

BGHZ 66, 372, 375; BGHZ 87, 393, 398; 176, 234 Rn. 22 ff.). Daher käme es nach der bisherigen Rechtsprechung für die Entscheidung des Rechtsstreits auf die vom Berufungsgericht nicht aufgeklärte Frage an, ob der Beklagte Kenntnis von der Stornierungsvereinbarung oder der Zuvielüberweisung hatte.

[21] c) aa) Ob diese – maßgeblich auf Veranlasser- und Rechtsscheinhaftung abstellende – Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen des Bereicherungsausgleichs in Anweisungsfällen nach dem In-Kraft-Treten der – der Umsetzung der RiL 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13. 11. 2007 (ABl. L 319/1) dienenden – Vorschriften über Zahlungsdienste (§§ 675c ff. BGB), insbesondere des § 675u BGB, am 31. 10. 2009 fortgelten, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten (bejahend: *AG Hamburg-Harburg* WM 2014, 352, 353; *Grundmann*, in: *Großkomm. HGB*, 5. Aufl., Bankvertragsrecht Dritter Teil Rn. 417 ff.; *Omlor*, in: *Staudinger, BGB*, Neubearb. 2012, § 675z Rn. 6; *Nobbe*, in: *Ellenberger/Findeisen/Nobbe*, Kommentar zum Zahlungsverkehrsrecht, 2. Aufl., § 675u Rn. 30; *Baumbach/Hopt*, HGB, 36. Aufl., BankGesch [7], C/78; *Rademacher* NJW 2011, 2169, 2171; *Schnauder* juris PK-B KR 11/2011 Anm. 4; *Fornasier* AcP 212 [2012] 410, 343 f.; *Diekmann* WM 2015, 14, 16 f.; *Piekenbrock* WM 2015, 797 f.; verneinend: *LG Hannover* ZIP 2011, 1406, 1407; *LG Berlin* WM 2015, 376, 377; *Casper*, in: *MünchKommBGB*, 6. Aufl., § 675u Rn. 21 ff.; *Bartels* WM 2010, 1828, 1833; *Madaus* EWiR 2011, 589 f.; *Linardatos* BKR 2013, 375, 376; *Belling/Belling* JZ 2010, 708, 710 f.; *Graf v. Westphalen*, in: *Erman*, BGB, 14. Aufl., § 675u Rn. 12).

[22] bb) Der erkennende Senat entscheidet diese Frage im Ergebnis im Sinne der zuletzt genannten Auffassung. Dabei kann dahinstehen, ob die RiL 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. 11. 2007 (ABl. L 319/1) – wie ein Teil der Literatur meint (vgl. u. a. *Linardatos* BKR 2013, 395, 396) – die Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung gebietet. Die bisherige Rechtsprechung beruht auf einer wertenden Betrachtung und rechnet dem nicht Anweisenden eine Leistung maßgeblich unter Veranlasser- und Rechtscheingesichtspunkten zu. Diese Zurechnung ist bereits zur alten Rechtslage auf erhebliche dogmatische Kritik gestoßen (vgl. die Nachweise im Senatsurteil BGHZ 176, 234 Rn. 14, 21; *Müller* WM 2010, 1293, 1300 ff.). An ihr kann angesichts der in § 675j und § 675u BGB zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Wertungen – jedenfalls im Zahlungsverkehrsrecht ab In-Kraft-Treten des neuen Zahlungsverkehrsrechts – nicht mehr festgehalten werden.

[23] (1) Dreh- und Angelpunkt des neuen Zahlungsverkehrsrechts ist § 675j BGB, der die Autorisierung des Zahlungsvorgangs regelt. Gemäß § 675j Abs. 1 Satz 1 BGB ist ein Zahlungsvorgang gegenüber dem Zahler nur wirksam, wenn dieser ihn autorisiert hat. Ohne diese Autorisierung begründet ein Zahlungsvorgang keinen Aufwendungsersatzanspruch des Zahlungsdienstleisters gegen den Zahler. Er hat diesem den Zahlungsbetrag vielmehr unverzüglich wertstellungsneutral zu erstatten (§ 675u Satz 1 und 2 BGB). Durch § 675j und § 675u BGB wird in den sogenannten „Veranlasserfällen“ eine Abkehr vom Horizont des Zahlungsempfängers als maßgebendem Wertungskriterium vollzogen. Maßgebend ist, dass das Gesetz ein gegenüber der früheren Rechtslage zugunsten des Zahlungsdienstleisters nur sehr eingeschränkt abdingbares Zurechnungskriterium für die Gültigkeit der Belastungsbuchung, nämlich die Autorisierung durch den Zahler, eingeführt hat (*Bartels* WM 2010, 1828, 1833; vgl. auch *Winkelhaus* BKR 2010, 441, 448), wel-

ches im Rahmen der wertenden Betrachtung auch im Bereicherungsrecht in den Vordergrund rückt.

[24] Dies bedeutet, dass ein Zahlungsvorgang im Anwendungsbereich der §§ 675c ff. BGB einem Zahler ohne dessen Autorisierung unabhängig davon, ob der Zahlungsempfänger Kenntnis von der fehlenden Autorisierung hat und wie sich der Zahlungsvorgang von seinem Empfängerhorizont aus darstellt, nicht als Leistung zugerechnet werden kann. Er hat mangels Tilgungsbestimmung im Valutaverhältnis zwischen Zahler und Zahlungsempfänger keine Erfüllungswirkung und kann im Deckungsverhältnis zwischen Zahler und Zahlungsdienstleister nicht als Leistung des Zahlungsdienstleisters an den Zahler angesehen werden. Mangels eines Leistungsverhältnisses begründet ein nicht autorisierter Zahlungsvorgang eine Nichtleistungskondition des Zahlungsdienstleisters gegen den Zahlungsempfänger.

[25] (2) Dieses Ergebnis ist auch gerecht und widerspruchsfrei. Zwar meint ein Teil der Literatur, dass der Zahler ungerechtfertigt bereichert wäre, wenn die Belastungsbuchung auf seinem Konto nach § 675u BGB rückgängig gemacht werde und kein Bereicherungsanspruch des Zahlungsdienstleisters gegen ihn bestehe. Da dies nicht die Zielsetzung des lediglich die Rückgängigmachung der Belastungsbuchung vorschreibenden § 675u BGB sei, sei dem Zahlungsdienstleister ein Bereicherungsanspruch gegen den Zahler zu gewähren (vgl. *Nobbe*, in: *Ellenberger/Findeisen/Nobbe* [a. a. O.], § 675u Rn. 28; *Grundmann*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 2. Aufl., Bd. 2 Bank- und Börsenrecht, II. Zahlungsverkehr Rn. II 99). Eine solche ungerechtfertigte Bereicherung des Zahlers besteht aber nicht. Vielmehr wird der Zahler – hier die Streithelferin – da ihm mangels einer Autorisierung die Überweisung durch den Zahlungsdienstleister nicht als Leistung an den Zahlungsempfänger zuzurechnen ist (vgl. *LG Hannover*, Urteil v. 21. 12. 2010 – 18 O 166/10, Rn. 27; *Casper*, in: *MünchKommBGB*, 6. Aufl., § 675u Rn. 24), so behandelt, als hätte er im Valutaverhältnis keine gegen ihn bestehende Forderung des Zahlungsempfängers erfüllt. Der Zahlungsempfänger kann, soweit ihm im Valutaverhältnis ein Anspruch gegen den Zahler zusteht, diesen Anspruch weiterhin geltend machen. Der Zahler hat also nichts erlangt, weswegen auch ein gegen ihn gerichteter Konditionsanspruch seines Zahlungsdienstleisters ausscheidet. Das steht in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung zu den Fällen, in denen es von Anfang an an einer wirksamen Weisung gefehlt hat (vgl. *Mayen*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 50 Rn. 11; vgl. auch Senatsurteil v. 1. 6. 2010 – XI ZR 389/09 = WM 2010, 1218 Rn. 32).

Anmerkung

Professor Dr. Nils Jansen, Münster*

Hat eine Bank (Zahlungsdienstleister) eine Überweisung (Zahlungsdienstleistung) trotz rechtzeitigen Widerrufs (vgl. §§ 675j Abs. 2 Satz 1, 675p Abs. 1 und 3 BGB) ausgeführt, so versagt ihr seit Ende 2009 § 675u BGB einen Aufwendungsersatzanspruch gegen ihren Kunden (den Zahler) und verpflichtet sie zur umgehenden Rückbuchung. Denn nach § 675j Abs. 1 BGB ist die Überweisung gegenüber dem Kunden nur dann wirksam, wenn dieser die Überweisung „auto-

* Der Autor lehrt Römisches Recht und Privatrechtsgeschichte sowie Deutsches und Europäisches Privatrecht an der Universität Münster.

riert“ hat. Diese Regelungen, die Vorgaben der Richtlinie über Zahlungsdienste im Binnenmarkt¹ (ZD-RiL) umsetzen sollen, erscheinen vertragsrechtlich trivial. Interessant und in der Literatur umstritten ist allein die Frage, ob damit auch etwas für die Rückabwicklung widerrufswidrig ausgeführter Überweisungen nach § 812 BGB gesagt ist.²

Der XI. Zivilsenat des *BGH* hat sich mit seinem – in den entscheidenden Passagen allerdings recht knapp und wenig klar begründeten – Urteil auf die Seite derjenigen gestellt, die meinen, die Norm statuiere gänzlich neue Grundsätze für den Ausgleich in Dreipersonenverhältnissen. Widerrufe der Kunde seinen Überweisungsauftrag, so könne die Bank sich, wenn sie ihn gleichwohl ausführe, ausschließlich an den Zahlungsempfänger halten. In der Entscheidung, die Bank für ihren Rückgriff auf den Zahlungsempfänger zu verweisen, mag man eine dogmatisch letztlich plausible Rechtsfortbildung sehen. Die Vorschriften des § 675u BGB tragen zu dieser Frage allerdings überhaupt nichts bei; vielmehr ergibt sich dies Ergebnis bereits aus dem bisherigen Recht. Die Begründung ruft deshalb nach scharfer Kritik. Zum einen präsentiert das Gericht seine rechtspolitisch nicht unproblematische Entscheidung verfehlt als Umsetzung einer neuen Norm und verschleiert damit die eigene Verantwortlichkeit für das neue Recht (I.); zum anderen lässt die Begründung offen, wie weit der Ausgleich bei Anweisungsmängeln über die Widerrufsfälle hinaus auf gänzlich neue Füße gestellt werden soll (II.). Das wäre indes wichtig für Konstellationen wie den Scheckwiderruf, bürgerlich-rechtliche Anweisungen außerhalb des Bankgeschäfts, die angekündigte, aber gleichwohl widerrufen Banküberweisung sowie die Anfechtung eines Überweisungsauftrags. Einer solchen Revision bedarf es indes nicht (IV.), weil das Ergebnis des Urteils sich bruchlos in die etablierte Dogmatik der Rückabwicklung bei Anweisungsmängeln einfügt (III.).

I. Wer verantwortet das neue Recht?

Zur Erinnerung: Die Zahlung einer Bank gilt nach Rechtsprechung und herrschender Lehre als Leistung des Kunden an den Zahlungsempfänger, wenn der Kunde/Schuldner die Zahlung wirksam angewiesen hat. Ist die Anweisung gestört, so soll es nach den allgemeinen Grundsätzen der Rechts-scheinhaftung darauf ankommen, ob der Kunde den Rechts-schein einer Leistung zurechenbar veranlasst hat, und ob der Empfänger die Zahlung als Leistung des Bankkunden verstehen durfte.³ Dann soll das Vertrauen des gutgläubigen

Empfängers geschützt sein. Die Bank hat einen Kondiktionsanspruch gegen ihren Kunden, der sich, wenn die Überweisung rechtsgrundlos erfolgte, nach § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB an den Zahlungsempfänger halten muss (allerdings kann die Bank selbstverständlich vertragsrechtlich haftbar sein). Nach herrschender Meinung war das auch bei einem Widerruf der Fall;⁴ hier fand der Ausgleich nur dann nicht zwischen Bankkunde und Zahlungsempfänger statt, sondern, aufgrund einer Nichtleistungskondition, zwischen Bank und Zahlungsempfänger, wenn die Zahlungsanweisung dem Kunden nicht zurechenbar war – etwa mangels Geschäftsfähigkeit oder wirksamer Vertretung – oder der Empfänger von dem Widerruf wusste bzw. nicht gutgläubig war.⁵ Zwar stellten sich unter Umständen schwierige Abgrenzungsfragen – etwa bei einer Zuvielüberweisung⁶ oder einer irr-tümlichen Überweisung an einen falschen Adressaten.⁷ Jedenfalls stand aber fest, dass sich die gesetzlichen Grundlagen für den Ausgleich in Mehrpersonenverhältnissen nicht in den §§ 812 ff. BGB – auch nicht in einem angeblich spezifisch bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriff – fanden,⁸ sondern in den Normen des allgemeinen Schuldrechts, insbesondere in den Regeln zur Zurechnung von Willenserklärungen und Rechtsscheintatbeständen⁹ sowie zur Erfüllung.¹⁰

An diesen Grundsätzen will der *BGH* – das ist zu begrüßen – auch weiterhin festhalten (Rn. 18, 20; die im Text genannten Rn. beziehen sich auf *BGH* JZ 2015, 950 ff.). Gleichwohl, dies die zentrale Aussage des Urteils, soll bei widerrufenen Überweisungen anderes gelten. Eine Bankgutschrift könne dem Zahler „nicht als Leistung zugerechnet werden“, wenn es an einer wirksamen Autorisierung i. S. des § 675j BGB fehle (Rn. 22 ff., 24). Denn das Gesetz habe mit der Autorisierung ein „gegenüber der früheren Rechtslage zugunsten des Zahlungsdienstleisters nur sehr eingeschränkt abdingbares Zurechnungskriterium für die Gültigkeit der Belastungsbuchung ... eingeführt“ (Rn. 23). Wenn der *BGH* seine Entscheidung damit als Umsetzung von Vorgaben des Gesetzes präsentiert, so verschleiert das freilich die eigene Verantwortlichkeit für eine weitreichende Rechtsfortbildung. Insbesondere trifft nämlich die Annahme, der Ge-

¹ RiL 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13. 11. 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, ABl. EU, Nr. L 319/1.

² Keinen Anlass, von der bisherigen Lösung abzuweichen, sahen vor allem *Grundmann* WM 2009, 1109, 1116 f.; ausführlicher *ders.*, in: *Großkommentar Handelsgesetzbuch*, 5. Aufl. 2015, Bankvertragsrecht, Dritter Teil. Zahlungsgeschäft, Rn. 413 ff., 417, 420; *Gerd Müller* WM 2010, 1293, 1296; *Rademacher* NJW 2011, 2169, 2170 ff.; *Fornasier* AcP 212 (2012), 410, 433–441; *Thomale*, Leistung als Freiheit, 2012, S. 320–322; *Nobbe*, in: *Ellenberger/Findeisen/Nobbe*, Kommentar zum Zahlungsverkehrsrecht, 2. Aufl. 2013, § 675u BGB Rn. 28–30; *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, 36. Aufl. 2014, (7) BankGesch, Rn. C/78; *Wendehorst*, in: *Bamberger/Roth*, BGB, 3. Aufl. 2012, § 812 Rn. 229a–229c; *Looschelders*, Schuldrecht BT, 9. Aufl. 2014, Rn. 1154 f.; *Danwerth* zjs 2015, 225, 228 ff. Demgegenüber haben widerrufswidrige Überweisungen aufgrund des neuen Rechts den nicht veranlassten Anweisungen zugeordnet vor allem: *Belling/Belling* JZ 2010, 708, 710 f.; *Bartels* WM 2010, 1828, 1832 f.; *Winkelhaus* BKR 2010, 441, 443 ff., 448 f.; *ders.*, Der Bereicherungsausgleich bei fehlerhafter Überweisung nach Umsetzung des neuen Zahlungsdienstrechts, 2014, S. 136 ff.; *Casper*, in: *MünchKommBGB*, 6. Aufl. 2012, § 675u Rn. 21–24; *Sprau*, in: *Palandt*, BGB, 74. Aufl. 2015, § 675u Rn. 3, § 812 Rn. 107a. Die Frage war auch in der instanzgerichtlichen Rspr. umstritten; Nachweise bei *BGH* JZ 2015, 950, 952 Rn. 21.

³ *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, S. 229–231.

⁴ Zusammenfassender Überblick und w.N. bei *Rademacher* NJW 2011, 2169 f.; *Looschelders* (Fn. 2), Rn. 1151–1155.

⁵ So die h.L.: *Larenz/Canaris* (Fn. 3), S. 231; *S. Lorenz*, in: *Staudinger*, BGB, 2007, § 812 Rn. 51; *Wendehorst*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 2), § 812 Rn. 238.

⁶ Hier hatte der *BGH* einen Rechtsscheintatbestand einer wirksamen Anweisung bejaht und der Bank einen Anspruch gegen den Zahlungsempfänger versagt: *BGHZ* 176, 234; anders von jeher die h.L.; siehe insb. *von Caemmerer* JZ 1962, 385, 387; *Canaris* JZ 1987, 201, 202 f.; *S. Lorenz*, in: *Staudinger* (Fn. 5), § 812 Rn. 51.

⁷ Ob die Argumentation, bei einer Überweisung an einen falschen Empfänger habe der Auftraggeber „die fehlgehende Zahlung nicht veranlasst“, auch dann gelten sollte, wenn der Empfänger gutgläubig war, hatte der *BGH* 1976 offengelassen: *BGHZ* 66, 372, 375 f.

⁸ So indes *Solomon*, Der Bereicherungsausgleich in Anweisungsfällen, 2004, S. 21 ff., 35–41. Auch der *BGH* spricht bis heute von einem bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriff (*BGH* JZ 2015, 950, 951 Rn. 17; ebenso *BGHZ* 176, 234, 237), ohne diesem Begriff allerdings eine besondere dogmatische Bedeutung beizulegen. Gegen die Annahme eines spezifisch bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriffs indes völlig zu Recht *von Caemmerer* JZ 1962, 385, 386; *Kupisch*, Gesetzespositivismus im Bereicherungsrecht, 1978, S. 22; *Zimmermann* OJLS 15 (1995), 403, 406; *Grigoleit*, in: *Festschrift für Medicus*, 2009, S. 125, 141 f.; *M. Schwab*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 2), § 812 Rn. 47 ff.; detailliert *Thomale* (Fn. 2), S. 163 ff. und passim.

⁹ *Larenz/Canaris* (Fn. 3), S. 201 ff.; *S. Lorenz* JuS 2003, 839–845; siehe auch *Koziol/Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 12. Aufl. 2001, S. 271; *BGHZ* 147, 145, 149–151; 147, 269, 269–274; 158, 1, 5 f.; 167, 171, 173–175, 177; 176, 234, 236–240; *BGH* NJW 2012, 3294, 3297 f.

¹⁰ *Kupisch* (Fn. 8), S. 19 ff. und passim; *Thomale* (Fn. 2); näher zum Ganzen *Jansen*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, demnächst im AcP 216 (2016), unter III. 4. u. 5.

setzgeber habe die Regeln über die Zurechnung von Rechts-scheintatbeständen ändern wollen, schlichtweg nicht zu.

Der deutsche Gesetzgeber beabsichtigte mit der Neuregelung lediglich, die Vorgaben der RiL umzusetzen, die allein das Verhältnis zwischen der Bank und ihrem Kunden betreffen; für das Verhältnis zwischen dem Bankkunden und dem Zahlungsempfänger trifft das Gesetz keine Regelung. Auf Art. 60 ZD-RiL beruht ohnehin nur § 675u Satz 2 BGB, nicht aber Satz 1 der Vorschrift; entsprechend ging der Gesetzgeber bei § 675u BGB davon aus, nicht mehr als ein Restatement längst geltender Vertragsrechtsgrundsätze zu formulieren.¹¹ Nun ist diese Norm nicht besonders klar formuliert. Sie steht im BGB allerdings unmissverständlich unter der Überschrift „Haftung“ in einem Kontext, der ausschließlich die vertraglichen Ansprüche zwischen der Bank und ihrem Kunden regelt. Es gibt keinen Grund für die Annahme, das Gesetz regle an dieser Stelle Regressfragen, insbesondere auch die Voraussetzungen der Erfüllung im Valutaverhältnis zwischen dem Bankkunden und dem Zahlungsempfänger. Anders als ein Teil der Literatur das – freilich wenig spezifisch¹² – behauptet hat, gibt es aber auch keine europarechtlichen Gründe für eine solche Auslegung des § 675u BGB. Denn der europäische Gesetzgeber hat die Regelung des Rückgriffs den Mitgliedstaaten überlassen. Nach ihrem unmissverständlichen Erwägungsgrund 47 hat die ZD-RiL nämlich ebenfalls „nur die vertraglichen Verpflichtungen und Verantwortlichkeiten zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und seinem Zahlungsdienstleister zum Gegenstand“. Auch wenn der Begriff der „vertraglichen Verpflichtung“ nach europäischem Recht weiter reichen mag als nach deutschem, erfasst er doch gewiss nicht den Rückgriff in Mehrpersonenverhältnissen; entsprechend finden sich auch im übrigen Richtlinien-text keine Aussagen zu derartigen Rückgriffsproblemen.

Es geht daher viel zu weit, Art. 60 ZD-RiL bzw. § 675u BGB die Vorgabe zu entnehmen, den Bankkunden generell aus der Abwicklung fehlgeschlagener Zahlungsvorgänge herauszunehmen.¹³ Bei dem in Art. 60 ZD-RiL vorgesehenen Erstattungsanspruch des Kunden geht es ohnehin in erster Linie um Belastungsbuchungen in Betrugsfällen, etwa bei gefälschten Überweisungen oder bei nicht veranlassten Zahlungen mit abhanden gekommenen Kreditkarten. Die Normen schützen den Kunden nicht vor der Einrede ungerechtfertigter Bereicherung¹⁴ und schon gar nicht vor einem selbständigen Kondiktionsanspruch der Bank, der, sofern der Kunde nicht von einer Verpflichtung gegen den Zahlungsempfänger befreit wurde, lediglich die Abtretung der Kondiktion des Kunden gegen den Zahlungsempfänger zum Gegenstand hat.¹⁵ All das war lange vor der Entscheidung des *BGH* bekannt und auch in den vom XI. Senat zitierten Beiträgen europäischer Privatrechtler detailliert zu lesen;¹⁶ hin-

zuzufügen ist dem nichts. Wenn das Gericht gleichwohl, im Anschluss an eine ältere Literaturansicht,¹⁷ behauptet, seine Neuausrichtung des Ausgleichs nach widerrufenen Anweisung beruhe auf dem Gesetz, ohne sich allerdings zur Reichweite der Regelungen des europäischen und deutschen Gesetzgebers zu äußern (siehe Rn. 22 f.), so bleibt es – mit bemerkenswert unklarer Formulierung („Zurechnungskriterium für die Gültigkeit der Belastungsbuchung“) – bewusst hinter dem aktuellen Diskussionsstand zurück.

Es scheint also, als habe der Senat nicht recht die Verantwortung für seine Rechtsfortbildung übernehmen wollen. Aber das ist unglücklich. Zunächst wird in der Entscheidung nämlich deutlich, dass auch das scheinbar so technische Recht des Ausgleichs in Mehrpersonenverhältnissen zu einer rechtspolitisch kontroversen Angelegenheit werden kann, deren Entscheidung nicht zuletzt von der personellen Besetzung eines Senats abhängt – *Gerd Nobbe*, der frühere Vorsitzende des Senats, und *Gerd Müller*, ebenfalls ein früheres Senatsmitglied, hätten offenbar anders entschieden.¹⁸ Das allein spricht freilich weder für noch gegen eine Entscheidung. Es fällt gewiss in die Kompetenz eines Höchstgerichts, den vom Gesetzgeber ohnehin nicht geregelten Ausgleich bei fehlerhaften Anweisungen in Mehrpersonenverhältnissen an gewandelte Vorstellungen hinsichtlich der Reichweite individueller Verantwortlichkeit im Rechtsverkehr bzw. an gewandelte Umstände im Zahlungsverkehr anzupassen (dazu noch sogleich III.). Allerdings bildet es in einem gewaltenteilenden Rechtsstaat ein Gebot der Transparenz, dass Verantwortung für eine Entscheidung übernimmt, wer sie trifft. Gerichte sollten nicht die ohnehin schwer zu ziehende Grenze zwischen der Umsetzung gesetzgeberischer Entscheidungen und der eigenen rechtspolitisch zu verantwortenden Rechtsfortbildung zu kaschieren versuchen. Wo sie das Recht selbständig fortbilden, brauchen sie sich nicht hinter angeblichen gesetzgeberischen Entscheidungen zu verstecken!

Die Entscheidung des *BGH*, die Bank für den Rückgriff auf den Zahlungsempfänger zu verweisen, belastet diese mit dem Insolvenzrisiko einer ihr fremden Person. Das lässt sich gewiss damit rechtfertigen, dass die Bank mit der Missachtung des Widerrufs insoweit selbst verantwortlich ist; sie hatte dieses Risiko auch nach bisherigem Recht zu tragen, wenn ihr Kunde von keiner Schuld befreit wurde und deshalb der Bank lediglich seinen Kondiktionsanspruch gegen den Zahlungsempfänger abzutreten hatte. Zudem muss die Bank aber auch mit einem Entreichungseinwand des Zahlungsempfängers rechnen, der im Vertrauen auf die Erfüllung und die damit verbundene Anerkennung seiner – in Widerrufsfällen nicht selten streitigen – Forderung Dispositionen getroffen haben kann.¹⁹ Das ist misslich, weil es häufig eine Zeit dauern wird, bis die Bank den ihr fremden Zahlungsempfänger von ihrem Irrtum in Kenntnis zu setzen vermag. Vor allem aber kann die nicht autorisierte Zuwendung nicht als Erfüllung einer etwaigen Forderung des Zahlungsempfängers gegen seinen Schuldner (den Bankkunden) gelten.²⁰ Das betont konsequent auch der *BGH* (Rn. 25). Der Zahlungsempfänger muss seine For-

11 Siehe insb. *Rademacher* NJW 2011, 2169, 2171 mit einer detaillierten Analyse der Gesetzesmaterialien; ebenso etwa *Fornasier* AcP 212 (2012), 410, 434 ff.; *Wendehorst*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 2), § 812 Rn. 229c; *Grundmann*, in: *Großkommentar HGB* (Fn. 2), Bankvertragsrecht, Dritter Teil. Zahlungsgeschäft, Rn. 419 f.

12 Vgl. die – im Übrigen besonders abgewogene und ausführliche – Argumentation bei *Casper*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 2), § 675u Rn. 21: „richtlinienkonforme(n) Auslegung des Art. 60 Abs. 1 ZDRL“.

13 So aber *Casper*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 2), § 675u Rn. 3, 21.

14 Vgl. *Fornasier* AcP 212 (2012), 410, 436–441, der die Bank für berechtigt hält, gegenüber dem Kontoberichtigungsanspruch ihres Kunden nach § 675u Satz 2 BGB mit ihrem Anspruch aufzurechnen oder die Berichtigung aufgrund der *dolo petit*-Einrede zu verweigern, soweit der Kunde von einer Verpflichtung gegenüber dem Zahlungsempfänger befreit wurde.

15 So etwa *Wendehorst*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 2), § 812 Rn. 229c; *Grundmann*, in: *Großkommentar HGB* (Fn. 2), Bankvertragsrecht, Dritter Teil. Zahlungsgeschäft, Rn. 419 f.

16 *Rademacher* NJW 2011, 2169, 2170 ff.; *Fornasier* AcP 212 (2012), 410, 433–441; *Wendehorst*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 2), § 812 Rn. 229a–229c; *Grundmann*, in: *Großkommentar HGB* (Fn. 2), Bankvertragsrecht, Dritter Teil. Zahlungsgeschäft, Rn. 413 ff., 417, 420; *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt* (Fn. 2), (7) BankGesch, Rn. C/78.

17 *Belling/Belling* JZ 2010, 708, 710 f.; *Bartels* WM 2010, 1828, 1832 f.; *Winkelhaus* BKR 2010, 441, 443 ff., 448 f.; *Casper*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 2), § 675u Rn. 21–24.

18 *Nobbe*, in: *Ellenberger/Findeisen/Nobbe* (Fn. 2), § 675u BGB Rn. 28 ff., 30; *Gerd Müller* WM 2010, 1293, 1296.

19 Vgl. etwa *Wendehorst*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 2), § 818 Rn. 64 ff.

derung also weiter gegen seinen Schuldner durchsetzen und trägt weiterhin dessen Insolvenzrisiko. Auch dagegen ist rechtspolitisch zwar nichts zu erinnern, denn Gleiches wäre der Fall, wenn die Bank den Widerruf beachtet; insoweit verdient der Zahlungsempfänger keinen Schutz. Allerdings stürzt die neue Lösung des *BGH* den Zahlungsempfänger in erhebliche Schwierigkeiten, falls Zweifel an der Wirksamkeit des Widerrufs aufkommen. Solche Fälle sind nicht selten: Ein finanziell klammer Mieter kündigt seinen Dauerauftrag, der dann irrtümlich weiter ausgeführt wird. Die Bank wendet sich an den Vermieter. Der Mieter mag aber nicht zugeben, gekündigt zu haben, und schützt ein Missverständnis der Bank vor. Oder: Ein nach dem Vertrag gemeinschaftlich kontoführungsbefugter Kontoinhaber kündigt den mit seiner Zustimmung eingerichteten Dauerauftrag. Die Bank, die die Kündigung übersehen hat und das Geld vom Empfänger zurückfordert, meint, der kündigende Kontoinhaber sei duldungs- oder anscheinsvollmächtigt gewesen, was der andere Kontoinhaber, der den Dauerauftrag weiterlaufen lassen möchte, bestreitet. Der Zahlungsempfänger sieht sich in solchen Konstellationen in einen komplizierten Streit verwickelt, dem er ohne professionellen Rat kaum gewachsen sein dürfte. Ohne einen aufwändigen Prozess mit beiden Beteiligten (auch im besprochenen Urteil war der Bankkunde Streithelfer) werden sich in solchen Fällen die Tatsachen kaum klären lassen. Besonders misslich ist das, wenn die möglicherweise fortbestehende Primärforderung zu verjähren droht. Hat der XI. Senat all das erwogen? In dem Urteil ist davon nicht die Rede.²¹ Die frühere Rechtslage war jedenfalls für die Beteiligten insgesamt deutlich glücklicher.

II. Dogmatische Folgefragen

Ein wesentliches Problem der Entscheidung besteht zudem darin, dass ihre Begründung dem Ausgleich in Mehrpersonenverhältnissen seine klare dogmatische Grundlage zu entziehen droht, die – nicht zuletzt aufgrund der Rechtsprechung des Bankensenats – seit einigen Jahren zumindest in den wesentlichen Zügen geklärt zu sein schien.²² Denn wenn der *BGH* apodiktisch das Erfordernis einer wirksamen Autorisierung statuiert, dann könnten Zahlungsempfänger im Überweisungsverkehr überhaupt nicht mehr auf einen vom Zahlenden geschaffenen Rechtsschein vertrauen. Entweder hat der Kunde die Überweisung autorisiert – dann ist er daran gebunden; oder eben nicht – dann würde der Ausgleich direkt zwischen der Bank und dem Zahlungsempfänger stattfinden, und der Zahlungsempfänger dürfte nicht darauf vertrauen, die Zahlung als Erfüllung seiner Forderung gegen den Bankkunden erhalten zu haben. Das müsste selbst dann gelten, wenn der Autorisierungsmangel auf einem Verschulden des Kunden beruht und dieser nach § 119 BGB zur Anfechtung berechtigt ist (sofern man eine solche unter der ZD-RiL überhaupt zulassen will);²³ und selbst dann, wenn

der Kunde für den Tatbestand einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht, etwa bei widerrufenem Dauerauftrag, verantwortlich ist oder seine später widerrufenen Zahlung dem Empfänger ausdrücklich angekündigt und damit selbst und unmittelbar den Rechtsschein einer Leistung gesetzt hat. Der *BGH* müsste also annehmen, das Vertretungsrecht der §§ 170 ff. BGB sei durch § 675u BGB ausgeschlossen. Es wäre indes schwer zu sehen, wie sich eine solche Sonderbehandlung der Überweisung in das Recht der übrigen Bankgeschäfte einfügen ließe;²⁴ man müsste also möglicherweise auch die an sich doch besonders klaren Fälle eines widerrufenen Schecks neu erklären. Zudem wäre außerordentlich unklar, welche Regeln für die bürgerlich-rechtliche Anweisung außerhalb des Bankbetriebs gelten sollen. Die erreichte Rechtssicherheit wäre hinfällig; und der Gerechtigkeitsgehalt einer Regel, die Bankkunden nicht gegenüber der Bank sondern gegenüber Dritten von jeglicher Rechtsscheinverantwortlichkeit – auch etwa durch ausdrückliches oder grob schuldhaftes Verhalten – freistellt, wäre schwer nachzuvollziehen. Als Begünstigung des Zahlers gegenüber seiner Bank lässt sich all das nicht begründen.

III. Zum Rechtsscheintatbestand bei widerrufener Überweisung

Der Senat deutet freilich an, dass das Urteil nicht zuletzt auf Zweifeln an seiner bisherigen Rechtsprechung zu den Widerrufsfällen beruht (Rn. 22). „Erhebliche dogmatische Kritik“ an dieser Rechtsprechung war nämlich auch aus der Mitte des Senats geäußert worden;²⁵ und die Rechtsprechung hatte zu schwer verständlichen Abgrenzungsfragen geführt – etwa bei irrtümlichen Zuviel- oder Doppelüberweisungen bzw. bei Überweisungen an falsche Empfänger.²⁶ *Gerd Müller* wollte die Widerrufsfälle nach § 120 BGB behandeln;²⁷ andere hatten die Widerrufsfälle der Fallgruppe fehlender Anweisungen zugeordnet. Und in der Tat ist aus heutiger Sicht nur schwer zu verstehen, aus welchen Gründen man bei einer widerrufenen Überweisung überhaupt einen Rechtsscheintatbestand bejahen und in Analogie zu den §§ 170 ff. BGB begründen konnte. Wenn der Zahlungsempfänger auf eine durch die beauftragte Bank übermittelte Tilgungsbestimmung seines Schuldners vertraut, dann stützt er sich nämlich auf einen Ausdruck im Kontoauszug, also auf eine Mitteilung seiner Bank, die die Botenmacht implizit behauptet. War der Überweisungsauftrag rechtzeitig widerrufen, fehlt es an dieser Botenmacht. Ein besonderer Rechtsscheintatbestand ist nicht ersichtlich, vertraut der Zahlungsempfänger doch einer bloßen Behauptung seiner Bank. Er scheint also, wie auch sonst in den Fällen einer widerrufenen Botenmitteilung, auf Schadensersatzansprüche nach §§ 120, 122 BGB gegen den Überweisungs-

²³ Die herrschende Lehre geht davon aus, dass die Anfechtungstatbestände des BGB anwendbar bleiben: *Sprau*, in: *Palandt* (Fn. 2), § 675j Rn. 3. Mit dem Vollharmonisierungsziel der Richtlinie, die die Möglichkeiten von Zahlern, ihre Anweisungen rückgängig zu machen, bewusst beschnitten hat, ist das nur schwer vereinbar: *Casper*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 2), § 675p Rn. 3. Umso mehr gilt das angesichts der Tatsache, dass die weitreichenden Anfechtungsrechte des § 119 BGB in Europa eine nicht vermittelbare Extremposition bilden; siehe Art. 4:103, 104 PECL, Art. 3.5, 3.6 PICC; *Jansen/Zimmermann* AcP 210 (2010), 196, 229–247 m. w. N.

²⁴ *Casper*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 2), § 675u Rn. 24.

²⁵ *Gerd Müller* WM 2010, 1293–1305; aus der Literatur etwa *Lieb*, in: *Festgabe 50 Jahre BGH*, Bd. I, 2000, S. 547, 552 f.; *Langenbacher*, in: *Langenbacher/Gößmann/Werner*, *Zahlungsverkehr*, 2004, § 1 Rn. 135–143; *dies.*, in: *Festschrift für Heldrich*, 2005, S. 285, 293 ff.; *Solomon* (Fn. 8), S. 76–81; *Olshausen*, in: *Festschrift für Eisenhardt*, 2007, S. 277, 291 f.; *S. Lorenz*, in: *Staudinger* (Fn. 6), § 812 Rn. 51 (S. 145).

²⁶ *Casper*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 2), § 675u Rn. 17; kritisch auch deshalb *Gerd Müller* WM 2010, 1293.

²⁷ *Gerd Müller* WM 2010, 1293, 1294 f., 1297, 1302 ff.

²⁰ *Rademacher* NJW 2011, 2169, 2171; *Casper*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 2), § 675u Rn. 24.

²¹ Auch die Literatur hat diese Probleme, soweit ersichtlich, nicht diskutiert; vgl. *Belling/Belling* JZ 2010, 708, 710 f.; *Casper*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 2), § 675u Rn. 24.

²² Der XI. Senat konnte seit 2001 auf den Billigkeitsvorbehalt verzichten, wonach „in erster Linie die Besonderheiten des einzelnen Falles ... zu beachten“ seien (*BGHZ* 58, 184, 187 [1972]) bzw. dass sich angesichts der „Besonderheiten des Einzelfalles“ jede schematische Lösung verbiete; so etwa *BGHZ* 61, 289, 292 (1973, Scheckwiderruf); 89, 376, 378 (1984) m. w. N. Ohne solche Vorbehalte etwa *BGHZ* 147, 145 (2001); 147, 269 (2001, VI. Senat); 151, 127, 129 f. (2002, IX. Senat); 152, 307 (2002); 158, 1 (2004); 167, 171, 173–175 (2006); 176, 234, 236–243 (2008); *BGH* NJW 2012, 3294, 3297 f. Seither finden sich solche Hinweise nur in Entscheidungen anderer Senate.

auftraggeber²⁸ bzw. nach §§ 179 ff. BGB analog gegen die Bank²⁹ verwiesen und im Übrigen ohnehin nach § 818 Abs. 3 BGB geschützt. Es ist aber keine Grundlage für einen positiven Vertrauenstatbestand ersichtlich, wonach der Zahlende an seiner Tilgungsbestimmung anfechtungsfest festzuhalten wäre. Das scheint bei unbefangener Betrachtungsweise so evident, dass man sich fast wundern könnte, wie man je auf andere Lösungen kam.

Demgegenüber betonte die Rechtsprechung in solchen Fällen das „Veranlassungsprinzip“.³⁰ In der Tat ist für eine Rechtsscheinverantwortlichkeit, das zeigen nicht zuletzt die §§ 170 ff. BGB, kein Verschulden erforderlich; es genügt die Zurechenbarkeit der Anweisung nach den etwa in den §§ 170 ff. BGB statuierten Kriterien.³¹ So zutreffend das im Ansatz ist, so selbstverständlich bleibt freilich die erste Voraussetzung der Rechtsscheinverantwortlichkeit ein selbständiger Rechtsscheintatbestand:³² eine Registereintragung oder, im Rahmen der §§ 170 ff. BGB, eine Vollmachtsurkunde bzw. eine Erklärung des Vollmachtgebers selbst. Die Behauptung des Vertreters oder Boten, er verfüge über Vertretungs- bzw. Botenmacht, genügt jedenfalls nicht.³³ Erforderlich wäre vielmehr eine Grundlage dafür, dieser Erklärung zu vertrauen. Die Übermittlung einer Tilgungsbestimmung im Kontoauszug des Zahlungsempfängers könnte deshalb nur dann für einen Rechtsscheintatbestand genügen, wenn man annähme, Mitteilungen von Banken verbürgten eine registerähnliche Richtigkeitsgewähr. Das hat indes, soweit ich sehe, niemand jemals behauptet, und es ist auch nicht plausibel.

Allerdings funktionierten Überweisungen in den frühen 1980er Jahren, als in der Literatur die Grundlagen der späteren Rechtsprechung gelegt wurden, ganz anders als heute. Solange Überweisungen im Interbankenverkehr nicht elektronisch abgewickelt wurden, erhielt der Zahlungsempfänger oder zumindest seine Bank nämlich eine Durchschrift des vom Zahler ausgefüllten und in den Verkehr gebrachten Überweisungsträgers.³⁴ In dieser Durchschrift sahen maßgebliche Stimmen wie *Canaris* den erforderlichen Rechtsscheintatbestand.³⁵ Zwar war dafür schon damals ein erhöhter Begründungsaufwand erforderlich,³⁶ denn eine explizite Bevollmächtigung der Bank fand sich dort nicht, und die Durchschrift war auch nicht unterschrieben. Aber mit der Überweisungsträgerdurchschrift hatte der Zahlungsempfänger doch eine Verkörperung des Auftrags des Überweisenden an seine Bank vor Augen, mit der die Bank zumindest implizit bevollmächtigt war, die Tilgungsbestimmung an den Zahlungsempfänger zu übermitteln. Als diese Überweisungsträgerdurchschrift später durch eine Mitteilung im Kontoauszug des Zahlungsempfängers ersetzt wurde, ging man über die Frage eines Rechtsscheinträgers allerdings zu-

nächst hinweg³⁷ – wohl weil die Ergebnisse sachgerecht erschienen. Aber das ändert nichts daran, dass es bei der Überweisung seither keinen Rechtsscheinträger und damit gar keinen Rechtsscheintatbestand mehr gibt.³⁸ Der Empfänger vertraut allein der ihm übermittelten Behauptung der überweisenden Bank, sie agiere als Botin ihres Kunden. Den Auftrag des Zahlenden bekommt er nicht einmal mittelbar zu Gesicht. Auch wenn die elektronische Abwicklung von Überweisungen wirtschaftlich nichts geändert hat, stellt sich die Überweisung aus der Perspektive der Rechtsscheinlehre heute also anders dar als in den frühen 1980er Jahren.

IV. Fazit

Gegen die Entscheidung des *BGH* ist im Ergebnis also nichts zu erinnern. Führt eine Bank eine Einzelüberweisung trotz Widerrufs aus, so ist sie für den Rückgriff auf den Zahlungsempfänger verwiesen. Der Grund dafür besteht allerdings nicht in angeblichen Vorgaben des § 675u BGB bzw. des Art. 60 ZD-RiL, die zu dieser Frage nichts beitragen, sondern in den etablierten Grundsätzen zur Rückabwicklung in Mehrpersonenverhältnissen und in den Vorschriften der §§ 170 ff. BGB über die Rechtsscheinverantwortlichkeit. Der Widerruf einer Anweisung führt, sofern kein Rechtsscheintatbestand erfüllt ist, zum Durchgriff. Eine Revision der Grundlagen der Rückabwicklung bei gestörten Anweisungslagen war nicht erforderlich.

Das bedeutet, dass es bei der etablierten Rückabwicklung „über Eck“ bleiben müsste, soweit der Überweisende ausnahmsweise nach Rechtsscheingrundsätzen an dem von ihm gesetzten Rechtsschein einer Tilgungserklärung festzuhalten ist.³⁹ Das ist im Scheckverkehr ohnehin der Fall, denn hier erhält der Empfänger die Anweisung vom Scheckaussteller selbst. Gleiches gilt bei einer dem Empfänger vom Überweisenden angekündigten Überweisung – der *BGH* brauchte im konkreten Fall nur deshalb nicht darauf einzugehen, weil er offenbar davon ausging, nur diejenige der beiden Überweisungen sei angekündigt gewesen, die der Empfänger behalten durfte. Schließlich ist ein Rechtsscheintatbestand schwer zu bestreiten bei einem trotz Widerrufs weiter ausgeführten Dauerauftrag: Der Empfänger darf hier annehmen, die überweisende Bank sei, wie zuvor, mit der Übermittlung der entsprechenden Tilgungsbestimmung beauftragt gewesen. Nur wenn der *BGH* mit seiner neuen Lösung auch in diesen Fällen zu einem anderen Ergebnis kommen würde, wäre die Zurechnungslehre in ihren Grundfesten erschüttert. Wünschenswert ist das nicht.

In jedem Fall wird der Gesetzgeber zu beobachten haben, wie die Neuausrichtung der Rückabwicklung in der Praxis funktioniert; die Rückabwicklung über Eck dürfte normalerweise sach- und interessengerechter sein als der direkte Durchgriff der Bank. Der Gesetzgeber ist jedenfalls nicht europarechtlich gehindert, die Überweisungsmitteilung im Kontoauszug anderen Rechtsscheinträgern gleichzustellen und damit die sachgerechte Rückabwicklung über Eck zu gewährleisten. Bis dahin gilt: Wer als Zahlungsempfänger von der überweisenden Bank auf Rückzahlung in Anspruch genommen wird, sollte immer seinem Schuldner den Streit verkünden, damit die Frage der Erfüllung verbindlich geklärt werden kann.

²⁸ Gerd Müller WM 2010, 1293, 1302 ff.

²⁹ So Langenbacher, in: Langenbacher/Gößmann/Werner (Fn. 25), § 1 Rn. 142.

³⁰ BGHZ 66, 372, 375; 176, 234, 237–239.

³¹ Statt aller *Canaris* WM 1980, 354, 355 f.

³² *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 491 ff.

³³ Anders offenbar Langenbacher, in: Festschrift für Heldrich, 2005, S. 285, 293.

³⁴ Vgl. etwa die Darstellung bei Behrends, Bankenzyklopädie II, Bankbetriebslehre (1), 1975, S. 1035–1058.

³⁵ *Canaris* WM 1980, 354, 356: „Auch bei der Giroüberweisung liegt nämlich ein Scheintatbestand vor, weil dem Überweisungsempfänger der vom Überweisenden geschaffene Überweisungsträger übermittelt wird“; ebenso etwa *ders.* JZ 1987, 1984, 1987; *Schnauder*, Grundfragen zur Leistungskondition bei Drittbeziehungen, 1981, S. 148 f.

³⁶ Siehe die Argumentation insb. bei *Canaris* (gegen *Lieb* JZ 1983, 960, 962); kritisch von Anfang an zudem *Wilhelm* AcP 175 (1975), 304, 349; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 442 f.

³⁷ *Larenz/Canaris* (Fn. 3), S. 231 (1994): „Durchschrift des Überweisungsauftrags bzw. dem entsprechenden Ausdruck in seinem Kontoauszug“.

³⁸ Treffend *Solomon* (Fn. 8), S. 80 f.; *O. Seiler*, Der Bereicherungsausgleich im Überweisungsverkehr, 1998, S. 210–216.

³⁹ Langenbacher, in: Langenbacher/Gößmann/Werner (Fn. 25), § 1 Rn. 135–143; *S. Lorenz*, in: *Staudinger* (Fn. 6), § 812 Rn. 51.