

Rechtssache C-448/21

Vorabentscheidungsersuchen

Eingangsdatum:

21. Juli 2021

Vorlegendes Gericht:

Tribunal Judicial da Comarca do Porto – Juízo Central Cível
[Bezirksgericht Porto – Zentrale Abteilung für Zivilsachen
(Portugal)]

Datum der Vorlageentscheidung:

5. Februar 2021

Klägerin:

Portugália – Administração de Patrimónios, SGPS, S.A.

Beklagte:

Banco BPI, S.A.

Tribunal Judicial da Comarca do Porto (Bezirksgericht Porto, Portugal)

Porto – JC Cível (Zentrale Abteilung für Zivilsachen) – Juiz 5 (Gericht Nr. 5)

... [nicht übersetzt] 5.º Juízo Central Cível do Porto do Tribunal Judicial da
Comarca do Porto, Portugal [Bezirksgericht Porto (Portugal), Zentrale
Abteilung für Zivilsachen, Gericht Nr. 5]

Klägerin: Portugália – Administração de Patrimónios, SGPS, S.A., mit Sitz in
Lissabon, Portugal ... [nicht übersetzt]

Beklagte: BANCO BPI, S.A., mit Sitz in Porto, Portugal ... [nicht übersetzt]

VORABENTSCHEIDUNGERSUCHEN

Auslegung der Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des
Rates vom 25. November 2015

[Art. 267 Abs. 1 Buchst. b und Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der
Europäischen Union]

Das Bezirksgericht Porto – Zentrale Abteilung für Zivilsachen – Gericht Nr. 5 ersucht den GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN UNION um Vorabentscheidung über folgende Fragen zur Auslegung der Art. 61, 72, 73 und 74 der Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015, da es dies für die Entscheidung über den bei ihm anhängigen Rechtsstreit für erforderlich erachtet.

... [nicht übersetzt]

- A. *Vorlagefragen an den Gerichtshof der Europäischen Union*
- I. Handelt es sich im Sinne der Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 (im Folgenden: Richtlinie) bei der menschliches Tätigwerden involvierenden Ausführung eines in Papierform erteilten, digitalisierten und per E-Mail übermittelten Zahlungsauftrags, der von einem vom Zahlungsdienstnutzer eingerichteten E-Mail-Konto an den Zahlungsdienstleister gesendet wird, um einen „Zahlungsvorgang“ im Sinne von Art. 73 Abs. 1 der Richtlinie?
- II. Ist Art. 73 Abs. 1 der Richtlinie dahin auszulegen, dass
- II.I. unbeschadet der Bestimmungen des Art. 71 oder eines ordnungsgemäß gemeldeten berechtigten Betrugsverdachts die bloße Anzeige eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs ohne Vorlage unterstützender Beweismittel ausreicht, um die Verpflichtung (des Zahlungsdienstleisters) zur Erstattung (an den Zahler) zu begründen?
- II.II. Falls die vorhergehende Frage bejaht wird: Kann die Regel, dass die bloße Anzeige des Zahlungsdienstnutzers ausreicht, durch eine Vereinbarung zwischen den Parteien (Zahler und Zahlungsdienstleister) über die Nichtanwendung der Beweislastregeln aus Art. 72, wie sie in Art. 61 Abs. 1 der Richtlinie vorgesehen ist, ausgeschlossen werden?
- II.III. Falls die vorhergehende Frage bejaht wird: Ist der Zahlungsdienstleister, wenn die Anwendung von Art. 72 der Richtlinie ausgeschlossen wurde und die anwendbaren gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen den Zahler zu einem Nachweis, dass der Zahlungsvorgang nicht autorisiert war, verpflichtet, nur dann zur unverzüglichen Erstattung zugunsten des Zahlers verpflichtet, wenn der Zahler diesen Nachweis erbringt?
- III. Lässt es Art. 61 Abs. 1 der Richtlinie zu, dass der Zahlungsdienstnutzer (bei dem es sich nicht um einen Verbraucher handelt) und der Zahlungsdienstleister nicht nur die Anwendung von Art. 74 der Richtlinie ausschließen, sondern auch anstelle der ausgeschlossenen Bestimmung eine

strengere Haftung des Zahlers vereinbaren, die insbesondere von Art. 73 der Richtlinie abweicht?

B. Kurze Darstellung des Rechtsstreits

- 1 Die Klägerin Portugália, SGPS, S.A. (im Folgenden: Portugália) verfügt über ein Bankkonto bei der beklagten Banco BPI, S.A. (im Folgenden: Banco BPI). Portugália hat gegen die Bank eine Klage erhoben, mit der sie die Zahlung von 2 500 000 Euro zuzüglich Zinsen fordert.
- 2 Portugália macht geltend, die Banco BPI habe von ihrem Bankkonto eine nicht autorisierte Überweisung in dieser Höhe ausgeführt.
- 3 Die Banco BPI entgegnet, der Zahlungsvorgang sei in Übereinstimmung mit dem per E-Mail erhaltenen Auftrag ausgeführt worden.

C. Zusammenfassung des wesentlichen Sachverhalts

- 4 Portugália, eine Aktiengesellschaft mit einem Ergebnis von 9 039 882,33 Euro im Geschäftsjahr 2018, ist Inhaberin eines Girokontos bei der Banco BPI, einem bei der Banco de Portugal eingetragenen Kreditinstitut.
- 5 Portugália bat bei der Banco BPI darum, die Zahlungsaufträge für Zahlungsvorgänge von ihrem Konto per E-Mail an die Banco BPI senden zu können.
- 6 Um die Autorisierung von Aufträgen für das Konto der Klägerin per Fax oder E-Mail zu ermöglichen, schlossen die Parteien im Januar 2018 folgende schriftliche Vereinbarung:
 - 6.1. „Portugália – Adm. de Patrimónios, SGPS, S.A. ... autorisiert die Banco BPI, S.A., ... alle Arten von Zahlungsvorgängen ... auszuführen, die Portugália per Fax oder E-Mail in Auftrag gibt ... und die auf den nachstehend angegebenen Konten bei der Banco BPI, S.A., deren Inhaberin Portugália ist, ausgeführt werden sollen.“
 - 6.2. „Zu diesem Zweck beauftragt Portugália – Adm. de Patrimónios, SGPS, S.A., die Banco BPI, S.A., ... b) per E-Mail übermittelte Aufträge nur dann auszuführen, wenn ihnen eine ordnungsgemäß mit gültiger/gültigen Unterschrift(en) und mit ausreichenden Befugnissen für den Geldtransfer versehene digitalisierte Kopie des Auftrags beigelegt ist.“
 - 6.3. „Portugália – Adm. de Patrimónios, SGPS, S.A., erkennt an, ... dass sich die Verantwortung der Banco BPI, S.A., auf die Überprüfung der Erfüllung der vorstehend genannten Voraussetzungen beschränkt ... Portugália – Adm. de Patrimónios, SGPS, S.A., übernimmt die volle Verantwortung und haftet für alle Folgen einer nicht autorisierten, missbräuchlichen oder betrügerischen

Nutzung ... der E-Mail-Adresse sowie für alle Schäden, die sich aus der Ausführung von sich auf ihr(e) Konto/Konten beziehenden Aufträgen ergeben, die in irgendeiner Form gefälscht oder verändert wurden oder nicht von dem/den Inhaber(n) stammen ... Die Bank übernimmt keine Haftung für Schäden oder Verluste, die sich aus der Nutzung ... der E-Mail-Adresse einschließlich Verspätungen, Verlusten, Angriffen, Veränderungen oder Missverständnissen bei den übermittelten Informationen sowie Fälschung von Unterschriften oder Dokumenten ergeben.“

- 7 Das von Portugália eingerichtete E-Mail-Konto ist durch ein von ihr selbst festgelegtes Passwort geschützt und nicht in den von der Banco BPI eingerichteten Online-Banking-Service integriert.
- 8 Die Banco BPI war nicht an der Einrichtung des E-Mail-Kontos von Portugália beteiligt, hat keine Zugangsdaten für seine Nutzung zur Verfügung gestellt und hostet das Konto nicht auf ihren Servern.
- 9 Am 25. März 2020 verschaffte sich ein Dritter auf nicht näher bestimmte Art und Weise unberechtigt Zugang zum E-Mail-Konto von Portugália und versandte von diesem Konto aus einen Überweisungsauftrag in Höhe von 2 500 000,00 Euro an die Dienststelle der Banco BPI.
- 10 Die Verwaltungsdienststelle der Banco BPI führte den von Portugália nicht autorisierten Überweisungsauftrag vom 25. März 2020 aus, nachdem sie die Unterschriften auf dem empfangenen Auftrag mit den in ihrem Computersystem gespeicherten eigenhändigen Unterschriften der Vertreter von Portugália verglichen hatte.

D. Inhalt der auf den Fall anwendbaren nationalen Vorschriften

- 11 Auf den vorliegenden Fall sind insbesondere die Art. 100 Abs. 2, Art. 113 Abs. 1 und 3 sowie Art. 114 Abs. 1 und 2 des Decreto-Lei n.º 91/2018 (Gesetzesdekret Nr. 91/2018) vom 12. November 2018 (das die Richtlinie in nationales Recht umsetzt) anwendbar.
- 12 Diese Artikel enthalten ohne wesentliche Änderungen die Bestimmungen aus den Art. 61, 72, 73 und 74 der Richtlinie¹, und ihre Wiedergabe wird daher nicht für notwendig erachtet.

... [nicht übersetzt]

- 13 ... [nicht übersetzt]

- 14 ... [nicht übersetzt]

¹ Sofern nicht anders angegeben, handelt es sich bei allen genannten Artikeln um Artikel aus der Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015.

15 ... [nicht übersetzt]

16 ... [nicht übersetzt]

F. Gründe für die Zweifel hinsichtlich der Auslegung der Richtlinie

F.1. Vorbemerkungen – Einordnung des Rechtsstreits in den Anwendungsbereich der Richtlinie

- 17 Die Beklagte macht geltend, Art. 73 Abs. 1 sei nicht auf Zahlungsvorgänge anwendbar, die über „Zahlungsinstrumente“ ausgeführt würden, bei denen auf Seiten des Zahlungsdienstleisters in einem Zwischenschritt (bei der Ausführung des Zahlungsauftrags) seine Angestellten (persönlich) tätig würden. ... [nicht übersetzt] Handelt es sich bei dem Zahlungsdienstnutzer weder um einen „Verbraucher“ noch um ein „Kleinstunternehmen“, könnten die Parteien vertraglich vereinbaren, dass Art. 73 Abs. 1 der Richtlinie nicht zur Anwendung komme ... [nicht übersetzt]
- 18 Offenbar handelt es sich im Sinne der Richtlinie bei dem oben beschriebenen Dienst des Zahlungsdienstleisters – d. h. bei der Ausführung von per E-Mail übermittelten Zahlungsaufträgen durch einen Angestellten des Zahlungsdienstleisters auf der Grundlage einer vorherigen Vereinbarung, mit der dieser Art der Übermittlung von Aufträgen zugestimmt wurde – um einen „Zahlungsdienst“, der in den Anwendungsbereich von Art. 4 Nr. 3 (und Anhang I Nr. 3) fällt und nicht gemäß Art. 3 der Richtlinie ausgeschlossen ist.
- 19 Dem Wortlaut von Art. 4 Nr. 5 zufolge kann die Ausführung eines Transfers von Geldbeträgen durch den Zahlungsdienstleister infolge eines Zahlungsauftrags des Kunden, der per E-Mail von einem vom Kunden eingerichteten persönlichen E-Mail-Konto (ohne Eingreifen des Zahlungsdienstleisters) übermittelt wurde, problemlos als „Zahlungsvorgang“ angesehen werden. Dieses Ergebnis wird durch den Wortlaut von Art. 4 Nr. 13 letzter Satzteil, in dem der Begriff „Zahlungsauftrag“ definiert wird, bestätigt.
- 20 Es kann davon ausgegangen werden, dass es sich bei dem von den Parteien gewählten Verfahren um ein „Zahlungsinstrument“ im Sinne von Art. 4 Nr. 14 handelt. Bei einem einfachen, per persönlicher E-Mail übermittelten Auftrag handelt es sich zwar weder um ein „physisches Instrument“ noch um einen besonderen „Verfahrensablauf“, der speziell für die Übermittlung von Zahlungsaufträgen oder für sonstige Zwecke im Rahmen der Geschäftsbeziehung zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister bestimmt ist [vgl. Frage Nr. 34 des von der Europäischen Kommission veröffentlichten Dokuments „Your questions on PSD“ (<https://ec.europa.eu/>)]. Wenn die Parteien jedoch festlegen, dass der Auftrag nur dann *korrekt* erteilt wird, wenn er in Papierform abgefasst, von den Bevollmächtigten des Zahlers eigenhändig unterzeichnet und anschließend digitalisiert und an den Zahlungsdienstleister übermittelt wird, handelt es sich um einen Verfahrensablauf, der unter den Begriff

„Zahlungsinstrument“ fällt. In Bezug auf diesen Begriff hat der Gerichtshof im Lichte der [ersten Zahlungsdiensterichtlinie] bereits festgestellt, „dass Art. 4 Nr. 23 der Richtlinie 2007/64 dahin auszulegen ist, dass es sich sowohl bei dem Verfahren zur Erteilung eines Überweisungsauftrags durch einen vom Zahler eigenhändig unterschriebenen Zahlschein als auch bei dem Verfahren zur Erteilung eines Überweisungsauftrags im Onlinebanking um Zahlungsinstrumente im Sinne dieser Bestimmung handelt“ (Urteil des Gerichtshofs vom 9. April 2014, T-Mobile Austria, C-616/11, EU:C:2014:242, Rn. 29 bis 44).

- 21 Aus Art. 64 Abs. 1 und 2 Unterabs. 2 ergibt sich, dass ein Zahlungsvorgang als „nicht autorisiert“ gilt, wenn er von jemandem ausgeführt wird, der nicht befugt ist (weil er nicht der Zahler ist oder nicht vom Zahler bevollmächtigt wurde). Wenn der Zahlungsdienstnutzer, auf dessen E-Mail-Konto unrechtmäßig zugegriffen wurde, dem in Auftrag gegebenen Zahlungsvorgang nicht zugestimmt hat, ist der Vorgang somit als „nicht autorisierter Zahlungsvorgang“ einzustufen (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 11. April 2019, Mediterranean Shipping Company, C-295/18, EU:C:2019:320, Rn. 43 und 54).
- 22 Der Zahlungsdienstleister ist zwar eindeutig verpflichtet, nachzuweisen, dass der Zahlungsvorgang *authentifiziert* war; es ist aber nicht klar, dass ihm auch der Beweis dafür obliegt, dass der Vorgang *autorisiert* war (Zustimmung zum Zahlungsauftrag). Dies scheint jedoch die Regel zu sein, die sich aus den Art. 4 Nr. 29, Art. 72 Abs. 1 und Art. 73 Abs. 1 sowie (im Umkehrschluss) aus Art. 63 Abs. 1 Buchst. b ableitet: Bestreitet ein Zahlungsdienstnutzer, einen ausgeführten Zahlungsvorgang autorisiert zu haben, trägt der Zahlungsdienstleister nicht nur die Beweislast für die formale Authentifizierung des Vorgangs – d. h. in einem Fall wie dem vorliegenden die Beweislast für den Abgleich (und die Ähnlichkeit) der „gültigen Unterschriften“ –, sondern auch die Beweislast dafür, dass der Vorgang tatsächlich vom Zahler autorisiert wurde (bzw. für Betrug, Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit seitens des Zahlers).

F.2. Erste Vorlagefrage: Anwendbarkeit von Art. 73 Abs. 1 der Richtlinie

- 23 Der Unionsgesetzgeber hat in den Art. 73 und 74 das Risiko von Verlusten, die sich aus der Ausführung eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs ergeben, offensichtlich demjenigen zugewiesen, der dieses Risiko kontrollieren kann. Der Gedanke der Risikokontrolle (durch Kontrolle des Zahlungsdienstes) scheint auch in den Art. 68 Abs. 2, Art. 69 Abs. 1 Buchst. a und Abs. 2 sowie in Art. 70 Abs. 1 Buchst. a, c und e und Abs. 2 präsent zu sein.
- 24 Allein die Kontrolle der Gefahrenquelle erklärt die (fast) *automatische* Zurechnung von Verlusten aus einem „nicht autorisierten Zahlungsvorgang“ zulasten des Zahlungsdienstleisters in Fällen, in denen der Zahlungsvorgang über einen vom Zahlungsdienstleister eingerichteten *automatisierten* „Zahlungsdienst“, der die Zuweisung von „Sicherheitsmerkmalen“ umfasst, ausgeführt wird. Es handelt sich dabei um „Fernzahlungsvorgänge“ oder Vorgänge unter Verwendung einer Bankkarte, bei denen die Zahlungsdienstnutzer nicht aktiv werden und die

Abwicklung der Zahlung voll automatisiert erfolgt (ohne menschliches Tätigwerden seitens des Zahlungsdienstleisters).

- 25 Im Rahmen des „Online-Banking“ (Telebanking oder Homebanking) ergeben die in den Art. 73 und 74 festgelegten Lösungen Sinn. Die Bank kontrolliert das Risiko, das mit der Nutzung der von ihr *eingerrichteten* Online-Plattform – *die in ihrem Eigentum steht, für deren Verwaltung sie verantwortlich ist und die auf einem in ihrem Eigentum stehenden Server installiert ist* – verbunden ist, auf die ihre Kunden mit Hilfe der *von der Bank zur Verfügung gestellten* Zugangsdaten über das Internet zugreifen können und auf der sie direkt – d. h. ohne menschliches Eingreifen durch die Bank – z. B. Überweisungen ausführen können. Der Kunde kontrolliert bereits weitgehend das Risiko eines missbräuchlichen Zugriffs auf seine in Art. 4 Nr. 31 definierten Zugangsdaten.
- 26 Diese Risikoverteilung findet z. B. auch bei der Ausführung von Zahlungsvorgängen mit Bankkarten Anwendung, die durch personalisierte Sicherheitsmerkmale geschützt sind.
- 27 Die Ausführung eines unterzeichneten und digitalisierten Zahlungsauftrags, der per E-Mail von einem E-Mail-Konto des Zahlers übermittelt wird und bei deren Abwicklung die Angestellten des Zahlungsdienstleisters tätig werden, unterscheidet sich wesentlich von den vorstehend beschriebenen Fällen des „Online-Bankings“ bzw. der Nutzung einer Bankkarte. Bei dieser Ausführung werden das eingesetzte Zahlungsinstrument und das Sicherheitsmerkmal vom Zahlungsdienstleister weder bereitgestellt noch von ihm kontrolliert. Diese werden vielmehr vom Zahlungsdienstnutzer erstellt und im Wesentlichen kontrolliert, indem er z. B. sein E-Mail-Konto einrichtet, die Sicherheitsstufe des von ihm gewählten Passworts festlegt, die Sicherheitsstufe der Geräte bestimmt, die er für den Zugriff auf sein E-Mail-Konto verwendet, und die von ihm für den Internetzugang genutzten Festnetz- oder Mobilfunknetze auswählt.
- 28 Wenn es sich um einen „Zahlungsvorgang“ handelt, dem – entsprechend dem zwischen den Parteien vereinbarten „Zahlungsinstrument“ – ein *ordnungsgemäß authentifizierter* „Zahlungsauftrag“ vorausgegangen ist und der Zahlungsdienstleister (bei der Erfüllung des Auftrags) durch menschliches Zutun (d. h. seiner „körperlich“ eingreifenden Angestellten) beteiligt ist, liegt der Ursprung des materiellen Fehlers der fehlenden Autorisierung notwendigerweise in der (vollständig vom Zahler kontrollierten) Phase des „Zahlungsauftrags“ und nicht in der Phase der Ausführung dieses Auftrags durch den Zahlungsdienstleister. Durch eine bessere Kontrolle der *Gefahrenquelle* allein scheint sich eine Anwendung von Art. 73 Abs. 1 auf Fälle wie den vorliegenden nicht rechtfertigen zu lassen.
- 29 Es stellt sich daher die Frage, ob Art. 73 Abs. 1 dem Zahlungsdienstleister auch dann die Haftung für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge auferlegt, *wenn nicht er es ist, der die Gefahrenquelle am besten kontrolliert.*

- 30 Insoweit ist zu berücksichtigen, dass bestimmte Zahlungsdienstnutzer ebenfalls in der Lage sind, adäquat „das Betrugsrisiko einzuschätzen und Gegenmaßnahmen zu treffen“ (vgl. 73. Erwägungsgrund der Richtlinie). Der Gedanke, dass der Zahlungsdienstleister den größten Nutzen aus der Verwendung des „Zahlungsinstruments“ zieht, gilt darüber hinaus nicht in Fällen, in denen dieses Instrument das persönliche Eingreifen seiner Angestellten bei der Ausführung der Aufträge erfordert, da dies zwangsläufig teurer und zeitaufwendiger ist.
- 31 Es ist jedoch auch möglich, dass der Unionsgesetzgeber dem Zahlungsdienstleister absichtlich eine Haftung zuweist, die in keinem Verhältnis zu dem von ihm kontrollierten Risiko steht, um auf das Ziel hinzuwirken, „die Ausgabe sichererer Instrumente [zu] fördern“ (Zweck der Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007, wie im 34. Erwägungsgrund erläutert wird).
- 32 Wird davon ausgegangen, dass Art. 73 Abs. 1 nicht für Fälle wie den vorliegenden gedacht und auf diesen nicht anwendbar ist, so ist über die Haftung der Beteiligten nach den nationalen Rechtsvorschriften zu entscheiden, und die durch den Zahlungsvorgang verursachten Schäden sind entsprechend der Würdigung ihrer konkreten Handlungen durch das Gericht einer der Parteien oder beiden zuzurechnen.

F.3. Zweite Vorlagefrage: Voraussetzungen für die Pflicht zur unverzüglichen Erstattung und Änderungen dieser Voraussetzungen

- 33 Art. 73 Abs. 1 regelt in seinem ersten Teil die zivilrechtliche Haftung für Schäden, die durch einen nicht autorisierten Zahlungsvorgang entstehen. Diese Bestimmung sieht jedoch auch vor bzw. setzt als in den vorstehenden Bestimmungen (d. h. Art. 72) vorgesehen voraus, dass *der Zahler* (unbeschadet der Bestimmungen des Art. 71 oder eines berechtigten Betrugsverdachts) für die Verpflichtung des Zahlungsdienstleisters zur unverzüglichen Erstattung an den Zahler *einen nicht autorisierten Zahlungsvorgang nur anzeigen (d. h. geltend machen)*, nicht jedoch nachweisen (d. h. *Beweismittel vorlegen*) muss.
- 34 Angesichts dieses Rechtsrahmens ist zu klären, ob bei Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Haftungsregelung für Schäden aus der Ausführung eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs – d. h. der Haftung des Zahlungsdienstleisters für die vom Zahler erlittenen Schäden – die (ebenfalls in Art. 73 Abs. 1 enthaltene) Bestimmung, wonach die Erstattungspflicht *unverzüglich* (unbeschadet des späteren Nachweises von Betrug, Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Zahlers – *solve et repete* –) mit der bloßen Anzeige (Behauptung) der Nichtautorisierung eines Zahlungsvorgangs entsteht, durch eine Vereinbarung zwischen den Parteien über die Nichtanwendung der Beweislastregeln aus Art. 72 der Richtlinie gemäß Art. 61 Abs. 1 der Richtlinie ausgeschlossen werden kann.
- 35 Es stellt sich folglich die Frage, ob die Nichtanwendung der Beweislastregeln des Art. 72, obwohl Art. 73 in Art. 61 Abs. 1 nicht erwähnt wird, bedeutet, dass der

Zahlungsdienstleister, wenn Art. 72 ausgeschlossen wurde und die Beweislast (aufgrund einer anderen gültigen gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmung) beim Zahler liegt, nur dann zur unverzüglichen Erstattung an den Zahler verpflichtet ist, wenn dieser (unbeschadet des Art. 71 oder eines berechtigten Betrugsverdachts) *zuvor* den Nachweis erbringt, dass der Zahlungsvorgang nicht authentifiziert war und er den Vorgang nicht autorisiert hat.

F.4. Dritte Vorlagefrage: Vertragliche Beschränkung der Haftung des Zahlungsdienstleisters

- 36 Die zweite Vorlagefrage der Beklagten zur Abweichung von der in Art. 73 Abs. 1 vorgesehenen Regelung – diesmal infolge eines zwischen den Parteien vereinbarten Ausschlusses der Anwendung von Art. 74 – betrifft die Folgerung, dass Art. 61 Abs. 1 nicht nur diesen Ausschluss, sondern anstelle der ausgeschlossenen gesetzlichen Regelung auch die vertragliche Vereinbarung einer für den Zahler *strengeren* Haftung zulässt.
- 37 Wörtlich heißt es in Art. 61 Abs. 1 zwar nur, dass der Zahlungsdienstnutzer und der Zahlungsdienstleister vereinbaren können, dass Art. 74 „ganz oder teilweise nicht angewandt“ wird. Insofern könnte die Ansicht vertreten werden, dass es diese Vorschrift den Parteien nur erlaube, die Anwendung der (in Art. 74 zusammengefassten) Bestimmungen zur Haftung des Zahlers auszuschließen, während die übrigen Bestimmungen beizubehalten seien, was bedeuten würde, dass die Parteien eine entsprechende Vereinbarung nur *zugunsten des Zahlers* schließen (und damit die Rechtsgrundlage seiner Haftung ganz oder teilweise beseitigen) können. Nach dieser Auslegung könnte gemäß Art. 61 Abs. 1 die (in Art. 74 Abs. 1 vorgesehene) Verpflichtung des Zahlers zur Haftung für Verluste bis zu einem Betrag von 50 Euro vertraglich ausgeschlossen, nicht jedoch die Erhöhung dieses Betrags auf 500 Euro vereinbart werden.
- 38 Wie in ihren ersten Erwägungsgründen dargelegt, gewährleistet die Richtlinie ein hohes Maß an Schutz bei der Nutzung dieser Zahlungsdienstleistungen, insbesondere für die Verbraucher. Gerade aus diesem Grund enthält die vorstehende Auslegung von Art. 61 Abs. 1 jedoch einen Widerspruch. Könnte die Anwendung von Art. 74 nur *zugunsten* des Zahlers ausgeschlossen werden, gäbe es keinen Grund für die Regelung in Art. 61 Abs. 1, dass die Nichtanwendung von Art. 74 nur dann vereinbart werden kann, wenn „es sich bei dem Zahlungsdienstnutzer nicht um einen Verbraucher [handelt]“. Wenn der vertragliche Ausschluss nur dem Verbraucher zugutekommen kann, gibt es keinen Grund, den Ausschluss zu untersagen.
- 39 Diesem Ergebnis zufolge können in Anbetracht des Zusammenhangs der Erwägungsgründe 53 und 73 der Richtlinie die Parteien, sofern es sich bei dem Zahler nicht um einen Verbraucher handelt, die Haftung des Zahlers für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge *verschärfen* und so die Haftung des Zahlungsdienstleisters gemäß Art. 73 Abs. 1 begrenzen.

G. Verhältnis zwischen den Bestimmungen der Richtlinie und den anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften

- 40 Mit dem Gesetzesdekret Nr. 91/2018 vom 12. November 2018 wurde die Richtlinie (EU) 2015/2366 in nationales Recht umgesetzt, und somit besteht zwischen den Bestimmungen der Richtlinie und den anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften ein direkter Zusammenhang.
- 41 Um den Rechtsstreit einer angemessenen Entscheidung zuzuführen, ist die Auslegung von Art. 114 Abs. 1 und 2 des Gesetzesdekrets Nr. 91/2018, der Art. 73 der Richtlinie entspricht, erforderlich, um festzustellen, ob die darin enthaltenen Bestimmungen auf das Verfahren zwischen den Parteien anwendbar sind. Für eine angemessene Entscheidung im vorliegenden Rechtsstreit ist eine korrekte (und einheitliche) Auslegung der Richtlinie unerlässlich.

Porto, den 5. Februar 2021

Der Richter