungszusage überhaupt durch Rückforderungsvorbehalte eingeschränkt hat. Die Klausel ist aber deshalb unwirksam, weil sie das Vertragsunternehmen verschuldensunabhängig mit dem Risiko einer mißbräuchlichen Verwendung der Kreditkarte und dadurch mit einem verfahrensmanenten Risiko belastet, das grundsätzlich die Kartenunternehmen als Betreiber des Kreditkartensystems zu tragen haben (vgl. BGHZ 114, 238, 245). Nach dem Inhalt der Klausel muß der Beklagte nämlich eine Rückbelastung schon dann hinnehmen, wenn der Karteninhaber die Bestellung oder die Echtheit der Unterschrift bestreitet. Das Risiko, daß dieses Bestreiten wahrheitswidrig erfolgt, soll der Beklagte auch dann tragen, wenn er allen Vorschriften des Telefon- oder Mailorderverfahrens Rechnung getragen hat. Darüber hinaus wird er mit dem Risiko einer mißbräuchlichen Benutzung der Kreditkartennummer durch einen unberechtigten Dritten selbst für den Fall belastet, daß der Mißbrauch für ihn weder erkennbar noch zu verhindern war. Eine derart einseitige Risikoverlagerung kann keinen Bestand haben, zumal die Klägerin als Acquiring-Unternehmen das Telefon- und Mailorderverfahren durch Abschluß einer entsprechenden Vereinbarung mit dem Beklagten ausdrücklich gestattet hat und sich die damit verbundenen Risiken in Form einer erhöhten Servicegebühr vergüten läßt.

Hierbei ist es entgegen der Ansicht der Revision ohne Belang, ob im Telefon- und Mailorderverfahren - anders als bei Kreditkartengeschäften unter Vorlage der Karte - keine Akzeptanzpflicht des Vertrags-

unternehmens besteht (vgl. Kienholz aaO S. 57 f., 76; Meder NJW 2000, 2076, 2077). Denn die daran geknüpfte Folgerung, das von der Pflicht zur Kartenakzeptanz entbundene Vertragsunternehmen könne Umsatzchance und Abwicklungsrisiko in jedem Einzelfall gegeneinander abwägen, wird den praktischen Gegebenheiten nicht gerecht. Zu einer substantiellen Abwägung und Prüfung der Vertrauenswürdigkeit seiner Vertragspartner ist das Vertragsunternehmen wegen der räumlichen Distanz regelmäßig nicht in der Lage (vgl. Kienholz aaO S. 65 f.).

Hinzu kommt weiter, daß die Kartenunternehmen das weitgestreute Mißbrauchsrisiko beim Mailorderverfahren wesentlich besser auffangen können als die einzelnen Vertragsunternehmen (vgl. für das Scheckfälschungsrisiko BGHZ 135, 116, 122 f.). Die Kartenunternehmen können in ihre Servicegebühr für das Mailorderverfahren eine gehörige Risikoprämie für Schäden einkalkulieren, die durch dieses sehr mißbrauchsanfällige Verfahren entstehen. Auf diese Weise kann das für das einzelne Vertragsunternehmen kaum kalkulierbare Mißbrauchsrisiko wirtschaftlich breit verteilt werden. Dem kann nicht etwa entgegengehalten werden, die Kalkulation einer Risikoprämie führe zu so hohen Servicegebühren, daß Vertragsunternehmen an einer Teilnahme am Mailorderverfahren wirtschaftlich kein Interesse mehr hätten. Wenn dies der Fall sein sollte, so ist dies lediglich ein weiterer Beleg dafür, daß die Einführung des Mailorderverfahrens mit der streitigen Rückbelastungsklausel Vertragsunternehmen unangemessen benachteiligt.

Anders als die Revision meint, sind Vertragsunternehmen im Bereich des Fernabsatzes durch Telefon- oder Mailorder auch unter dem

Gesichtspunkt des Vorleistungsrisikos nicht weniger schutzwürdig als bei Geschäftsabschlüssen unter Vorlage der Kreditkarte. Zwar hat der Karteninhaber beim Telefon- oder Mailorderverfahren - anders als beim Ladenkauf - zum Zeitpunkt des Karteneinsatzes die Gegenleistung des Vertragsunternehmens in der Regel noch nicht empfangen. Entscheidend ist aber nicht der Zeitpunkt des Karteneinsatzes, sondern der der Aufdeckung des Kartenmißbrauchs. Wenn diese die Rückerstattungsforderung des Kreditkartenunternehmens auslöst, hat das Vertragsunternehmen seine Leistung in aller Regel erbracht und damit das Vorleistungsrisiko ebenso wie bei Geschäftsabschlüssen unter Vorlage der Kreditkarte übernommen. Auch der Umstand, daß für den Kartenmißbrauch ein Vertragspartner des Vertragsunternehmens verantwortlich ist, hat vor dem Hintergrund, daß der Mißbrauch erst durch das vom klagenden Acquiring-Unternehmen durch ausdrückliche Vereinbarung mit dem beklagten Vertragsunternehmen auf Telefon- und Mailorder-Bestellungen ausgedehnte Kreditkartenverfahren ermöglicht wird, keine entscheidende Bedeutung.

(2) Eine gegen Treu und Glauben verstoßende unangemessene Benachteiligung der Vertragsunternehmen ist damit indiziert. Gründe, die die Klausel gleichwohl nicht als unangemessen erscheinen lassen, sind nicht ersichtlich. Die Revision macht ohne Erfolg geltend, die Vertragsunternehmen erhielten durch das Kreditkartenverfahren die Möglichkeit, ihren Kundenkreis, insbesondere ins Ausland, zu erweitern und so ihren Umsatz zu steigern. Diese Werbefunktion der Kreditkarte für die Vertragsunternehmen, denen überwiegend die Gesamtkosten des Kreditkartenverfahrens zur Last fallen (vgl. Hönn ZBB 1991, 6, 9), wird

durch die zu zahlende Servicegebühr, den Zinsverlust durch die hinausgeschobene Zahlung sowie die Kosten der Systemausstattung relativiert. Außerdem besteht das Interesse an einer Umsatzsteigerung ebenso auf seiten der Kreditkartenunternehmen, die das Kreditkartengeschäft vor allem in ihrem eigenen Provisionsinteresse betreiben (vgl. BGH, Urteil vom 27. Januar 1983 - I ZR 141/80, WM 1983, 335, 336); ihren Gewinn erwirtschaften sie in erster Linie aus der Servicegebühr, nicht aus den von den Karteninhabern zu zahlenden Jahresgebühren (vgl. Hammann aaO S. 35; Kienholz aaO S. 71 Fn. 179). Jede Ausweitung der Möglichkeiten des Kreditkarteneinsatzes verbessert somit auch ihre Einnahmefähigkeiten.

b) Die Klage ist ferner nicht gemäß § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB bzw. § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. § 242 BGB begründet. Ein solcher Anspruch kommt in Betracht, wenn das Vertragsunternehmen das Kreditkartenunternehmen entgegen Treu und Glauben rechtsmißbräuchlich in Anspruch nimmt. Dies ist etwa der Fall, wenn der Vertrag des Vertragsunternehmens mit seinem Kunden gemäß §§ 134, 138 BGB (vgl. Hadding, in: Hadding/Nobbe, RWS-Forum 17, Bankrecht 2000, S. 51, 60 f.) nichtig ist. Damit ist der vorliegende Fall nicht vergleichbar. Hier nimmt das Acquiring-Unternehmen das Vertragsunternehmen auf Rückerstattung seiner Zahlungen in Anspruch, weil die Karteninhaber die zugrundeliegenden Bestellungen bestreiten. Damit realisiert sich ein typisches Risiko des Kreditkartenverfahrens, das bei Barzahlungsgeschäften nicht auftritt und vor dem - wie dargelegt - Vertragsunternehmen durch das abstrakte Schuldversprechen des Kreditkartenunternehmens gerade geschützt werden sollen. Von einer rechtsmißbräuchlichen Inanspruch-

nahme der Klägerin aufgrund ihres Schuldversprechens kann somit keine Rede sein.

Nobbe

Siol

Müller

Joeres

Wassermann