Landgericht Köln, 81 O 91/11

Datum:	29.09.2011
Gericht:	Landgericht Köln
Spruchkörper:	1. Kammer für Handelssachen
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	81 O 91/11
ECLI:	ECLI:DE:LGK:2011:0929.81O91.11.00

Tenor:

1. Die Verfügungsbeklagte hat es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,-, ersatzweise Ordnungshaft, oder von Ordnungshaft bis zu 6 Monaten zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr im Inland

gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Zahlungsdienste als Zahlungsinstitut zu erbringen, indem die Verfügungsbeklagte als Anbieter eines Bestellportals im Internet von Bestellern von Speisen und/oder Getränken über dieses Bestellportal bei Lieferdiensten Geldbeträge, insbesondere nach Online-Zahlung, entgegennimmt und ohne Einrichtung eines Kontos auf den Namen des Bestellers oder des Lieferdienstes dem Lieferdienst verfügbar macht, ohne dafür die schriftliche Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht erteilt bekommen zu haben.

2. Die Kosten des Verfahrens werden der Verfügungsbeklagten auferlegt.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand: 1

Die Verfügungsklägerin begehrt von der Verfügungsbeklagten als Vermittlerin von Essensbestellungen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Unterlassung der Vereinnahmung von Geldbeträgen für Bestellungen, die sodann den ausführenden Lieferbetrieben ausgekehrt werden, ohne Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). 2

Die Parteien bieten jeweils die Vermittlung von Essensbestellungen über ein Internetportal an. Die bundesweit tätige Verfügungsbeklagte bietet für die Bezahlung sog. Online-Payment-Zahlungsdienste, insbesondere PayPal, „Sofortüberweisung.de“ oder Kreditkarte, an. Ein Besteller hat damit die Möglichkeit, nach Auswahl der Bestellung über ein Zahlungsformular die Zahlung beispielsweise über das System PayPal zu autorisieren. Über PayPal vereinnahmt die Verfügungsbeklagte den Betrag und erhält eine Benachrichtigung, nach der sie die Bestellung an den Lieferanten weitergibt. Das über PayPal vereinnahmte Geld rechnet die Verfügungsbeklagte monatlich mit den jeweiligen Lieferanten ab, wobei die Verfügungsbeklagte die ihr für die Inanspruchnahme von PayPal entstehenden Gebühren anteilig an die Lieferanten weiter gibt. Unstreitig ist die Verfügungsbeklagte nicht im Besitz einer behördlichen Erlaubnis für die Vereinnahmung und Weiterleitung der Gelder, insbesondere ist sie nicht im Besitz einer Erlaubnis der BaFin gemäß § 8 Abs. 1 Zahlungsdienste-Aufsichtsgesetz (ZAG). 3

Die Verfügungsklägerin mahnte die Verfügungsbeklagte mit Schreiben vom 31.08.2011 erfolglos ab. Die Verfügungsklägerin wies die Abmahnung mit Schreiben vom 07.09.2011 zurück. 4

Die Verfügungsklägerin meint, der Unterlassungsantrag sei hinreichend bestimmt und stelle auf die konkrete Verletzungsform ab. Die Dringlichkeit sei gegeben, da die Verfügungsklägerin erst nach einem Telefonat des Klägervertreters mit einem Kollegen am 10.08.2011 von der Erlaubnispflicht und der fehlenden Erlaubnis erfahren habe. Die Verfügungsbeklagte bedürfe für ihr Geschäftsmodell einer Genehmigung der BaFin gemäß § 8 Abs. 1 ZAG. Die Verfügungsbeklagte sei Zahlungsinstitut im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG und tätige durch die Vereinnahmung und Weiterleitung der Gelder Finanztransfergeschäfte gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 6 ZAG. Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Erlaubnispflicht seien erfüllt. § 8 ZAG sei eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG. Selbst wenn man die Vorschrift als Marktzutrittsregelung ansehen würde, diene sie im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG „auch“ der Regelung des Marktverhaltens. Ergänzend bestehe ein deliktischer Unterlassungsanspruch entsprechend §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB, 8 ZAG. § 8 ZAG sei Schutzgesetz gemäß § 823 Abs. 2 BGB. 5

Die Verfügungsklägerin beantragt, nachdem sie den Antrag in der mündlichen Verhandlung neu gefasst hat, 6

wie erkannt. 7

Die Verfügungsbeklagte beantragt, 8

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen. 9

Die Verfügungsbeklagte, die eine Schutzschrift hinterlegt hat, ist der Auffassung, es fehle an dem Verfügungsgrund. Die Verfügungsbeklagte bewerbe ihr Angebot seit Mitte März 2011 öffentlich und seit Anfang Juni 2011 prominent über Youtube. Der Verfügungsklägerin dürfe das Angebot jedenfalls seit Anfang Juni 2011 bekannt sein. Der Geschäftsführer der Verfügungsklägerin habe einen Onlinekommentar abgegeben. Jedenfalls hätte das Angebot 10

der Verfügungsklägerin bekannt sein müssen.

Der Unterlassungsantrag sei zu unbestimmt und daher unzulässig. Es werde weitgehend der Gesetzeswortlaut wiederholt. Der Antrag berücksichtige zulässige Ausnahmen nicht. 11

Es fehle auch an einem Verfügungsanspruch. Es liege kein Finanztransfergeschäft vor, es handele sich allenfalls um eine nicht erlaubnisbedürftige Nebendienstleistung. Dies entspreche Erwägungsgrund 6 der Europäischen Zahlungsdiensterichtlinie. Zudem greife der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 10 Nr. 2 ZAG. Würde die Rechtsauffassung der Verfügungsklägerin zutreffen, müssten auch andere Internetanbieter erlaubnispflichtig sein. Es fehle an einer Entgeltlichkeit der Inanspruchnahme des Online-Payment-Zahlungsdienstes, da für diesen nur eine Aufwandsentschädigung in Rechnung gestellt werde. § 8 Abs. 1 ZAG sei schließlich keine Marktverhaltens-, sondern eine Marktzutrittsregelung. 12

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 13

Entscheidungsgründe: 14

Der zulässige Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung ist begründet. 15

1. 16

Die Kammer teilt die gegen die Bestimmtheit des Antrags erhobenen Bedenken nicht. Zwar enthält der Antrag eine Wiederholung der Tatbestandsmerkmale des § 8 Abs. 1 ZAG. Sofern ein Antrag sich in der Wiederholung der Tatbestandsmerkmale einer Vorschrift erschöpft, kann dies der Bestimmtheit auch entgegenstehen. Hier hat die Verfügungsklägerin aber durch die konkrete Umschreibung der Tätigkeit der Verfügungsbeklagten den Antrag in eine konkrete Verletzungsform gebracht, die der Bestimmtheit des Antrags genügt. 17

Soweit die Verfügungsbeklagte weiter beanstandet, der Antrag müsse die zulässigen Ausnahmen bezeichnen, wird auch diesem Einwand nicht gefolgt. Wie noch darzulegen ist, unterfällt die Tätigkeit der Verfügungsbeklagten nicht den Ausnahmetatbeständen gemäß § 1 Abs. 10 ZAG. In diesem Fall bedarf es der Umschreibung zulässiger Ausnahmen nicht, da bei künftiger Erfüllung eines Ausnahmetatbestands ein Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung wegen veränderter Umstände gemäß §§ 936, 927 ZPO in Betracht kommt. 18

2. 19

Ein Verfügungsanspruch folgt aus §§ 3, 4 Nr. 11, 8 UWG, 8 Abs. 1 ZAG. 20

a) 21

Bei § 8 Abs. 1 ZAG handelt es sich im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG um eine Marktverhaltensregelung. Mit der Verfügungsbeklagten ist § 8 ZAG hinsichtlich der Erlaubnispflicht zunächst als Marktzutrittsregelung anzusehen, da ohne die Erlaubnis unter den genannten Voraussetzungen keine Zahlungsdienste als Zahlungsinstitut erbracht werden können. Die Einordnung als Marktzutrittsregelung hindert aber nicht „auch“ die Einordnung als Marktverhaltensregelung. Eine Vorschrift mit einer sog. Doppelfunktion ist in der Regel anzunehmen, wenn die Betätigung einer öffentlichrechtlichen Erlaubnis bedarf und die Vorschrift zugleich im Interesse insbesondere der Verbraucher eine bestimmte Qualität, Sicherheit oder Unbedenklichkeit der angebotenen Dienstleistung sicherstellen will (vgl. 22

Köhler, UWG, § 4, Rdnr. 11.49 m.w.N.). So liegt es hier. Die Erlaubnis gemäß § 8 Abs. 1 ZAG als öffentlichrechtliche Erlaubnis dient jedenfalls auch dem Schutz der Verbraucher vor unzuverlässigen Zahlungsinstituten. Dies folgt aus einem Umkehrschluss aus den Versagungstatbeständen des § 9 ZAG, insbesondere Nr. 5, der auf die Zuverlässigkeit und fachliche Eignung des Geschäftsleiters abstellt. Eine solche Regelung dient gerade dem Verbraucherschutz.

b) 23

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 ZAG sind erfüllt. Die Verfügungsbeklagte erbringt im Inland gewerbsmäßig Zahlungsdienste als Zahlungsinstitut. 24

(1) 25

Die Verfügungsbeklagte handelt als Zahlungsinstitut gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG. Das ist der Fall bei Unternehmen, die u.a. gewerbsmäßig Zahlungsdienste erbringen, ohne unter Nr. 1-4 zu fallen. Letzteres ist unzweifelhaft und wird auch von den Parteien nicht in Zweifel gezogen. Die Verfügungsbeklagte handelt bei der Nutzung der Online-Zahlungsmöglichkeit gewerbsmäßig, nämlich im Rahmen der gewerblichen Bestellvermittlung. Die Vorschrift fordert nicht, dass es dem Unternehmen gerade um die Zahlungsdienste gehen muss. Vielmehr werden auch Zahlungsdienste als Nebendienst für ein Hauptgeschäft erfasst. Es genügt, dass die Zahlungsdienste im Rahmen der gewerblichen Tätigkeit erbracht werden. 26

(2) 27

Es handelt sich gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 6 ZAG um Zahlungsdienste in Form von Finanztransfergeschäften. Diese liegen u.a. bei Diensten vor, bei denen ohne Einrichtung eines Kontos ein Geldbetrag ausschließlich zur Übermittlung eines entsprechenden Betrags an den Zahlungsempfänger entgegengenommen wird. So liegt es hier, wenn die Verfügungsbeklagte z.B. über PayPal die Beträge für die Bestellungen vereinnahmt und diese später an die Lieferanten auskehrt. Dabei beschränkt § 1 Abs. 2 Nr. 6 ZAG den Geldbetrag nicht auf Bargeld, sondern gilt auch für Buchgeld wie hier (vgl. Ellenberger/Findeisen/Nobbe, Zahlungsverkehrsrecht, § 1 ZAG, Rdnr. 204). Die in § 1 Abs. 10 ZAG für Zahlungsdienste geregelten Ausnahmetatbestände greifen nicht ein. Weder handelt es sich bei der Verfügungsbeklagten um einen Handelsvertreter (Nr. 2) noch liegt ein Inkasso, eine Zahlung per Nachnahme noch eine andere Ausnahme vor. Die von der Verfügungsbeklagten befürwortete entsprechende Anwendung von § 1 Abs. 10 Nr. 2 ZAG auf die Tätigkeit der Verfügungsbeklagten findet in dieser Vorschrift keinen Niederschlag. Grundsätzlich sind die konkret umschriebenen Ausnahmetatbestände eng auszulegen. 28

(3) 29

Auch die weitere Voraussetzung des § 8 Abs. 1 ZAG, dass die Verfügungsbeklagte gewerbsmäßig Zahlungsdienste erbringen will, ist entsprechend § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG zu bejahen. 30

Wie zu § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG ist nicht anzunehmen, dass die Zahlungsdienste Hauptzweck der Tätigkeit sein müssen. Zwar weist die Verfügungsbeklagte zutreffend auf Erwägungsgrund 6 der Europäischen Zahlungsdienste-Richtlinie hin, wonach der Anwendungsbereich auf Zahlungsdienstleister beschränkt werden sollte, deren Haupttätigkeit darin besteht für Zahlungsdienstenutzer Zahlungsdienste zu erbringen. Diese Beschränkung ist im deutschen Recht in § 1 Abs. 10 ZAG umgesetzt. Die Verfügungsbeklagte unterfällt nicht 31

diesen Ausnahmen. Ein allgemeines „Nebendienstleistungsprivileg“ kann aus Erwägungsgrund 6 der Richtlinie nicht hergeleitet werden.

Die für gewerbliche Betätigung erforderliche Gewinnerzielungsabsicht muss sich nicht zwingend auf die Zahlungsdienste beziehen, sondern es genügt, wenn die Zahlungsdienste die Gewinnerzielungsabsicht im Rahmen des Hauptgeschäfts fördern. Es handelt sich bei der Vereinnahmung und Weiterleitung der Geldbeträge durch die Verfügungsbeklagte nicht um eine unentgeltliche Tätigkeit, sondern um eine bei einer Gesamtbetrachtung entgeltliche Tätigkeit, bei der der Zahlungsdienst in der Provision mitvergütet ist. 32

(4) 33

Die Kammer ist an einer Entscheidung nicht deshalb gehindert, weil für die Erlaubnis gemäß § 8 Abs. 1 ZAG die BaFin zuständig ist, und deren Entscheidung noch aussteht und nach der Erörterung in der mündlichen Verhandlung bislang noch kein Verfahren bei der BaFin eingeleitet ist. In einem solchen Fall sind die Wettbewerbsgerichte nicht gehindert, eine eigene Entscheidung zu der Erlaubnisfrage zu treffen (vgl. Köhler a.a.O., Rdnr. 11.19). Sollte im Rahmen eines künftigen Verfahrens eine Erlaubnis erteilt werden, so verstößt die Verfügungsbeklagte nicht gegen den Tenor der einstweiligen Verfügung. Wird in dem Verfahren von der BaFin durch Verwaltungsakt festgestellt, dass die Tätigkeit der Verfügungsbeklagten nach § 8 Abs. 1 ZAG erlaubnisfrei ist, so kann die Aufhebung der einstweiligen Verfügung wegen veränderter Umstände beantragt werden. 34

3. 35

Auf die weitere Frage, ob deliktischer Schutz gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB, 8 ZAG eingreift, kommt es nicht mehr an. 36

4. 37

Der Verfügungsgrund gemäß § 935 ZPO ist gegeben. Die Vermutung gemäß § 12 Abs. 2 UWG ist durch die Verfügungsbeklagte nicht ausgeräumt. Die Verfügungsklägerin hat glaubhaft gemacht, erst nach dem 10.08.2011 von der Problematik der Erlaubnispflicht Kenntnis gehabt zu haben. Zwar genügt regelmäßig die Kenntnis der den Wettbewerbsverstoß begründenden Tatsachen. Es kommt also nicht auf die Kenntnis von der rechtlichen Wertung an. Aber auch hier hat die Verfügungsbeklagte nur die Vermutung geäußert, aufgrund der Wettbewerbslage und einer nahe liegenden Marktbeobachtung durch die Verfügungsklägerin habe diese schon im Juni 2011 Kenntnis von dem Verstoß haben müssen. Eine grob fahrlässige Unkenntnis der Verfügungsklägerin folgt daraus noch nicht. Diese trifft keine allgemeine Marktbeobachtungspflicht (Köhler, a.a.O., § 12, Rdnr. 3.15 m.w.N.). Die bloß fahrlässige Unkenntnis der Tätigkeit der Verfügungsbeklagten schadet nicht. 38

5. 39

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. 40

Der Streitwert wird auf 30.000,00 € festgesetzt. 41

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE