

verbraucherzentrale

Bundesverband

U 1. Sep. 2017

EINGEGANGEN



A 14613-1
Eingegangen

24. Aug. 2017

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 260/15

Verkündet am:
25. Juli 2017

Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., vertreten durch den Vorstand, Markgrafenstraße 66, Berlin,

Kläger und Revisionskläger,

Prozessbevollmächtigte:

gegen

Kreissparkasse Groß-Gerau, Anstalt des öffentlichen Rechts, Darmstädter Straße 22, Groß-Gerau,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juni 2017 durch die Richter und
sowie die Richterin

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 29. Mai 2015 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

4 Der Kläger, ein Verbraucherschutzverband, ist als qualifizierte Einrichtung gemäß § 4 UKlaG eingetragen. Die beklagte Sparkasse regelt in ihrem "Preisaushang" unter anderem:

"Privatkonten (...)

SdirektKonto (Kontoführung über Internet) mt. Pauschale 2,00 €".

2 Auf der Internetseite der Beklagten heißt es zum "Online-Banking" unter Verwendung von "smsTAN":

"Einfach und mobil

Online-Banking mit smsTAN

Online-Banking einfach und mobil – ganz ohne Papier. Das bietet Ihnen das neue smsTAN-Verfahren Ihrer Sparkasse. Empfangen Sie Ihre Transaktionsnummer (TAN) ganz bequem mit Ihrem Handy.

Ihre Vorteile

- Vereinfachtes Handling durch Wegfall der TAN-Listen
 - Große Mobilität ohne TAN-Liste
 - Keine Freischaltung von Folge-TAN-Listen erforderlich
 - Jede smsTAN kostet nur 0,10 Euro, unabhängig vom Kontomodell
 - Für das smsTAN-Verfahren benötigen Sie weder eine Software noch ein Sicherheits-Zertifikat auf Ihrem Handy. Ihre Sparkasse wird Sie niemals zu Installationen dieser Art auffordern
 - Hohe Sicherheit, da neben der smsTAN zusätzliche auftragsbezogene Daten auf Ihr Handy übertragen werden – zum Beispiel bei einer Einzelüberweisung die Kontonummer des Empfängers
 - Zusätzlicher Schutz: Jede smsTAN ist zeitlich begrenzt und nur für den jeweiligen Auftrag gültig.
- Tipp: Als Online-Banking-Kunde können Sie jederzeit das smsTAN-Verfahren freischalten. Falls Sie noch kein Online-Banking nutzen, lassen Sie sich doch gleich komplett freischalten."**

Unter diesem Text befinden sich eine Schaltfläche "Jetzt umstellen auf smsTAN" sowie eine weitere Schaltfläche "Online-Kunde werden".

3

In den von der Beklagten verwendeten "Bedingungen für das Online-Banking" heißt es auszugsweise wie folgt:

2.1 Personalisierte Sicherheitsmerkmale

Personalisierte Sicherheitsmerkmale sind:

- die persönliche Identifikationsnummer (PIN),
- einmal verwendbare Transaktionsnummern (TAN),
- der Nutzungscode für die elektronische Signatur.

2.2 Authentifizierungsinstrumente

Die TAN bzw. die elektronische Signatur können dem Teilnehmer auf folgenden Authentifizierungsinstrumenten zur Verfügung gestellt werden:

- auf einer Liste mit einmal verwendbaren TAN,
- mittels eines TAN-Generators, der Bestandteil einer Chipkarte oder eines anderen elektronischen Geräts zur Erzeugung von TAN ist (chipTAN),
- mittels eines mobilen Endgeräts (z. B. Mobiltelefon) zum Empfang von TAN per SMS (smsTAN),
- auf einer Chipkarte mit Signaturfunktion oder
- auf einem sonstigen Authentifizierungsinstrument, auf dem sich Signaturschlüssel befinden.

[...]

3. Zugang zum Online-Banking

Der Teilnehmer erhält Zugang zum Online-Banking, wenn

- der Teilnehmer die Kontonummer oder seine individuelle Kundenkennung und seine PIN oder elektronische Signatur übermittelt hat,
- die Prüfung dieser Daten bei der Sparkasse eine Zugangsberechtigung des Teilnehmers ergeben hat und
- keine Sperrung des Zugangs (siehe [...]) vorliegt.

Nach Gewährung des Zugangs zum Online-Banking kann der Teilnehmer Informationen abrufen oder Aufträge erteilen.

4. Online-Banking-Aufträge

Der Teilnehmer muss Online-Banking-Aufträge (z. B. Überweisungen) zu deren Wirksamkeit mit dem vereinbarten personalisierten Sicherheitsmerkmal (TAN oder elektronische Signatur) autorisieren und der Sparkasse mittels Online-Banking übermitteln. [...]

4 Der Kläger behauptet, die Beklagte verwende in ihrem Preisverzeichnis die Klausel "Jede smsTAN kostet 0,10 € (unabhängig vom Kontomodell)", und verlangt von der Beklagten, in Bezug auf Verträge über Zahlungsdienste mit Verbrauchern die Verwendung dieser Bestimmung zu unterlassen. Er ist der Ansicht, dass diese Klausel als Preisnebenabrede einer Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 BGB nicht standhalte. Hilfsweise verlangt er, dass die Beklagte es unterlässt, Verbrauchern, die im Online-Banking am smsTAN-Verfahren teilnehmen, einen Betrag von 0,10 € in Rechnung zu stellen. Ferner fordert er die Erstattung von Abmahnkosten in Höhe von 214 € nebst Zinsen.

5 Die Klage ist in beiden Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

7 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner unter anderem in WM 2015, 1709 veröffentlichten Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

8 Das Landgericht habe die Klage insoweit zu Recht abgewiesen, als die beanstandete Klausel nicht der Inhaltskontrolle unterliege.

- 9 Allerdings sei die Klage - entgegen der Ansicht des Landgerichts - im Hauptantrag zulässig. Der Kläger, der zunächst eingeräumt habe, keine Kenntnis von der konkret verwendeten Fassung der beanstandeten Klausel zu haben, habe auf einen Hinweis des Landgerichts vorgetragen, die Beklagte verwende in ihrem Preisverzeichnis die Klausel, wie sie im Klageantrag zitiert worden sei. Damit seien die Anforderungen von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, § 8 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG erfüllt. Ob die Beklagte die Klausel tatsächlich in der angegebenen Form verwende, sei eine Frage der Wiederholungsgefahr und damit der Begründetheit der Klage, die keiner abschließenden Klärung bedürfe.
- 10 Die beanstandete Klausel unterliege nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht der Inhaltskontrolle anhand von § 307 Abs. 1 und Abs. 2, §§ 308 f. BGB. Sie sei keine kontrollfähige Preisnebenabrede, sondern die Bestimmung eines Entgelts für eine rechtlich nicht geregelte Dienstleistung der Bank für den Kunden.
- 11 Bei einem Zahlungsdiensterahmenvertrag wie dem Girovertrag seien Hauptleistungspflichten regelmäßig die vom Geldinstitut als Zahlungsdienstleister zu erbringenden Zahlungsdienste, insbesondere die Führung des laufenden Kontos und die Ausführung der Zahlungsvorgänge. Für die Führung des Girokontos könne die Bank einen pauschalen Grundpreis verlangen und danach differenzieren, ob die Nutzung durch den Kunden ausschließlich über EDV erfolge oder nicht. Für die nicht abgedeckten Dienstleistungen könnten weitere Einzelentgelte verlangt werden. Der Girovertrag könne ergänzt werden durch gesondert abzuschließende Zusatzvereinbarungen, z.B. über den Einsatz von Zahlungskarten oder das Online-Banking, bei denen es sich ebenfalls um Zahlungsdiensterahmenverträge handele. Eine gesetzliche Pflicht der Bank, ihren Kunden das Online-

Banking mit PIN und TAN als Zahlungsauthentifizierungsmitteln anzubieten, bestehe nicht. Es handele sich vielmehr um eine freiwillige Zusatzleistung im Interesse des Kunden, die ihm die zeitlich und räumlich uneingeschränkte Nutzung und Verwaltung des Kontos auf mobilem Wege ermöglichen solle. Dies gelte unabhängig vom gewählten Kontomodell und damit auch im Rahmen des SdirektKontos. Dieses für sich genommen begründe nicht das Recht, das Online-Banking mittels smsTAN-Verfahren zu nutzen. Das "SdirektKonto" solle zwar nach seiner Ausgestaltung über das Internet geführt werden. Allerdings ließen sich die girovertraglich geschuldeten Zahlungsdienste auch über SB-Terminals in den Filialen der Beklagten veranlassen. Im Rahmen der gesondert zu treffenden Vereinbarung über das "Online-Banking" schließe die Bank mit ihren Kunden eine Vereinbarung über den Einsatz von Zahlungsauthentifizierungsinstrumenten (§ 675j Abs. 1 Satz 4 BGB). Hauptleistungspflicht dieses "Leistungspakets" sei die Einrichtung bzw. Zurverfügungstellung des Online-(Direkt-)Banking nebst PIN und TAN als Zahlungsauthentifizierungsverfahren. Aus der Formulierung in § 675j Abs. 1 Satz 4 BGB ("kann vereinbart werden") folge der fakultative Charakter der Leistung einschließlich der gewählten Form der Übermittlung der Transaktionsnummer (TAN) als personalisiertem Sicherheitsmerkmal. Entscheide sich der Kunde für eine Übermittlung per SMS, könne die Bank diesen im Rahmen der Zusatzleistung des Online-Banking angebotenen Hauptleistungsbestandteil mit einem Entgelt bepreisen. Beim Short Message Service handele es sich um eine zusätzliche Leistung, die am Markt vom Provider gegen Entgelt angeboten werde, mit deren Bepreisung der Kunde seinerseits rechnen könne. Die Leistung biete dem Kunden einen eigenständigen Nutzen, indem sie die jederzeitige mobile Autorisierung eines Zahlungsvorgangs (§ 675j Abs. 1 Satz 1 und Satz 4 BGB) allein unter Zuhilfenahme eines Mobiltelefons nebst Computerzugangs ermögliche.

Demgegenüber sei der Kunde bei Wahl eines anderen Zahlungsauthentifizierungsinstruments (z.B. nach Ziffer 2.2 der "Bedingungen für das Online-Banking" der Beklagten) im Fall der mobilen Nutzung darauf angewiesen, dass er die dort genannten zusätzlichen Geräte oder Listen bei sich führe.

12

Die Qualifizierung der smsTAN-Preisklausel als Hauptpreisabrede stehe auch im Einklang mit § 675f Abs. 4 BGB. Danach werde dem Zahlungsdienstleister das Recht eingeräumt, für die Erbringung eines Zahlungsdienstes ein Entgelt mit dem Zahlungsdienstnutzer zu vereinbaren. Die Frage, ob ein Zahlungsdienst im Sinne des § 675c Abs. 1 BGB vorliege, beurteile sich nach § 1 Abs. 2 ZAG. Hiernach seien Zahlungsdienste u.a. die Ausgabe von Zahlungsauthentifizierungsmitteln. Die Beklagte bepreise aber einen Bestandteil des als Zahlungsauthentifizierungsinstrument anzusehenden Verfahrens als Hauptleistung, nämlich die Übermittlung der TAN per SMS als personalisiertem Sicherheitsmerkmal für die Autorisierung eines Zahlungsvorgangs nach § 675j Abs. 1 BGB. Dass § 675m Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB den Zahlungsdienstleister, der ein Zahlungsauthentifizierungsmittel ausbebe, zur sicheren Übermittlung verpflichte, begründe nicht die Pflicht zur Erbringung der Hauptleistung als solcher, sondern habe die besonderen Pflichten der Beteiligten nach §§ 675k bis 675n BGB zur Folge.

13

Aus den vorstehenden Gründen habe die Klage auch im Hilfsantrag keinen Erfolg. Zudem mangle es im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung an der Absicht, eine allgemeine Geschäftsbedingung zu vermelden, um sich der Inhaltskontrolle zu entziehen. Vielmehr gehe es vorliegend um die Überprüfung einer smsTAN-Preisklausel, die - ungeachtet ihrer konkreten Fassung - in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten verwendet werde.

14 Ein Unterlassungsanspruch nach § 2 UKlaG scheitere bereits daran, dass die Beklagte unstreitig nicht in anderer Weise als durch Verwendung oder Empfehlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ihren Online-Banking-Kunden jede smsTAN mit 0,10 € berechne.

15 Da der Unterlassungsanspruch nicht begründet sei, bestehe auch kein Anspruch auf Ersatz von Abmahnkosten.

II.

16 Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Prüfung im entscheidenden Punkt nicht Stand.

17 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings - entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung - davon ausgegangen, dass die Klage zulässig ist.

18 Bei Klagen nach § 1 UKlaG muss gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG der Klageantrag die beanstandeten Bestimmungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Wortlaut enthalten, anderenfalls ist die Klage unzulässig (BGH, Urteil vom 25. Juli 2012 - IV ZR 201/10, BGHZ 194, 208 Rn. 9; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 8 UKlaG Rn. 1 f.; Witt in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., § 8 UKlaG Rn. 3, 5a). Die Regelung konkretisiert das allgemeine Erfordernis eines "bestimmten Antrags" in § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO und dient insoweit der zweifelsfreien Festlegung des Streitgegenstandes (vgl. BGH, aaO Rn. 12; MünchKommZPO/Micklitz, 4. Aufl., § 8 UKlaG Rn. 1 und 3). Ist streitig, ob eine vom Kläger beanstandete Klausel in eben dieser Fassung vom Beklagten tatsächlich verwendet wird, reicht es für die Bestimmung des Streitgegenstandes und damit für die Zulässigkeit der Klage aus, wenn unter Angabe des zugrundeliegenden Le-

benssachverhalts die Verwendung der bestimmten Klausel behauptet und deren konkreter Wortlaut im Klageantrag wörtlich wiedergegeben wird. Ob die beanstandete Klausel in dieser Fassung tatsächlich Verwendung findet, ist demgegenüber eine Frage der Begründetheit der Klage (vgl. BGH, aaO Rn. 12). Denn ein Unterlassungsanspruch gemäß § 1 UKlaG besteht nur, soweit eine beanstandete Klausel durch den Beklagten tatsächlich verwendet wird und insoweit eine Erstverwendungs- oder Wiederholungsgefahr vorliegt (vgl. im Ergebnis BGH, Urteil vom 15. Februar 1995 - VIII ZR 93/94, WM 1995, 851, 853 zu § 13 AGBG; ferner: Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 1 UKlaG Rn. 7 f. und 10; MünchKommZPO/Micklitz, 4. Aufl., § 1 UKlaG Rn. 20 und 27; Witt in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., § 1 UKlaG Rn. 24). Den hiernach bestehenden Zulässigkeitsvoraussetzungen genügt das Vorbringen des Klägers, der behauptet, die Beklagte verwende in ihrem Preisverzeichnis die streitige Klausel mit dem im Klageantrag wiedergegebenen Wortlaut "Jede smsTAN kostet 0,10 € (unabhängig vom Kontomodell)".

19 2. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht dagegen angenommen, die vom Kläger beanstandete Klausel unterliege gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2, §§ 308 f. BGB.

20 a) Nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB sind Gegenstand der Inhaltskontrolle solche Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Darunter fallen grundsätzlich weder bloß deklaratorische Klauseln noch solche, die unmittelbar den Preis der vertraglichen Hauptleistung oder das Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte, zusätzlich angebotene Sonderleistung bestimmen. Kontrollfähig sind aber Klauseln, die von gesetzlichen Preisregelungen abweichen (Senatsurteile vom 17. Dezember 2013 - XI ZR 66/13, BGHZ

199, 281 Rn. 12, vom 28. Juli 2015 - XI ZR 434/14, BGHZ 206, 305 Rn. 28 und vom 20. Oktober 2015 - XI ZR 166/14, BGHZ 207, 176 Rn. 16). Weiter kontrollfähig sind Klauseln, die kein Entgelt für eine Leistung zum Gegenstand haben, die dem Kunden auf rechtsgeschäftlicher Grundlage erbracht wird, sondern mittels derer der Verwender allgemeine Betriebskosten, Aufwand zur Erfüllung eigener Pflichten oder für Tätigkeiten, die im eigenen Interesse liegen, auf den Kunden abwälzt (Senatsurteile vom 21. April 2009 - XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 Rn. 16, vom 7. Dezember 2010 - XI ZR 3/10, BGHZ 187, 360 Rn. 26, vom 7. Juni 2011 - XI ZR 388/10, BGHZ 190, 66 Rn. 19, vom 22. Mai 2012 - XI ZR 290/11, BGHZ 193, 238 Rn. 10, vom 13. November 2012 - XI ZR 500/11, BGHZ 195, 298 Rn. 13, vom 17. Dezember 2013 - XI ZR 66/13, BGHZ 199, 281 Rn. 12, vom 28. Juli 2015 - XI ZR 434/14, BGHZ 206, 305 Rn. 28 und vom 20. Oktober 2015 - XI ZR 166/14, BGHZ 207, 176 Rn. 16). Das gilt auch dann, wenn die Entgeltklausel in einem Regelwerk enthalten ist, das Preise für Einzelleistungen bei der Vertragsabwicklung festlegt (Senatsurteile vom 18. Mai 1999 - XI ZR 219/98, BGHZ 141, 380, 383, vom 13. November 2012 - XI ZR 500/11, BGHZ 195, 298 Rn. 13, vom 17. Dezember 2013 - XI ZR 66/13, BGHZ 199, 281 Rn. 12, vom 28. Juli 2015 - XI ZR 434/14, BGHZ 206, 305 Rn. 28 und vom 20. Oktober 2015 - XI ZR 166/14, BGHZ 207, 176 Rn. 16).

21 b) Die vom Kläger angegriffene Klausel enthält mit dem von ihm behaupteten Wortlaut eine von Rechtsvorschriften abweichende Regelung im Sinne des § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB und unterliegt daher der Inhaltskontrolle.

22 aa) Die Klausel ist so auszulegen, dass sie ein Entgelt in Höhe von 0,10 € für jede TAN vorsieht, die per SMS an den Kunden versendet wird, ohne dass es darauf ankommt, ob diese TAN im Zusammenhang mit der Erteilung eines Zahlungsauftrages eingesetzt wird.

23 (1) Der Inhalt einer Allgemeinen Geschäftsbedingung ist durch Auslegung zu ermitteln, die der Senat selbst vornehmen kann (Senatsurteile vom 13. November 2012 - XI ZR 500/11, BGHZ 195, 298 Rn. 15, vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 26 und vom 28. Juli 2015 - XI ZR 434/14, BGHZ 208, 305 Rn. 31). Dabei ist, ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden, nach dem objektiven Inhalt und typischen Sinn der in Rede stehenden Klausel zu fragen. Sie ist so auszulegen, wie ihr Wortlaut von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der regelmäßig beteiligten Verkehrskreise verstanden wird (Senatsurteile vom 7. Dezember 2010 - XI ZR 3/10, BGHZ 187, 360 Rn. 29, vom 7. Juni 2011 - XI ZR 388/10, BGHZ 190, 66 Rn. 21, vom 13. November 2012 - XI ZR 500/11, BGHZ 195, 298 Rn. 16 und vom 28. Juli 2015 - XI ZR 434/14, BGHZ 206, 305 Rn. 31).

24 (2) Die vom Kläger beanstandete Klausel ist nach Maßgabe dieser Grundsätze dahin zu verstehen, dass sie ein Entgelt in Höhe von 0,10 € für jede TAN vorsieht, die per SMS an den Kunden versendet wird, unabhängig davon, ob diese TAN im Zusammenhang mit der Erteilung eines Zahlungsauftrages eingesetzt wird. Die Beklagte beansprucht mit der nach ihrem eindeutigen Wortlaut einschränkungslos "jede smsTAN" bepreisenden Regelung von ihren Kunden ein Entgelt in Höhe von 0,10 € etwa auch für solche TAN, die zwar per SMS an den Kunden übersendet werden, von diesem aber nicht für die Erteilung eines Zahlungsauftrags eingesetzt werden, etwa weil beim Abgleich der auftragsbezogenen Daten zwischen der vom Kunden ausgefüllten Auftragsvorlage und den auf das Mobilfunkgerät des Kunden zusammen mit der "smsTAN" übermittelten auftragsbezogenen Daten eine Divergenz auftritt und damit der begründete Verdacht eines so genannten "Phishings" besteht. Nach dem zweifelsfreien Klauselwortlaut wird das Entgelt ferner auch dann erhoben, wenn eine TAN wegen der Überschreitung der zeitlichen Geltungsdauer nicht mehr einge-

setzt werden kann oder wenn sie zwar zur Erteilung eines Zahlungsauftrags eingesetzt werden soll, dieser aber der Beklagten aufgrund einer technischen Fehlfunktion nicht zugeht und deshalb in der Folge auch nicht zur Ausführung gelangt.

- 25 Zwar gilt bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen der Grundsatz, dass sich eine nach ihrem Regelungsbereich nicht zu beanstandende Klausel nach dem realen oder hypothetischen Willen des Verwenders nicht auf völlig atypische Regulationssituationen bezieht, in denen sie als kontrollfähig und nach der Wertung des Gesetzes potentiell als unangemessen zu qualifizieren wäre (Senatsurteile vom 27. Januar 2015 - XI ZR 174/13, WM 2015, 519 Rn. 13 und vom 28. Juli 2015 - XI ZR 434/14, BGHZ 206, 305 Rn. 32, jeweils mwN). Indessen geht es hier nicht darum, Ausnahmefälle, auf die die Klausel ersichtlich nicht zugeschnitten ist oder in denen die Berufung auf die Klausel schlechthin treuwidrig wäre, als von ihr nicht erfasst anzusehen. Vielmehr spricht ihr Wortlaut aus der maßgeblichen Kundensicht eindeutig dafür, dass ein Entgelt ausnahmslos für jede per SMS übersandte TAN erhoben wird.
- 26 bb) Mit der ausnahmslosen Bepreisung von TAN, die per SMS an den Kunden übersandt werden, unterliegt die Klausel gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB bereits deshalb der Inhaltskontrolle, weil sie mit dieser Reichweite gegen die Vorgaben von § 675f Abs. 4 Satz 1 BGB verstößt.
- 27 (1) Gemäß § 675f Abs. 4 Satz 1 BGB hat der Zahlungsdienstnutzer dem Zahlungsdienstleister für die Erbringung eines Zahlungsdienstes das vereinbarte Entgelt zu entrichten. Im Ausgangspunkt zutreffend weist die Revisionserwiderung in diesem Zusammenhang zwar darauf hin, dass zu den Zahlungsdiensten gemäß § 675c Abs. 3 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 4 ZAG die Ausgabe von Zahlungsauthentifizierungsinstrumenten gehört. Allerdings wird was die Revi-

sionserwiderung übersieht - kein entgeltpflichtiger Zahlungsdienst erbracht, wenn eine an den Kunden übermittelte TAN nicht zur Erteilung eines Zahlungsauftrags verwendet wird.

28 (a) Ein Zahlungsauthentifizierungsinstrument ist nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 5 ZAG jedes personalisierte Instrument oder Verfahren, das zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister für die Erteilung von Zahlungsaufträgen vereinbart wird und das vom Zahlungsdienstnutzer eingesetzt wird, um einen Zahlungsauftrag zu erteilen. Ein Zahlungsauthentifizierungsinstrument in diesem Sinne ist das von der Beklagten angebotene Online-Banking unter Verwendung von PIN und TAN (vgl. BT-Drucks. 16/11613, S. 36; MünchKommBGB/Jungmann, 7. Aufl., § 675j Rn. 40; Casper in Casper/Terlau, ZAG, § 1 Rn. 58; Findeisen in Ellenberger/Findeisen/Nobbe, Kommentar zum Zahlungsverkehrsrecht, 2. Aufl., § 1 ZAG Rn. 419; Frey in Ellenberger/Findeisen/Nobbe, Kommentar zum Zahlungsverkehrsrecht, 2. Aufl., § 675l Rn. 4; Hofmann, BKR 2014, 105, 107; Scheibengruber, BKR 2010, 15, 17; Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl., § 675j Rn. 7).

29 (b) PIN und TAN stellen dabei ihrerseits keine Zahlungsauthentifizierungsinstrumente dar, sondern vielmehr personalisierte Sicherheitsmerkmale (vgl. BT-Drucks. 16/11643, S. 106 zu § 675l BGB-E; Casper in Casper/Terlau, ZAG, § 1 Rn. 58; Frey in Ellenberger/Findeisen/Nobbe, Kommentar zum Zahlungsverkehrsrecht, 2. Aufl., § 675l Rn. 5 und § 675m Rn. 4; Hofmann, BKR 2014, 105, 107; Kropf, WuB 2015, 615, 618; Maihold in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 55 Rn. 41; Scheibengruber, BKR 2010, 15, 17; Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl., § 675j Rn. 6), die einem vereinbarten Zahlungsauthentifizierungsinstrument nur zugeordnet sind (vgl. Frey in Ellenberger/Findeisen/Nobbe, Kommentar zum

Zahlungsverkehrsrecht, 2. Aufl., § 675l Rn. 5 und § 675m Rn. 4; Langenbucher in Langenbucher/Bliesener/Spindler, Bankrechts-Kommentar, 2. Aufl., Kap. 3, § 675l Rn. 3; Maihold in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 55 Rn. 42; Scheibengruber, BKR 2010, 15, 17; Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl., § 675j Rn. 6). Als solche sind sie aber Bestandteil des Zahlungsauthentifizierungsinstruments "Online-Banking" mittels PIN und TAN.

30 (2) Im Rahmen der Ausgabe des Zahlungsauthentifizierungsinstruments "Online-Banking" mittels PIN und TAN als Zahlungsdienst (§ 675c Abs. 3 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 4 ZAG) kann die Ausgabe einer TAN nur dann als Bestandteil der Hauptleistung mit einem Entgelt nach § 675f Abs. 4 Satz 1 BGB bepreist werden, wenn sie auch tatsächlich der Erteilung eines Zahlungsvorgangs dient und insoweit als Teil des Zahlungsauthentifizierungsinstruments (§ 1 Abs. 5 ZAG) fungiert. Geschieht dies nicht, ist die Ausgabe einer TAN nicht Teil der vertraglichen Hauptleistung und kann daher nicht Gegenstand einer Entgeltvereinbarung nach § 675f Abs. 4 Satz 1 BGB sein, weil kein Zahlungsdienst erbracht wird. Indem die vom Kläger beanstandete Klausel nach dem von ihm behaupteten Wortlaut aber auch in diesen Fällen ein Entgelt in Höhe von 0,10 € für eine per SMS übermittelte TAN vorsieht, weicht sie von § 675f Abs. 4 Satz 1 BGB ab.

31 Auf die von der Revision aufgeworfene Frage, ob die Inhaltskontrolle der vom Kläger beanstandeten Klausel auch aus dem Grunde eröffnet ist, weil die Bepreisung einer smsTAN von den gesetzlichen Vorgaben der § 675f Abs. 4 Satz 2, § 675m Abs. 1 Nr. 1 BGB abweicht, kommt es vor diesem Hintergrund nicht an.

III.

32 Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

33 1. Sofern die Beklagte die beanstandete Klausel mit dem im Klageantrag wiedergegebenen Wortlaut verwendet, steht dem Kläger ein Unterlassungsanspruch gemäß § 1 UKlaG zu.

34 a) Das Berufungsgericht hat keine bindenden Feststellungen (§ 559 Abs. 2 ZPO) zu der Behauptung des Klägers getroffen, die Beklagte verwende die angegriffene Klausel "Jede smsTAN kostet 0,10 € (unabhängig vom Kontomodell)" in ihrem Preisverzeichnis; vielmehr hat es eine Klärung dieser Frage ausdrücklich dahinstehen lassen. Für das Revisionsverfahren ist daher zugunsten des Klägers zu unterstellen, dass die Beklagte die beanstandete konkrete Regelung tatsächlich verwendet.

35 Von dieser Unterstellung kann ungeachtet der - zwischen den Parteien dem Inhalt nach außer Streit stehenden - Ausführungen der Beklagten auf ihrer Internetseite zum Online-Banking unter Verwendung von smsTAN nicht abgesehen werden. Soweit sich dort der der im Klageantrag wiedergegebenen Klausel ähnliche Passus "Jede smsTAN kostet nur 0,10 €, unabhängig vom Kontomodell" befindet, kann dahinstehen, ob diese Formulierung unter Berücksichtigung der Gestaltung der Internetseite mit den Schaltflächen "Jetzt umstellen auf smsTAN" bzw. "Online-Kunde werden" ihrerseits als Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB verstanden werden könnte. Denn ihr Wortlaut ist nicht Gegenstand des Klageantrages (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG) und damit nicht Streitgegenstand.

36 b) Die vom Kläger beanstandete Klausel unterliegt nicht nur gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2, §§ 308 f. BGB (siehe oben unter II. 2.), sondern hält dieser auch nicht stand.

37 Allgemeine Geschäftsbedingungen, die zum Nachteil des Kunden gegen (halb-)zwingendes Recht verstoßen, benachteiligen ihn mit der Folge ihrer Unwirksamkeit unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (Senatsurteile vom 17. Dezember 2013 - XI ZR 66/13, BGHZ 199, 281 Rn. 10, vom 28. Juli 2015 - XI ZR 434/14, BGHZ 206, 305 Rn. 43 und vom 27. Januar 2015 - XI ZR 174/13, WM 2015, 519 Rn. 17, jeweils mwN). Von den Vorgaben des § 675f Abs. 4 Satz 1 BGB darf nach § 675e Abs. 1 BGB nicht zum Nachteil des Zahlungsdienstnutzers abgewichen werden. Dies ist vorliegend aber der Fall. Indem die beanstandete Klausel die ausnahmslose Erhebung eines Entgelts in Höhe von 0,10 € für eine per SMS übersendete TAN unabhängig davon vorsieht, ob diese im Zusammenhang mit der Erteilung eines Zahlungsauftrages eingesetzt wird, weicht sie zum Nachteil des Zahlungsdienstnutzers von § 675f Abs. 4 Satz 1 BGB ab, weil sie eine Entgeltpflicht des Kunden auch dann vorsieht, wenn kein Zahlungsdienst erbracht wird.

38 c) Ob die angegriffene Klausel mit Rücksicht auf den In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten beim Kontomodelle "SdirektKonto" vorgesehenen Pauschalpreis von 2 € für die "Kontoführung über das Internet" darüber hinaus auch wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) unwirksam ist, bedarf keiner Entscheidung.

39 2. Sofern die Beklagte die beanstandete Klausel verwendet, steht dem Kläger ferner gemäß § 5 UKlaG i.V.m. § 12 Abs. 1 UWG ein nach § 291 BGB zu verzinsender Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten in Höhe von 214 €

zu, den die Parteien im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat betragsmäßig außer Streit gestellt haben.

IV.

40 Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da das Berufungsgericht keine Feststellungen zu der Frage getroffen hat, ob die Beklagte die vom Kläger beanstandete Klausel mit dem behaupteten Wortlaut tatsächlich verwendet, ist die Sache nicht zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO). Der Senat verweist sie daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück (§ 563 Abs. 1 ZPO).

41 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

42 Der Beweisantritt des Klägers, gegenüber der Beklagten gemäß §§ 421, 425 ZPO die Vorlage ihres Preisverzeichnisses anzuordnen, ist unzulässig, weil dem Kläger kein materiell-rechtlicher Anspruch auf Herausgabe des Preisverzeichnisses zusteht (§ 422 ZPO; vgl. auch Senatsurteil vom 23. Februar 2010 - XI ZR 186/09, WM 2010, 647 Rn. 20 ff. zur Frage, ob qualifizierte Einrichtungen i.S.v. § 4 UKlaG von Kreditinstituten die unentgeltliche Zurverfügungstellung eines aktuellen vollständigen Preis- und Leistungsverzeichnisses mittels Email, Fax oder Briefpost verlangen können). Das Berufungsgericht wird aber im Rahmen des ihm insoweit eingeräumten Ermessens, von dem es bislang keinen Gebrauch gemacht hat, darüber zu befinden haben, ob der Beklagten gemäß § 142 Abs. 1 ZPO die Vorlage ihres Preisverzeichnisses aufzugeben ist. Einer solchen Anordnung stehen hier weder § 422 ZPO noch das Verbot einer prozessordnungswidrigen Ausforschung des Prozessgegners von vorneherein entgegen (vgl. Senatsurteil

vom 26. Juni 2007 - XI ZR 277/05, BGHZ 173, 23 Rn. 19 f.). Im Rahmen der für die Entscheidung nach § 142 ZPO vorzunehmenden Gesamtabwägung aller maßgeblichen Umstände wird das Berufungsgericht auch zu berücksichtigen haben, dass der Kläger substantiiert zu der Klauselverwendung durch die Beklagte vorgetragen hat. Sein Vorbringen findet eine Stütze im eigenen Prozessvortrag der Beklagten, die einräumt, dass ihr Preisverzeichnis eine Preisklausel für smsTAN enthält und zudem das Entgelt von 0,10 € nicht in Abrede stellt. Hinzu kommt, dass die Beklagte auf ihrer Internetseite ebenfalls selbst mitteilt, eine smsTAN koste "nur 0,10 €".

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 17.01.2013 - 2-5 O 168/12 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 29.05.2015 - 10 U 35/13 -