



# VL zum Bankrecht

Sommersemester 2026

Prof. Dr. Dimitrios Linardatos

# Vorbemerkungen und Einführung

- **Tonner/Krüger, Bankrecht, 5. Aufl. 2026 (neu Auflage!)**
  - **Lehmann, Grundrisse des Bank- und Kapitalmarktrechts, 2. Aufl. 2023**
  - **Einsele, Bank- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2022**
  - **Schürnbrand/Janal, Examens-Repetitorium Verbraucherschutzrecht, 4. Aufl. 2024**
- 
- **Beck Textbücher zum BGB und zum BankR**

- **Bankrecht: Oberbegriff**
- **Bankvertragsrecht** = insbes. zivilrechtliche Regelungen, die Rechtsregeln zur Sicherung und Durchführung von Rechtsgeschäften dienen und vor allem das Verhältnis zwischen Bank und Kunden betreffen
- **Bankaufsichtsrecht** = insbes. öffentlich-rechtliche Regeln, die funktionell und institutionell die Rechtsverhältnisse der Banken regeln und der Aufsicht von Instituten dienen
  - Organisationsrecht der Banken
  - Geldrecht = Währungsrecht, Geldpolitik usw.

Summe der Regelungen, die einzelne Bankgeschäfte und die das Bankgewerbe als Institution betreffen  
= funktionelles und institutionelles Bankrecht



## Privates Bankrecht



Rechtsbeziehungen  
zw. Bank + Kunde sowie  
zw. verschiedenen Banken  
(Bankvertragsrecht)

## Öffentliches Bankrecht



Staatliche Einrichtungen und  
Rechtsbeziehungen zw.  
Staat + Banken  
(Bankaufsichtsrecht)

- **Ursprung des Bankrechts: besonderes Vertragsrecht**
  - Geschäftsbesorgung (§§ 675 ff. BGB)
  - AGB-Regelungen
  - zudem früher: § 1 Abs. 2 Nr. 4 HGB aF: „Grundhandelsgeschäfte“
    - Bankier = Vollkaufmann ohne Eintragung
    - §§ 355 ff. HGB (Kontokorrent = Girokonto), §§ 383 ff. HGB (Kommissionsgeschäft) usw.
- **Heute: Mischmaterie bestehend aus verschiedenen Teilrechtsgebieten**
  - (besonderes) Zivilrecht, Öffentliches Recht, Strafrecht
    - Teilgebiete: Zahlungsdiensterecht, Kreditrecht, Depotrecht, Wertpapierrecht usw.

## ▪ Bankvertragsrecht

- BGB (zB Geschäftsbesorgung, Zahlungsdienste, Verbraucherkreditrecht, Bürgschaft, Anweisungen, Immobiliarsachenrecht usw.)
- HGB (zB Kontokorrent, Bürgschaft, Zinsen etc.)
- DepotG: Depotgesetz (zB Verwahrung von Wertpapieren)
- AGB zur individuellen Ausgestaltung der Bankgeschäfte

## ▪ **Bankaufsichtsrecht**

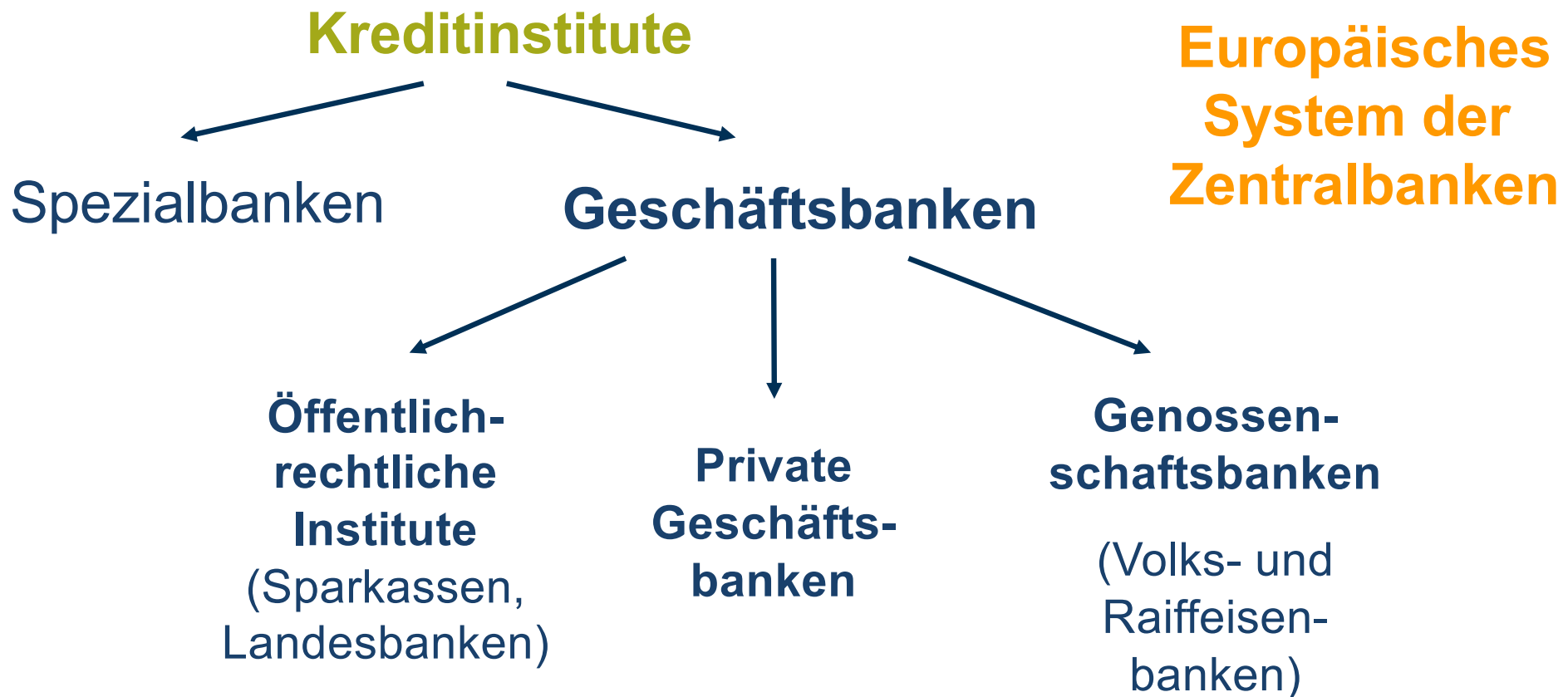
- ZAG: Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz
- KWG: Kreditwesengesetz
- FinDAG: Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
- BBankG: Bundesbankgesetz
- KAGB: Kapitalanlagegesetzbuch
- BausparkG: Gesetz über Bausparkassen
- GwG: Geldwäschegesetz

## ▪ **Viele unionsrechtliche Regelungen**

- zB VO 575/2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und zur Änderung der Verordnung ... (CRR-Verordnung)
  - CRR = Capital Requirements Regulation (Kapitaladäquanzverordnung)
- SEPA-Verordnung 260/2012 (SEPA-VO)
  - Vereinheitlich der Zahlungsdienste

- **Abgrenzung zum Kapitalmarktrecht** (s. Folien Kapitalmarktrecht)
  - Teil des Finanzmarktes = Markt, auf dem sich insbesondere die Unternehmen Fremd- oder Eigenkapital beschaffen = Wertpapierfinanzierung (Securitization)
  - Bezweckt institutionelle und operationelle Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte
  - In Ausnahmefällen: individueller Anlegerschutz

- **Losgrößentransformation:** Kapitalbeträge, die zur Verfügung gestellt und nachgefragt werden, haben unterschiedliche "Losgrößen"
  - Kapitalbedarf der Schuldner wird mit den Anlagewünschen der Sparer (Anleger) in Einklang gebracht
- **Fristentransformation:** Schuldner (Kreditnehmer) und Gläubiger (Kreditgeber) haben zeitlich unterschiedliche Auszahlungswünsche
  - Auszahlungswünsche werden zeitlich in Einklang gebracht
    - Abweichung von der „goldenen Bilanzregel“  
(Fristigkeit der Aktivseite = Fristigkeit der Passivseite)
- **Risikentransformation:** Ausfallrisiken der Darlehensschuldner wird abgedeckt, wodurch das Verlustrisiko der Einlagengläubiger mitigiert wird
- **Informationsvermittlung:** Kapitalgeber und Kapitalnachfrager werden zusammengebracht



## ▪ Öffentlich-rechtliche Institute

- Zentralbanken (z.B. EZB, s.o.)
  - Teil des Europäischen Systems der Zentralbanken (ESZB)
- Öffentlich-rechtliche Spezialbanken (z.B. KfW)
  - Darlehen für den Mittelstand, Förderung von Maßnahmen im Klima- und Umweltschutz, Studienkredite etc.
- Sparkassen
  - Aufgaben: Ausreichende Versorgung aller Bevölkerungskreise (§ 6 SpkG)
  - Rechtsform i.d.R.: Anstalt des öffentlichen Rechts (§ 1 SpkG)
- Landesbanken: Anstalten des öffentlichen Rechts
  - Aufgaben: „Hausbankenfunktion“, Bankgeschäfte (z.B. Unternehmenskunden)

## ▪ Private Geschäftsbanken

- Institute mit privatrechtlich aufgebrachtem Kapital
  - Rechtsform: AG, GmbH, OHG, KG (nicht e.K.; vgl. § 2b Abs. 1 KWG)

## ▪ Genossenschaftsbanken

- Volks- und Raiffeisenbanken (meist kleine Institute) in der Rechtsform der e.G.
  - Spitzeninstitut: DZ Bank AG
- Historisch: Herman Schulze-Delitzsch (1808–1883) + Friedrich Wilhelm Raiffeisen (1818–1888): Zugang zu Krediten für Kunden, die von Privatbanken nicht versorgt wurden
- Heute: gewöhnliche Geschäftsbanken, aber regional verbunden

## ■ Universalbanken (↔ Trennbanken)

- Angebot *aller* Bankgeschäfte ↔ Trennung bestimmter Geschäftsaktivitäten (z.B. Commercial & Investment Banking)
  - 2013: Gesetz zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung von Kreditinstituten und Finanzgruppen → partielle Trennung (dazu Möslein BKR 2013, 397)

## ■ Spezialbanken, u.a.

- Realkreditinstitute: Pfandbriefbanken (früher: Hypothekenbanken)
  - Emission von Pfandbriefen gemäß PfandBG v. 22.5.2005
  - Deckung des Rückzahlungsanspruchs durch
    - Hypotheken + Grundschulden (Hypothekenspfandbrief)
    - Ansprüche gegen die öffentliche Hand (Öffentliche Pfandbriefe)
    - Schiffshypotheken (Schiffspfandbriefe)
- Bausparkassen (Zweck → § 1 BausparkG)
- Kapitalverwaltungs- / Investmentgesellschaften (KAGB)
- sonstige: Teilzahlungsbanken / Direktbanken / Kraftfahrzeugfinanzierer usw.

- **National: Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) mit Sitz in Bonn + Frankfurt**
  - Allfinanzaufsicht (FinDAG v. 2002)
  - Hervorgegangen aus Bundesaufsichtsamt (BA) für das Kreditwesen, BA für das Versicherungswesen, BA für den Wertpapierhandel
- **Europa: Insbesondere European Banking Authority (EBA) mit Sitz in Paris (seit 2019) & European Securities and Markets Authority (ESMA), ebenfalls mit Sitz in Paris**

# Grundbegriffe

- **Kreditinstitut** gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 KWG = Unternehmen, die Bankgeschäfte gewerbsmäßig oder in einem Umfang betreiben, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert
  - *Bankgeschäfte* legaldefiniert in § 1 Abs. 1 S. 2 KWG
- **Finanzdienstleistungsinstitut** gemäß § 1 Abs. 1a S. 1 KWG Unternehmen, die Finanzdienstleistungen für andere gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbringen, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, und die keine Kreditinstitute sind
  - *Finanzdienstleistungen* legaldefiniert in § 1 Abs. 1a S. 2 KWG

- **CRR-Kreditinstitute** gemäß Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 der VO (EU) 575/2013  
Unternehmen, die Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegennehmen und Kredite für eigene Rechnung gewähren
  - Maßgeblich ist idR eine bankwirtschaftliche Verkehrsauffassung
    - Beispiel: Bank B bietet ihren Kunden Girokonten an; eine Auszahlung des Geldes kann zu jeder Zeit verlangt werden („auf Sicht“).
    - Gegenbeispiel 1: Gesellschaftereinlagen iSd § 7 Abs. 2 GmbHG
    - Gegenbeispiel 2 (BGHZ 129, 90): A vereinbart mit verschiedenen Kunden, dass er Kapitalanlagen tätigen soll. Die Kunden überweisen die vereinbarten Anlagebeträge.
      - Hier scheidet ein Einlagengeschäft aus, weil A das Kapital nicht mit der Absicht entgegengenommen hat, es für eigene Zwecke einzusetzen, sondern es – im Interesse der Kunden – ertragreich einsetzen sollte.
  - Publikum = unbegrenzter Personenkreis oder nach allg. Merkmalen bestimmte Adressaten
  - Unbedingt = nicht von einem ungewissen Ereignis abhängig

- **Zahlungsdienstleister** gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZAG sind Unternehmen, die gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Zahlungsdienste erbringen, ohne Zahlungsdienstleister iSd Nr. 2–5 zu sein (Zahlungsinstitute)
  - *Zahlungsdienste* legaldefiniert in § 1 Abs. 1 S. 2 ZAG

# Bankaufsichtsrecht

- **Gefahren durch Banken** (zu den Funktionen oben)
  - Einleger haben gegen Banken nur schuldrechtliche Ansprüche
    - Kunden können keine Aussonderung der Gelder gemäß § 47 InsO verlangen
  - Fehlende Fristenparallelität
    - (P): Gewährleistung jederzeit ausreichender Zahlungsbereitschaft
      - Früher „goldene Bankregel“ (Hübner, 1854): Fristenkongruenz von Aktiv- und Passivgeschäft (z.B. langfristige Kredite durch langfristige Einlagen refinanzieren)
    - Heute: Flexible Modelle bzw. Mindestreserven-System
      - nicht jede Einlage wird bei Fälligkeit zurückgefordert → Guthabensockel (Bodensatztheorie; Wagner, 1857)
      - nicht jeder Kredit wird bei Fälligkeit zurückgezahlt
      - Zentralbankgeld
      - Interbankengeschäfte
  - Risiken für das Finanzsystem („Dominoeffekte“, „bank runs“)
    - Interbankengeschäfte erliegen → Geldversorgung der Realwirtschaft erliegt

## ▪ Gründe / Ziele des Erlaubnisvorbehalts und der Aufsicht

- Funktionieren des Finanzsystems sicherstellen (Funktionenschutz)
  - Absicherung einer funktionierenden Realwirtschaft
  - Schlüsselrolle in der staatlichen Geldpolitik
- Vertrauen der Kunden und Schutz der Anleger stärken (Individualschutz)
  - Besondere Vertrauensempfindlichkeit folgt aus der stark fremdfinanzierten Geschäftsumfeld
  - Neben Anlegerschutz tritt immer stärker Verbraucherschutz (vgl. § 4 Abs. 1a FinDAG)
- Gründungs- und Seriositätsschwellen schaffen

- **Anwendbares nationales Aufsichtsrecht (u.a.):**
  - Kreditwesengesetz (KWG)
  - Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAG)
  - Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG)
  - Zahlungskontengesetz (ZKG)
  - Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB)
  - Sparkassengesetz (SpkG)
  - Gesetz über Bausparkassen (BausparkG)
  - Geldwäschegesetz (GWG)
  - Gesetz über die Deutsche Bundesbank (BBankG)
  - Kapitalanlagegesetz (KAGB)
  - Einlagensicherungsgesetz (EinSiG)
  - Anlegerentschädigungsgesetz (AnlEntG)

## ▪ Anwendbares Unionsrecht (u.a.):

- Richtlinie 2013/36/EU über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen („Eigenkapitalrichtlinie“)
- Verordnung 575/2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen („Capital Requirement Regulation, CRR“)
- Verordnung 1024/2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank (SSM-VO)
- Verordnung 1093/2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde – „EBA-VO“)
- Verordnung 2019/2033 über Aufsichtsanforderungen an Wertpapierfirmen („IFR“)
- SEPA-Verordnung 260/2012 („SEPA-VO“)

## ■ Anwendungsbereich

- Kreditinstitute = Unternehmen, die gewerbsmäßig Bankgeschäfte betreiben (§ 1 Abs. 1 KWG), u.a.
  - Einlagengeschäft (BGHZ 197, 1 = ZIP 2013, 966: „Winzergelder“)
  - Kreditgeschäft
  - **Pfandbriefgeschäft**
  - Finanzkommissionsgeschäft, insbes. Wertpapierkommission
  - Depotgeschäft = Verwaltung / Verwahrung von Wertpapieren
  - Garantiegeschäft = Übernahme von Bürgschaften / Garantien
  - Emissionsgeschäft = Platzierung von Wertpapieren auf eigenes Risiko
- Abgrenzung zu Zahlungsdiensten → Geltung des ZAG
  - Girogeschäft = Durchführung des Zahlungsverkehrs
  - E-Geld-Geschäft = Ausgabe elektronischen Geldes (*Lösing*, ZIP 2011, 1944)

## ▪ Anwendungsbereich

- Finanzdienstleistungsinstitute = Unternehmen, die gewerbsmäßig Finanzdienstleistungen erbringen (§ 1 Ia KWG), u.a.
  - Anlage- und Abschlussvermittlung sowie Anlageberatung für Finanzinstrumente
  - Betrieb multilateraler Handelssysteme + Platzierungsgeschäft
  - Finanzportfolioverwaltung = Vermögensverwaltung mit Entscheidungsspielraum
  - Eigenhandel in Finanzinstrumenten für andere
  - Sortengeschäft = Handel mit Sorten (= ausländische Banknoten)

- **§ 32 Abs. 1 KWG: „Wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen will“**
  - Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt
  - Erteilung der Bewilligung durch die BaFin (= Verwaltungsakt) auf Antrag
  - Zu den Merkmalen:
    - Gewerbsmäßig = dauerhaft, planmäßig, entgeltliche Leistung, an einem Markt, kein freier Beruf oder
    - in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb erforderlich = Einzelfallprüfung notwendig
    - im Inland = zielgerichtet durch Kommunikationsmittel an Kunden auf deutschem Territorium (vertriebsbezogene Auslegung)
- **Ausnahmen: § 2 Abs. 1 KWG**
  - Genannten Einrichtungen unterfallen insgesamt nicht dem KWG

# Erlaubnispflicht

## Anforderungen

- **Ausreichendes Anfangskapital (§ 33 Abs.1 Nr. 1 KWG)**
  - 5 Mio. € bei CRR-Kreditinstituten (Einlagenkreditinstituten)
  - 150.000 – 750.000 € bei Finanzdienstleistungsinstituten
- **Zuverlässigkeit des Antragstellers sowie der Geschäftsleiter und ihre fachliche Eignung (§ 33 Abs. 1 Nr. 2, 4 iVm § 1 Abs. 2 KWG)**
- **Vorlage eines tragfähigen Geschäftsplans**
- **Mind. zwei vollamtliche Geschäftsleiter, wenn Kundenvermögen entgegen genommen wird (§ 33 Abs. 1 Nr. 5 KWG)**
  - „Vier-Augen-Prinzip“
- **Anschluss an Einlagensicherungssystem (§ 35 Abs. 1 S. 2 KWG)**

## ▪ Folgen eines Verstoßes gegen die Erlaubnispflicht

- **§ 54 KWG:** Vorsätzliche oder fahrlässige Betreiben von Bankgeschäften und das Erbringen von Finanzdienstleistungen ohne Erlaubnis ist strafbar (Freiheitsstrafe oder Geldstrafe)
- **§ 30 OWiG iVm § 59 KWG:** Bebußung des Unternehmens
- **§ 37 KWG:** sofortige Einstellung des Geschäftsbetriebs und unverzügliche Abwicklung der Geschäfte
- **§ 32 KWG iVm § 823 Abs. 2 BGB:** Schadensersatzpflicht der Geschäftsleiter
- **§ 134 BGB** hinsichtlich der geschlossenen Geschäfte (–)

## ▪ § 32 KWG iVm § 823 Abs. 2 BGB bei Einlagengeschäften?

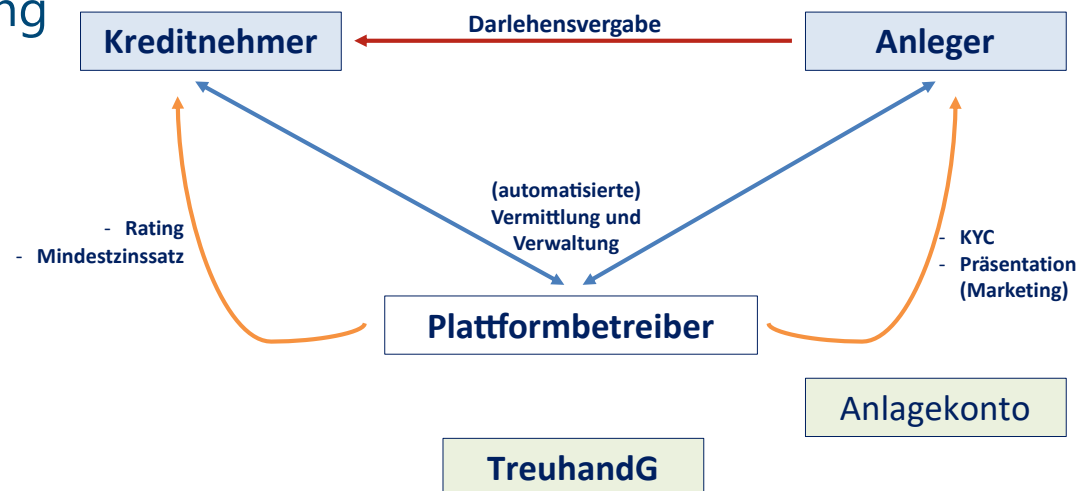
- Vgl. BGHZ 197, 1 = ZIP 2013, 966, 967 (Rn. 11) mwN – „Winzergelder“ zum verbotenen Einlagengeschäft
- Voraussetzung: erlaubnispflichtiges **Einlagengeschäft** iSd § 1 Abs. 1 Nr. 1 KWG
  - Annahme fremder Gelder
  - als Einlagen oder anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder
  - des Publikums
- **Beispiel** (Winzergelder): Der Kläger ist Mitglied der Winzergemeinschaft W. Bereits seit den 1970er Jahren war es ständige Geschäftspraxis, dass eine Vielzahl von Erzeugern aus der Winzergemeinschaft jeweils einen Teil des Entgelts für die Ablieferung ihrer Trauben als jederzeit abrufbare „Einlage“ gegen Verzinsung stehen ließen, damit W mit dem Kapital wirtschaften konnte.

## ▪ § 32 KWG iVm § 823 Abs. 2 BGB bei Einlagengeschäften

- (P) Verbotsirrtum: BGH NJW-RR 2017, 1004:
  - „Hält der Täter ... seine Geschäfte für rechtlich zulässig und nicht erlaubnispflichtig, so unterliegt er aus strafrechtlicher Sicht einem Verbotsirrtum im Sinne des § 17 I StGB. Ist dieser unvermeidbar, so scheidet eine Haftung nach § 823 II BGB aus.“
  - „Steht fest, dass eine ausreichende Erkundigung des einem Verbotsirrtum unterliegenden Täters bei der zuständigen Aufsichtsbehörde dessen Fehlvorstellung bestätigt hätte, so scheidet seine Haftung nach § 823 II BGB in Verbindung mit dem betreffenden Strafgesetz in Folge eines unvermeidbaren Verbotsirrtums auch dann aus, wenn der Täter eine entsprechende Erkundigung nicht eingeholt hat.“

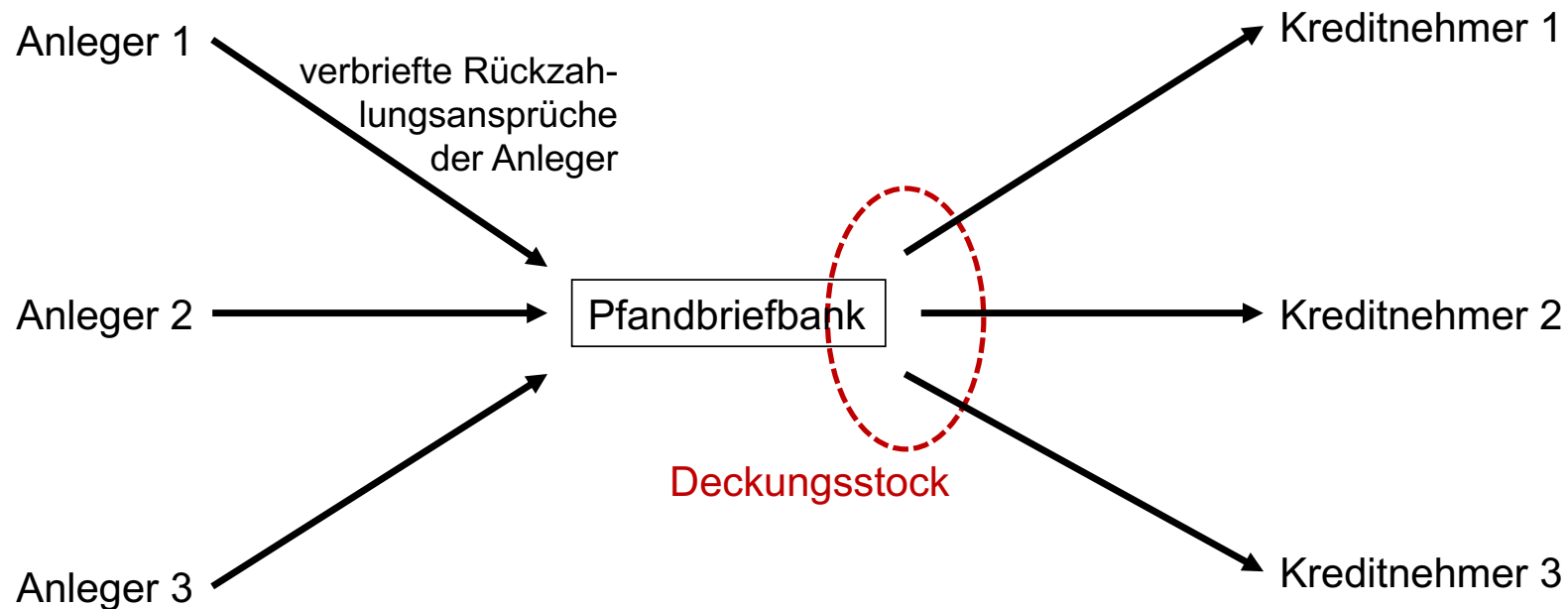
## ▪ Kreditgeschäft iSd § 1 Abs. 1 Nr. 2 KWG

- Gelddarlehen = Verträge iSd § 488 BGB
  - Darlehensgeber zur Hingabe von Geld verpflichtet ist, der Darlehensnehmer zur Rückzahlung von Geld
  - nicht: Sachdarlehen wie zB Darlehen über Wertpapiere (Wertpapierleihe, § 607 BGB)
  - Gelder müssen unbedingt rückzahlbar sein (also nicht Nachrangdarlehen)
  - Auf Höhe der Verzinsung kommt es nicht an
- Gegenbeispiel: Crowdfunding



## ▪ Pfandbriefgeschäft iSd § 1 Abs. 1 Nr. 1a KWG

Geschäftsmodell der Pfandbriefbanken



Der Deckungsstock (bei Grundpfandbriefen bestehend aus den Rückzahlungsansprüchen gegen die Kreditnehmer nebst von diesen bestellten Grundschulden) dient in der Insolvenz der Pfandbriefbank der vorrangigen Befriedigung der (jeweiligen) Anleihegläubiger.

# Kapitalanforderungen

## §§ 10 ff. KWG; CRR-VO

- **Zweck: Vorsorge zur Abdeckung des Adressenausfallrisikos (zB bei Kreditverlusten) und des Marktrisikos aus Handelsgeschäften (zB Zins- oder Kursänderungsrisiken)**
  - Garantie- und Haftungsfunktion des Eigenkapitals
- **Gesamtkapitalquote  $\geq 8\%$  der gewichteten Risikoaktiva (zB Kredite, Beteiligungen, Wertpapiere, Bürgschaften etc.)**
  - hochdifferenziertes System aus Eigenkapitalbestandteilen und Risikopositionen
    - Hartes Kernkapital (Art. 26–50 CRR)
      - Zweck: uneingeschränkt und unmittelbar zur Deckung von Risiken oder Verlusten
    - Zusätzliches Kernkapital (Art. 51–61 CRR)
      - Zweck: Verlustdeckung zwecks Fortführung des Geschäftsbetriebs
    - Ergänzungskapital (Art. 62–71 CRR)
      - Zweck: Gläubigerschutz im Insolvenzfall

## § 11 KWG

- **Gewährleistung jederzeit ausreichender Zahlungsbereitschaft**
  - keine Überschreitung von Zahlungsterminen
    - mehr als Zahlungsfähigkeit iSd InsO
  - Hintergrund: unkontrollierbare Zahlungsstromfluktuation
    - zur Erinnerung: Fristentransformation bei Guthabensockel (s. oben)
  - Zweck: Vertrauen der Anleger sichern

# Regelungen im Kreditgeschäft

## §§ 13 ff. KWG; CRR-VO

- **Großkredite iSd Art. 392 CRR-VO = Kredithöhe  $\geq 10\%$  des Eigenkapitals: Beschluss durch alle Geschäftsleiter (§ 13 Abs. 2 KWG), Meldepflicht sowie Obergrenzen (Art. 394 f. CRR-VO)**

  - Zweck: Verhinderung von Klumpenrisiken

- **Anzeigepflicht bei Millionenkrediten = Kredite  $\geq 1$  Mio. € (§ 14 KWG)**

  - BuBank informiert Kreditgeber über Gesamtverschuldung bei mehrfacher Inanspruchnahme von Millionenkrediten

- **Beschlusserfordernis (alle Geschäftsleiter und Aufsichtsrat) bei Organkrediten (§ 15 KWG); ggf. Rückzahlungspflicht**

- **Meldepflicht bei organisatorischen Maßnahmen (§ 24 KWG)**
  - z.B. Bestellung oder Ausscheiden eines Geschäftsleiters, Sitzverlegung etc.
- **Pflicht zur Einreichung vierteljährlicher Finanzinformationen bei der BuBank (§ 25 KWG)**
- **Vorlage von Rechnungslegungsunterlagen (Jahresabschluss, Lagebericht, Prüfungsbericht) bei BaFin und BuBank (§ 26 KWG)**
- **Umfassendes Auskunftsrecht zu allen Geschäftsangelegenheiten und Sonderprüfungsrecht (§ 44 KWG)**
- **Eingriffsbefugnisse (§§ 45 ff. KWG)**
  - z.B. zur Verbesserung der Eigenmittelausstattung oder Organisationsstruktur

## §§ 24a, 53b KWG

- **Herkunftsstaatsprinzip:** Institute werden durch die zuständigen Aufsichtsbehörden im Herkunftsmitgliedstaat beaufsichtigt und den Behörden des Aufnahmestaats verbleibt eine eingeschränkte Residual-Aufsicht
  - Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens
- **Vorbedingung:** Anforderungen an Zulassung und an die laufende Aufsicht sind harmonisiert
  - Andernfalls: Aufsichtsarbitrage → *race to the bottom*

# Aufsicht und Haftung

## „Entwicklung in mehreren Akten“

### 1. BGH befürwortet grds. Drittwirkung der Amtspflicht

- BGHZ 74, 144 = NJW 1979, 1354 (Wetterstein)
  - Kl. erwirbt Wertbrief von Gesellschaft, die unerlaubt Bankgeschäfte betreibt  
→ Verlust wegen Konkurs
  - vorher Auskunftsanfrage des Kl. an BAK zur Bonität der Gesellschaft; nicht erteilt
  - Kl. machte unzureichendes Ausüben von Aufsichtsmaßnahmen geltend
- BGHZ 75, 120 = NJW 1979, 1879 (Herstatt)
  - Schaden eines Einlagegläubigers im Konkurs der Herstatt-Bank
  - Hinweise Dritter an BAK über „unvertretbare“ Devisenhandelspraxis

### 2. § 6 Abs. 4 KWG → § 4 Abs. 4 FinDAG

- Wahrnehmung der Aufgaben/Befugnisse „nur im öffentlichen Interesse“

# Aufsicht und Haftung

## „Entwicklung in mehreren Akten“

### 3. Rechtsprechung stützt den Haftungsausschluss

- EuGH NJW 2004, 3479 (BVH-Bank)
  - EG-Recht gebietet keine Staatshaftung wegen fehlerhafter Aufsicht, wenn die Entschädigung nach der EG-Richtlinie zur Einlagensicherung gewährleistet ist
- BGHZ 162, 49 = NJW 2005, 742 (BVH-Bank)
  - § 6 IV KWG bzw. § 4 IV FinDAG ist mit EG-Recht und Verfassungsrecht vereinbar → Keine Amtshaftung bei unterlassener Aufsicht (floodgate argument)
- BGH ZIP 2005, 1168
  - Ausschluss gilt auch bei Schäden durch fehlerhaft ergriffene Aufsichtsmaßnahmen
- OLG Frankfurt a.M. BKR 2023, 328 (Wirecard)
  - Keine Haftung der BaFin wegen Marktmissbrauchsaufsicht

**Hinweis:** § 4 Abs. 4 FinDAG soll Amtshaftungsansprüche von Anlegern ausschließen, nicht jene der beaufsichtigten Institute oder deren Mitarbeiter wg. fehlerhafter Aufgabenwahrnehmung (BVerwG AG 2012, 253 Rn.16).

# Bankvertragsrecht

### ▪ **Gesetzesrecht des BGB, insbes.**

- Geschäftsbesorgung (§§ 675 ff. BGB)
- Gelddarlehen (§§ 488 ff. BGB)
  - u.a. Verbraucherdarlehen (§§ 491 ff. BGB)
- Zahlungsdienste (§§ 675c ff. BGB)
- Bürgschaft (§§ 765 ff. BGB)
- Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis (§§ 780 ff. BGB)
- Anweisung (§§ 783 ff. BGB)
- Schuldverschreibung (§§ 793 ff. BGB)
- Sachenrecht → Kreditsicherungsrecht

# Rechtsquellen

## Bankvertragsrecht

- **Sonstiges Gesetzesrecht außerhalb des BGB**
  - Kontokorrent (§§ 355 ff. HGB)
  - Sonderregeln zu Bürgschaft + Zinsen (§§ 349 ff. HGB)
  - Kaufmännische Orderpapiere (§§ 363 ff. HGB)
  - Wechselgesetz / Scheckgesetz
  - Spezialgesetze zum Investment Banking (DepotG, WpHG, WpPG, Prospekt-VO, PRIIPs-VO, VermAnlG etc.) → Kapitalmarktrecht
- **Handelsbräuche, Gewohnheitsrecht, Rechtsfortbildung**
- **Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB-Banken, AGB-Sparkassen, Sonderbedingungen) + Vertragsrecht**

# Das Kontokorrent

## §§ 355 ff. HGB

### ■ Anwendungsfälle

- Hauptfall: Girokonto
  - Kontokorrentabrede + Zahlungsdiensterahmenvertrag (Kontoeröffnungsformular)
- sonst. laufende Geschäftsverbindung mit wechselseitigen Ansprüchen
  - Beispiel: Im Buchhandel bestehen zw. Groß- und Einzelhändler laufende Geschäftsverbindungen. GH liefert Bücher, die vom EH zu bezahlen sind; EH retourniert Bücher, die in Neuauflage erschienen sind (Remittenten), und hat einen Rückzahlungsanspruch.

### ■ Funktion

- Vereinfachung des Zahlungsverkehrs: Vielzahl an Zahlungsvorgängen wird auf Saldoforderung reduziert
- Sicherungsfunktion: zur Befriedigung der eigenen Forderungen werden die Forderungen der Gegenpartei herangezogen
- Keine Kreditierungsfunktion: Überziehung nur bei zusätzlichem Kontokorrentkredit zulässig

# Das Kontokorrent

## §§ 355 ff. HGB

### ▪ Voraussetzungen

- Laufende Geschäftsverbindung
- Kaufmannseigenschaft mindestens einer Seite
  - Beispiel: beim Girokonto ist die Bank = Kauffrau
- Möglichkeit beiderseitiger Ansprüche und Leistungen
- Kontokorrentabrede ⇨ Mindestinhalt:
  - Inrechnungstellen
  - Verrechnung
  - Saldierung

# Das Kontokorrent

## §§ 355 ff. HGB

### ▪ Inrechnungstellen (§ 355 HGB)

- Einstellung der Einzelforderungen in das Kontokorrent = buchungstechnischer Vorgang + Verfügungsvertrag
- Verlust der Verfügbarkeit = „Lähmung“ der Einzelforderungen
  - keine gesonderte Geltendmachung / keine Aufrechnung
  - keine Abtretung (§ 399 BGB) → keine Verpfändung (§ 1274 II BGB)
- keine Pfändung (§ 357 HGB als Ausnahme zu § 851 II ZPO)

# Das Kontokorrent

## Beispiel zum Inrechnungstellen

<b>Soll</b> (Forderung der Bank)		<b>Haben</b> (Forderung des Kunden)	
Barauszahlung	500	Bareinzahlung	1.000
Überweisung	5.500	Gutschrift	4.000
<hr/>		<u>Sollsaldo des Kunden</u>	<u>1.000</u>
Summe	6.000	Summe	6.000
<b>„gelähmte“ Forderungen der Bank</b>		<b>„gelähmte“ Forderungen des Kunden</b>	

**Die Bank kann bei Kündigung (§ 355 III HGB) nur die 1.000 einklagen!**

Aber: keine Rückforderung bei eingeräumtem Kontokorrentkredit

# Das Kontokorrent

## §§ 355 ff. HGB

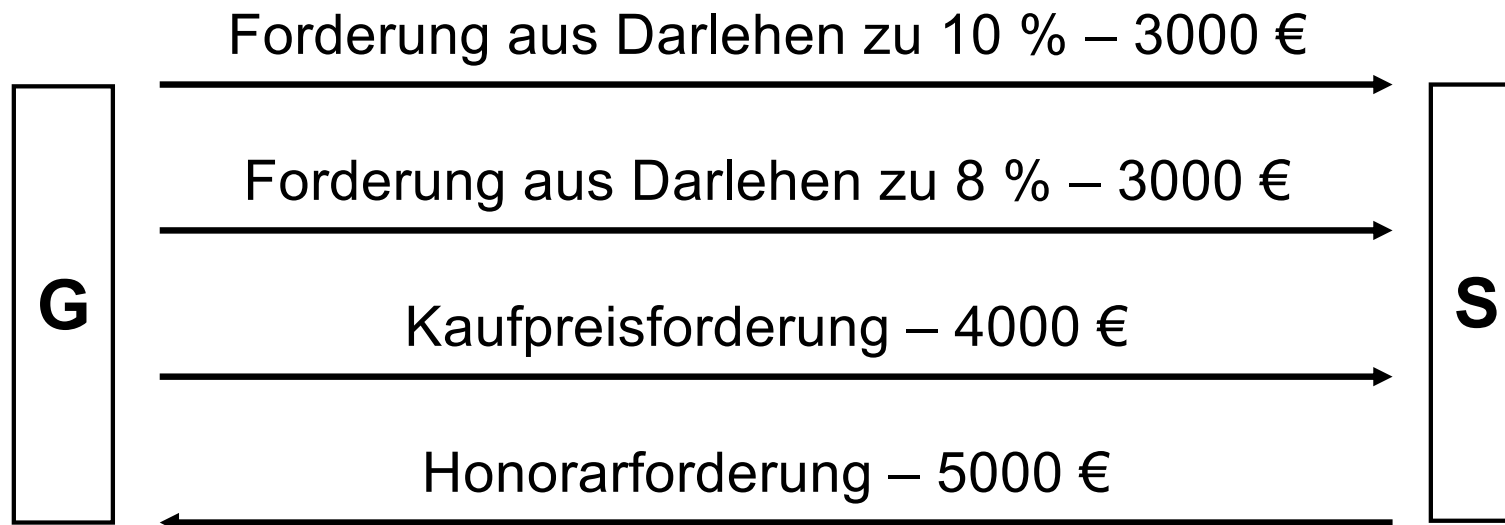
### ■ Verrechnung

- Rechnungsabschluss i.d.R. quartalsweise (↔ § 355 II HGB)
  - BGHZ 50, 277: nicht schon Erteilung von Kontoauszügen (Tagessaldo)
  - BGH ZIP 2011, 2455 (Rn. 21 ff.): Abgrenzung Abschluss ↔ Tagesauszug
- Rspr.: Verhältnismäßige Gesamtaufrechnung (Mosaiktheorie, BGHZ 49, 24, 30) = jede Forderung wird anteilig getilgt
- h.L.: Tilgungswirkung analog §§ 366 ff., 396 BGB
  - vorrangig Parteiabrede; soweit diese fehlt:
  - zuerst die unsichere, dann die dem Schuldner lästigere, sodann die ältere Forderung, anschließend anteilige Verrechnung

# Das Kontokorrent

§§ 355 ff. HGB

Bitter/Linardatos, Fall 31



# Das Kontokorrent

## §§ 355 ff. HGB

### ▪ Saldoanerkennnis (Nr. 7 II AGB-Banken)

- Abstraktes Schuldanerkennnis i.S.v. § 781 BGB
- Schriftform gemäß § 782 BGB entbehrlich
- Rspr.: Novationstheorie → Entstehung einer neuen Forderung, die an die Stelle der früheren Einzelforderungen tritt
- Zinsen auf den Überschuss (§ 355 I HGB ↔ § 248 I BGB)
- Kondiktion eines unrichtigen Anerkenntnisses (§ 812 BGB)

# Das Kontokorrent

## Girokonto

Tonner/Krüger, § 8 Rn. 1–10

- **Begriffe italienisch: „contare“ = zählen / „Giro“ = Kreis, Drehung, Umlauf, Rundfahrt → Geld kann zirkulieren**
  - Bank erfüllt Pflicht des § 238 HGB mit Einrichtung des Kontos
  - Ermöglicht für Kunden die Teilnahme am bargeldlosen Zahlungsverkehr
- **Unterscheidung in zwei Rechtsbeziehungen**
  - Zahlungsdienstvertragsvertrag (§ 675f II BGB) = Verpflichtung der Bank,
    - ein Konto durch Verbuchung der Ein- und Ausgänge zu führen,
    - Zahlungsvorgänge iSd § 675f IV BGB durchführen
  - für das Online-Banking: zusätzliche Online-Abrede notwendig (str.)
- **Kontowahrheit und Legitimationspflicht: § 154 AO**
- **Kundenidentifizierung (KYC): §§ 11, 3 GWG**

# Das Kontokorrent

## Girokonto

Tonner/Krüger, § 8 Rn. 11–21; § 10 Rn. 1 ff.

### ▪ Verfügungsberechtigung

- Originär: Kontoinhaber
- Abgeleitet: Kontobevollmächtigter (§§ 164 ff. BGB), Betreuer (§ 1815 BGB)

### ▪ Sonderformen des Kontos

- Oder-Konto: mehrere Kontoinhaber als Gesamtgläubiger (zB Eheleute) = Einzelverfügungsberechtigung
- Und-Konto: mehrere Kontoinhaber in Bruchteilsgemeinschaft (zB Erben-gemeinschaft) = gemeinschaftliche Verfügungsberechtigung
- Anderkonto (Treuhandkonto); Beispiel: Notarkonto

### ▪ Arten des Kontos

- Termingeldkonto, Tagesgeldkonto usw. → keine Zahlungsverkehrskonten, sondern Spar- und Anlagekonten

### ▪ Vertragliche Grundlagen (teils iVm § 675c BGB)

- § 675f I BGB: Einzelzahlungsvertrag (selten)
- § 675f II BGB: Zahlungsdiensterahmenvertrag

### ▪ Wesentliche vertragliche Pflichten des Zahlungsdienstleisters

- Führung des Zahlungskontos iSd § 1 XVII ZAG: § 675f II BGB
  - Anspruch auf Gutschrift: Verfügarmachung eingegangener Gelder: § 675t I BGB
  - Anspruch aus Gutschrift: Verfügungsrecht über verbuchte Gelder: § 675t I BGB
- Ausführung autorisierter Zahlungsaufträge (= Weisung iSd § 665 BGB) und von Zahlungsvorgängen: §§ 675j, 675f II, IV BGB
  - Grundsatz der Weisungstreue
- Zulassung von Drittdienstleister: § 675f III BGB, §§ 48 ff. ZAG
- Auskunfts- und Rechenschaftspflicht: §§ 675c I iVm § 666 BGB (zB Kontoauszüge)
- Schutz der Zahlungsinstrumente: § 675m BGB

### ■ Wesentliche Pflichten des Zahlungsdienstnutzers

- Aufwendungsersatz gemäß § 675u BGB: § 675c BGB iVm § 670 bzw. § 669 BGB (Vorschuss)
- Vereinbartes Entgelt entrichten: § 675f V BGB
- Zahlungsinstrumente schützen (Sorgfaltspflichten): § 675l BGB
- Anzeige nicht autorisierter oder fehlerhafter Zahlungsvorgänge (Obliegenheiten): § 676b BGB

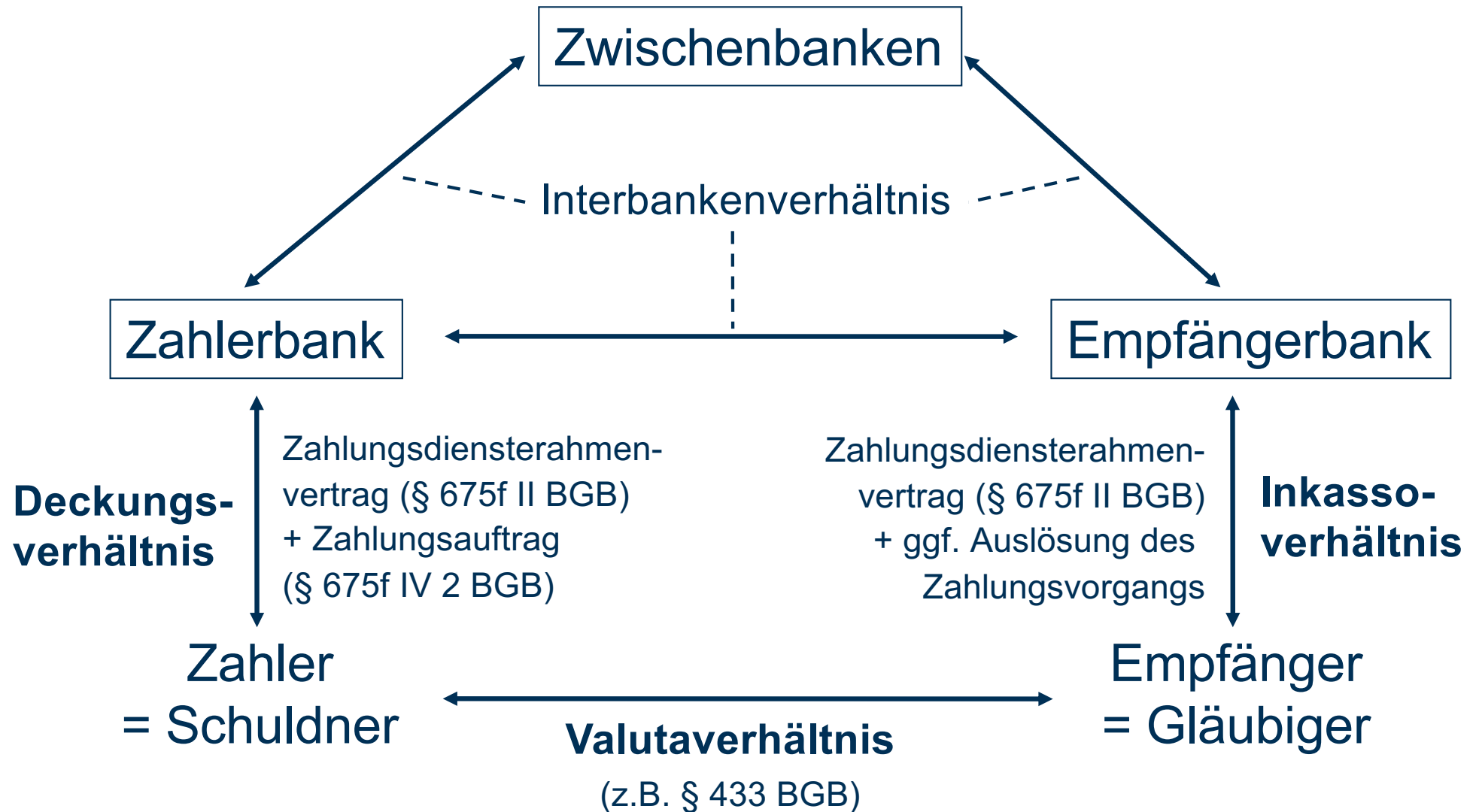
# Erbringung / Nutzung von Zahlungsdiensten

## §§ 675j ff. BGB



# Grundstruktur der Zahlungsdienste

## ≙ Musterfall: Überweisung



Tonner/Krüger, § 12 Rn. 3 ff.

## ▪ Deckungsverhältnis

- Rechtsbeziehung zwischen Zahlerbank und Zahler
- Dort besorgt sich der Zahler die **Deckung** für die Erfüllung seiner Verpflichtung im Valutaverhältnis
- Ausgangsverhältnis des *gesamten* Zahlungsdiensterechts
  - Überweisung als Vorbild

## ▪ Inkassoverhältnis

- Vom Italienischen *incassare* = „einkassieren“ oder „einziehen“
- Dort erfolgt die Entgegennahme (z.B. bei Überweisung zugunsten des Empfängers) und der Einzug von Geldern (z.B. bei der Lastschrift)

## ▪ Valutaverhältnis

- Vom Italienischen *valare* = „gelten“ oder „wert sein“
- Das Verhältnis, in dem die Geldzahlung gelten soll = Erfüllungswirkung

Tonner/Krüger, § 12 Rn. 29 ff.

- **Zahlungsauftrag (§ 675f IV 2 BGB) = Weisung i.S.v. § 665 BGB**
  - Auftrag = Autorisierung durch Einwilligung i.S.v. § 675j I BGB
  - Einsatz eines Zahlungsinstruments (§ 1 XX ZAG)
  - Grundlage für Aufwendungsersatz (§ 675u BGB) + Entgelt (§ 675f VI 1 BGB)
- **Wirksamkeit mit Zugang beim Zahlungsdienstleister (§ 675n I 1 BGB)**
  - Ausnahme bei Zugang an geschäftsfreiem Tag (§ 675n I 2 BGB) + bei wirksam vereinbartem Annahmeschluss (§ 675n I 3 BGB) → nächster Geschäftstag
  - Online-Banking: Gewöhnliche elektronische Speicherung und Verarbeitung
- **Pflicht zu „unverzüglicher“ Ablehnung (§ 675o BGB)**
  - Ablehnung jedenfalls innerhalb der Frist des § 675s BGB
  - Ausführungspflicht aus dem Zahlungsdiensterahmenvertrag
    - Ausnahme: Fehlen vertraglich vereinbarter Voraussetzungen (§ 675o II Alt. 1 BGB), z.B. Name des Zahlers o. Empfängers, Kundenkennung, Kontodeckung
    - Ausnahme: Verstoß gegen Rechtsvorschriften (§ 675o II Alt. 2 BGB)

## ▪ **Widerrufsmöglichkeit?**

- Grundsatz: Unwiderruflichkeit des Zahlungsauftrags (§ 675p I BGB ↔ § 665 BGB) und – damit zugleich – der Autorisierung (§ 675j II BGB)
  - Zweck: Vollautomatisierte Zahlungsabwicklung nicht stören
  - kein Schadensersatzanspruch gegen die Bank wegen fehlenden Stopps der weiteren Ausführung (OLG Köln ZIP 2016, 2114)

## ▪ **Ausnahme bei vertraglich vereinbartem Ausführungstag, z.B. bei monatlich auszuführendem Dauerauftrag (§ 675p III BGB)**

- Widerruf bis zum Ende des Geschäftstags vor dem Ausführungstag

## ▪ **Ausnahme bei vertraglicher Vereinbarung (§ 675p IV BGB)**

- bei Überweisung nicht praxisrelevant

- **Leistungspflicht der Zahlerbank**
  - Fehlerfreier und ungekürzter Eingang beim Zahlungsdienstleister des Empfängers (Prinzip der formalen Auftragsstrenge)
    - Werkvertragliches Element = Erfolg ist geschuldet (vgl. § 675y I 1, 5 BGB)
    - Konsequenz: Haftung gemäß § 675z S. 3 BGB (≈ § 278 BGB)
- **Abbedingung nur in den Grenzen des § 675z S. 2 BGB**
- **Ausführungsfrist i.d.R. ein Tag (§ 675s I BGB)**
- **Wegen Pflicht zu ungekürzter Weiterleitung → vertragliches Entgelt jeder Seite (§ 675q III BGB) ist gesondert auszuweisen (§ 675q II BGB)**
- **Maßgeblichkeit der Kundenkennung (§ 675r BGB)**

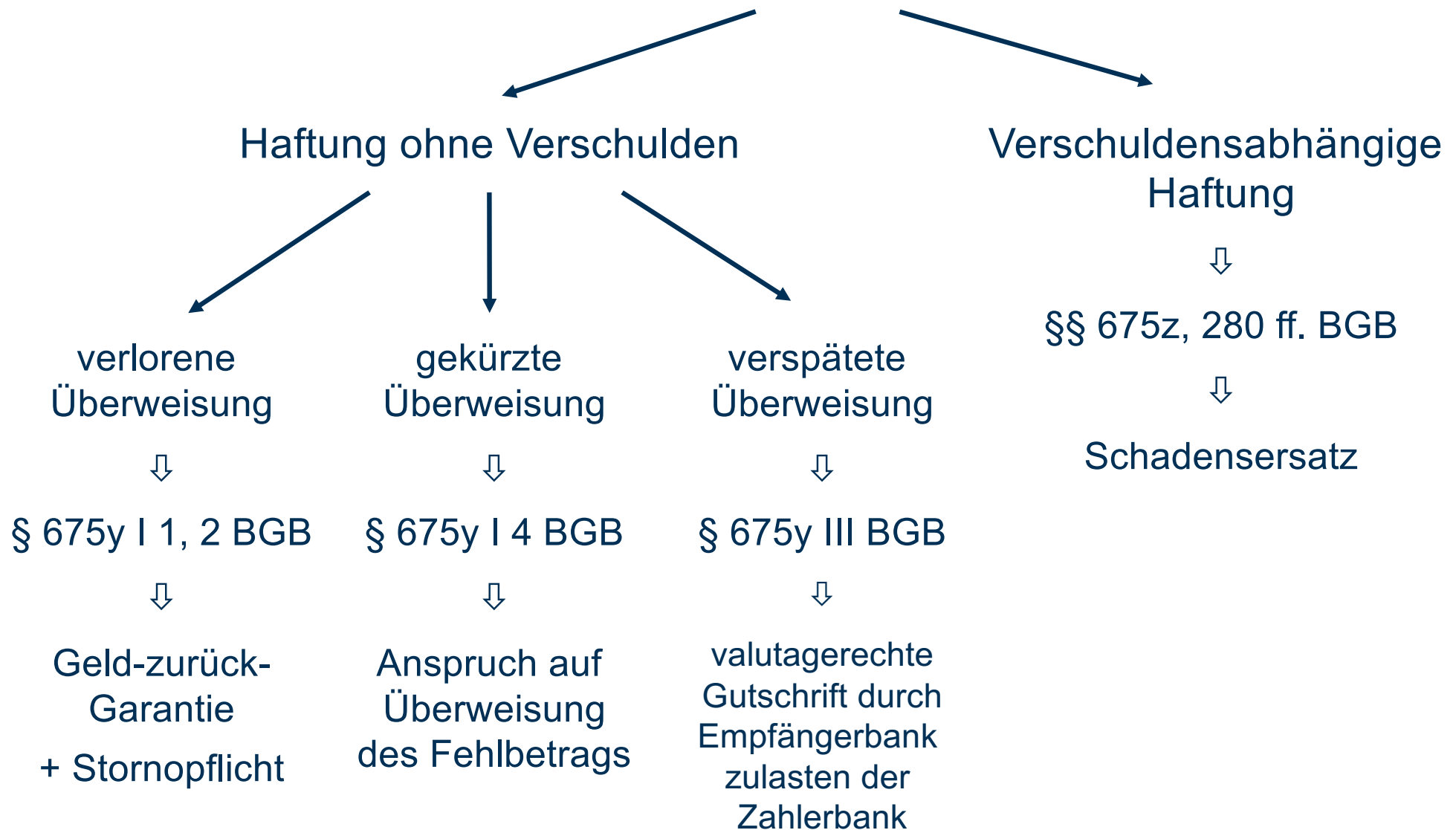
## ▪ Beendigung des Zahlungsvorgangs im Deckungsverhältnis = Bewirkung der geschuldeten Leistung

- *Leistungshandlung*: rechtzeitige + ungekürzte Weiterleitung
- *Leistungserfolg*: Eingang beim Zahlungsdienstleister des Empfängers (mittelbar aus §§ 675q I, 675s I 1 und insbes. aus § 675y I 5, III BGB)
  - keine Trennung mehr zwischen Haus-/Filialüberweisung und institutsübergreifender Überweisung
    - früher nach h.M. bei Haus- / Filialüberweisung weitergehende Pflicht: Gutschrift auf dem Konto des Empfängers (§ 676a I 1 BGB a.F.)
- bei verspätetem Leistungserfolg gilt § 675y III BGB: valutagerechte Gutschrift (seit ZDRL II)

## ▪ Entstehung der Pflicht im Inkassoverhältnis: § 675t BGB

- $\triangleq$  Anspruch auf Gutschrift + Anspruch aus Gutschrift (str.)

# Leistungsstörungen bei der Überweisung



# Nicht erfolgte oder fehlerhafte Überweisung



## § 675y I 1 BGB

Tonner/Krüger, § 13 Rn. 26 ff.

### 1. Tatbestand

#### a) Ausführung ist nicht oder fehlerhaft erfolgt

- maßgeblich ist die Kundenkennung (§§ 675r, 675y V BGB)
- vor dem ZDR war grundsätzlich der Name maßgeblich
  - Problem 1: IBAN schützt zu 99 % vor ungültigen Eingaben, nicht aber vor der Verwendung der IBAN einer falschen Person
  - Problem 2: nur Bemühenspflicht nach § 675y V 2 BGB
- maßgebliche Ausführungsfrist: § 675s I BGB

#### b) kein Ausschlussgrund

- Nachweis des beauftragten Zahlungsdienstleisters, dass der Zahlungsbetrag ungekürzt beim Zahlungsdienstleister des Zahlungsempfängers eingegangen ist (§ 675y I 5 BGB)
- Verzug / Verschulden nicht erforderlich

# Nicht erfolgte oder fehlerhafte Überweisung



## § 675y I 1 BGB

Tonner/Krüger, § 13 Rn. 26 ff.

## 2. Rechtsfolge

- a) **Garantieverantwortung des Zahlungsdienstleisters auf unverzügliche und ungekürzte Erstattung des Zahlungsbetrags (§ 675y I 1 BGB)**
- b) **Stornopflicht (§ 675y I 2 BGB)**
- c) **Erstattung von Entgelten und Zinsen (§ 675y VI BGB)**
- d) **Zusätzlich: verschuldensabhängiger Schadensersatzanspruch**

## 3. Ggf. Regress in der Zahlungskette

- Erstattungsanspruch gegen die verantwortliche Stelle (§ 676a BGB)
- Zweck: Haftung des Letztverantwortlichen; Ausgleich für Entlastung des Zahlers im Deckungsverhältnis gemäß § 675z S. 3 BGB + Garantieverantwortung

# Gekürzte Überweisung

## § 675y I 4 BGB

Tonner/Krüger, § 13 Rn. 26 ff.

### 1. Tatbestand

#### a) Abzug von Entgelten entgegen § 675q I BGB

- Abzug durch Zahlungsdienstleister des Empfängers nur bei Vereinbarung und nur bei gesondertem Ausweis des Entgeltes (§ 675q II BGB)

#### b) kein Ausschlussgrund

- Nachweis der Zahlerbank, dass der Zahlungsbetrag ungekürzt beim Zahlungsdienstleister des Empfängers eingegangen ist (§ 675y I 5 BGB)

#### c) Verzug / Verschulden nicht erforderlich

### 2. Rechtsfolge

#### a) Garantieverantwortung des Zahlungsdienstleisters gegenüber dem Zahler auf unverzügliche Übermittlung des Fehlbetrags an den Empfänger

#### b) Zusätzlich: verschuldensabhängiger SchaE-Anspruch

### 3. Regress in der Zahlungskette (§ 676a BGB)

# Verspätete Überweisung

## § 675y III BGB

Tonner/Krüger, § 13 Rn. 26 ff.

- **Beachtung der Ausführungsfrist von § 675s BGB**
- **ab Eingang beim Zahlungsdienstleister des Empfängers Wertstellung zum Eingangsdatum (§ 675t I 1, 2 BGB)**
  - keine gesonderte Zinspflicht
- **Bei verzögertem Eingang des Zahlungsbetrags beim Zahlungsdienstleister des Empfängers valutagerechte Gutschrift durch Inkassostelle zulasten der Zahlstelle gemäß § 675y III 1 BGB**
  - Verschuldensabhängige Haftung (§§ 675z, 280 ff. BGB) nur für Folgeschäden

Tonner/Krüger, § 13 Rn. 26 ff.

- **Das allgemeine Leistungsstörungenrecht gemäß §§ 280 ff. BGB wird von § 675y BGB nur teilweise verdrängt (§ 675z BGB)**
  - §§ 675u, 675y BGB sind nur abschließend für dort geregelte Ansprüche (§ 675z S. 1 BGB), nicht aber für
    - Verzugsschaden (§§ 280 II, 286 BGB)
    - Schadensersatz neben / statt der Leistung (§§ 280, 281 BGB)
    - Schadensersatz bei Verletzung von Nebenpflichten (§§ 280 I, 241 II BGB)
- **Zurechnung von Fremdverschulden (§ 675z S. 3 BGB)**
  - Ausnahme: vom Zahlungsdienstnutzer vorgegebene Stelle; dann haftet diese (Durchbrechung der Relativität der Schuldverhältnisse)
- **Vertragliche Haftungsbegrenzung möglich (§ 675z S. 2 BGB)**
  - 12.500 € (Ausnahme: Vorsatz + grobe Fahrlässigkeit)
    - Problem: Aufspaltung des Überweisungsbetrags → nach h.M. zum alten Recht nur einfache Haftung auf 12.500 € (m.E. zweifelhaft)

# Maßgeblichkeit der Kundenkennung

## § 675r BGB

Tonner/Krüger, § 12 Rn. 33

### ▪ Rechtsfolgen

- Fiktion der ordnungsgemäßen Ausführung gemäß § 675r I 2 BGB
  - Gilt für Zahler- als auch für Empfängerbank
- Abweichung vom Grundsatz der formalen Auftragsstrenge
- **Ausnahme:** Positive Kenntnis der Zahlerbank vor Ausführung (str.)
  - Achtung: Text im Verwendungsfeld dafür nicht ausreichend!
- **Ausnahme:** Positive Kenntnis der Empfängerbank (str.)
  - Pflicht zur Rückfrage und Ausführungsverweigerung bis zur Klärung (str.)
- Gesetzliche Umdeutung der Kundenanweisung (str.)
  - falscher statt richtiger Empfänger erlangt Auszahlungsanspruch (str.)
  - kein Stornorecht der Empfängerbank (str.)
- Leistungskondiktion des Zahlers gegen den falschen Empfänger
- Informationsanspruch des Zahlers aus § 675y V 4 BGB bei Fehlschlag

# Maßgeblichkeit der Kundenkennung

§ 675r BGB (zum Begriff: Hadding, FS Schneider, 2011, S. 443 ff.)

Tonner/Krüger, § 12 Rn. 33

## ■ Rechtsfolgen

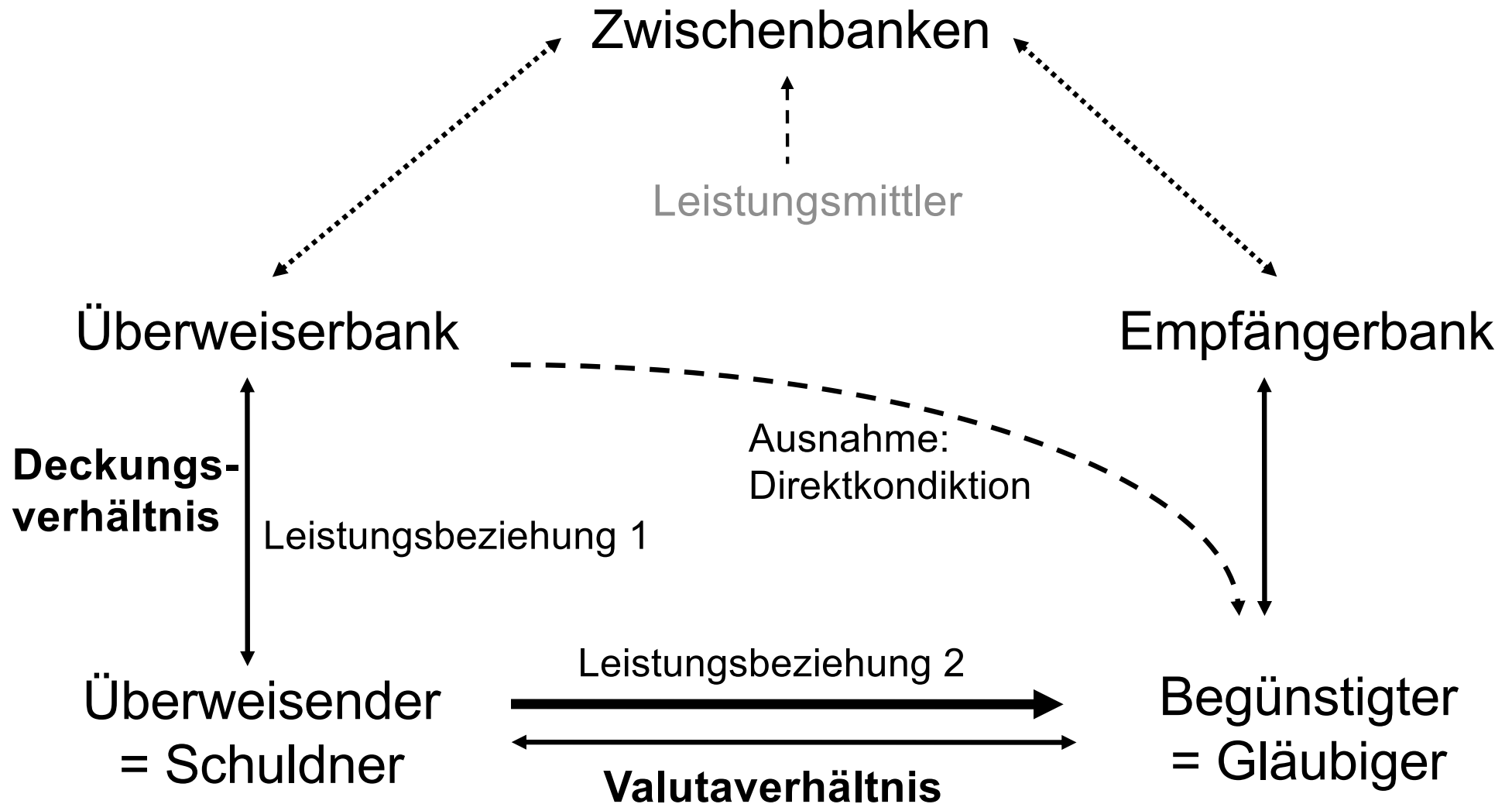
- Haftungsausschluss bei Ausführung nach Maßgabe der Kundenkennung (§§ 675y V 1, 675z S. 5 BGB)
- Bemühenspflicht der Zahlerbank gemäß § 675y V 2 BGB
- Auskunftspflicht der Empfängerbank gemäß § 675y V 3 BGB
  - Gesetzlicher Anspruch des Zahlers gegen die Empfängerbank → Durchbrechung der Relativität des Schuldverhältnisses!
    - zur dogmatischen Einordnung Hoffmann, WM 2016, 1110
- Ggf. Entgeltspflicht des Zahlers gemäß § 675y V 5 BGB
- Vorgelagerter Schutz des Zahlers
  - Pflicht zu automatisierter Vorabprüfung (§ 675r III BGB)
  - bei der IBAN wird eine Überweisung bei fehlerhafter Eingabe (Vertippen) zu 99 % gar nicht ausgeführt → Prüfziffer ist implementiert (z.B. DE087009...)

Tonner/Krüger, § 13 Rn. 24 f.

- **Anspruch auf Gutschrift = Herausgabeanspruch aus §§ 675c, 667 BGB**
  - **Präzisierung in § 675t BGB**
    - Gutschrift eingehender Beträge (§ 675t I 1, 2 BGB)
      - unverzüglich nach Eingang (§ 675t I 1 BGB)
      - mit Wertstellung des Eingangstages (§ 675t I 2 BGB)
    - Mitteilung: Kennung + Verwendungszweck (Art. 248, §§ 8, 15 EGBGB)
    - bei verspäteter Gutschrift ggf. Erstattung von Zinsen (§ 675y VI BGB); sonst nur verschuldensabhängiger Schadensersatz (§ 675z BGB)
    - Pflicht zur (restlichen) Gutschrift bei vertragswidriger Kürzung
- **Anspruch aus der Gutschrift = abstraktes Schuldversprechen / -anerkennnis i.S.v. §§ 780–782 BGB**
- **Stornorecht (Nr. 8 I AGB-Banken) → kein § 818 III BGB**

# Bereicherungsausgleich bei Fehlüberweisungen – alte Rechtslage

Tonner/Krüger, § 13 Rn. 45 ff.



# Bereicherungsausgleich bei Fehlüberweisungen – neue Rechtslage

Tonner/Krüger, § 13 Rn. 45 ff.

Änderung der bisherigen Rspr. durch BGHZ 205, 378 = NJW 2015, 3093

- Der Bereicherungsausgleich erfolgt jedenfalls im Zahlungsverkehrsrecht bei fehlendem Zahlungsauftrag im Deckungsverhältnis nicht mehr in den zwei Leistungsbeziehungen
- Die Schuldnerbank kondiziert im Wege der Nichtleistungskondiktion unmittelbar beim Empfänger (Direktkondiktion aus § 812 I 1 Alt. 2 BGB)
  - Argument: veränderte Rechtslage durch § 675u BGB → bei fehlendem Zahlungsauftrag des Schuldners kann ihm die Zahlung generell nicht zugerechnet werden, auch nicht für die Zwecke des Bereicherungsrechts (ebenso schon LG Hannover ZIP 2011, 1406; a.A. AG Hamburg-Harburg ZIP 2013, 1517, 1518 f.; w.N. bei *Omlor*, ZIP 2016, 558, 563)
    - ❖ Richtig wäre Verweis auf Harmonisierung durch ZDRL (*Linardatos* BKR 2013, 395)

# Bereicherungsausgleich bei Fehlüberweisungen – neue Rechtslage

Tonner/Krüger, § 13 Rn. 45 ff.

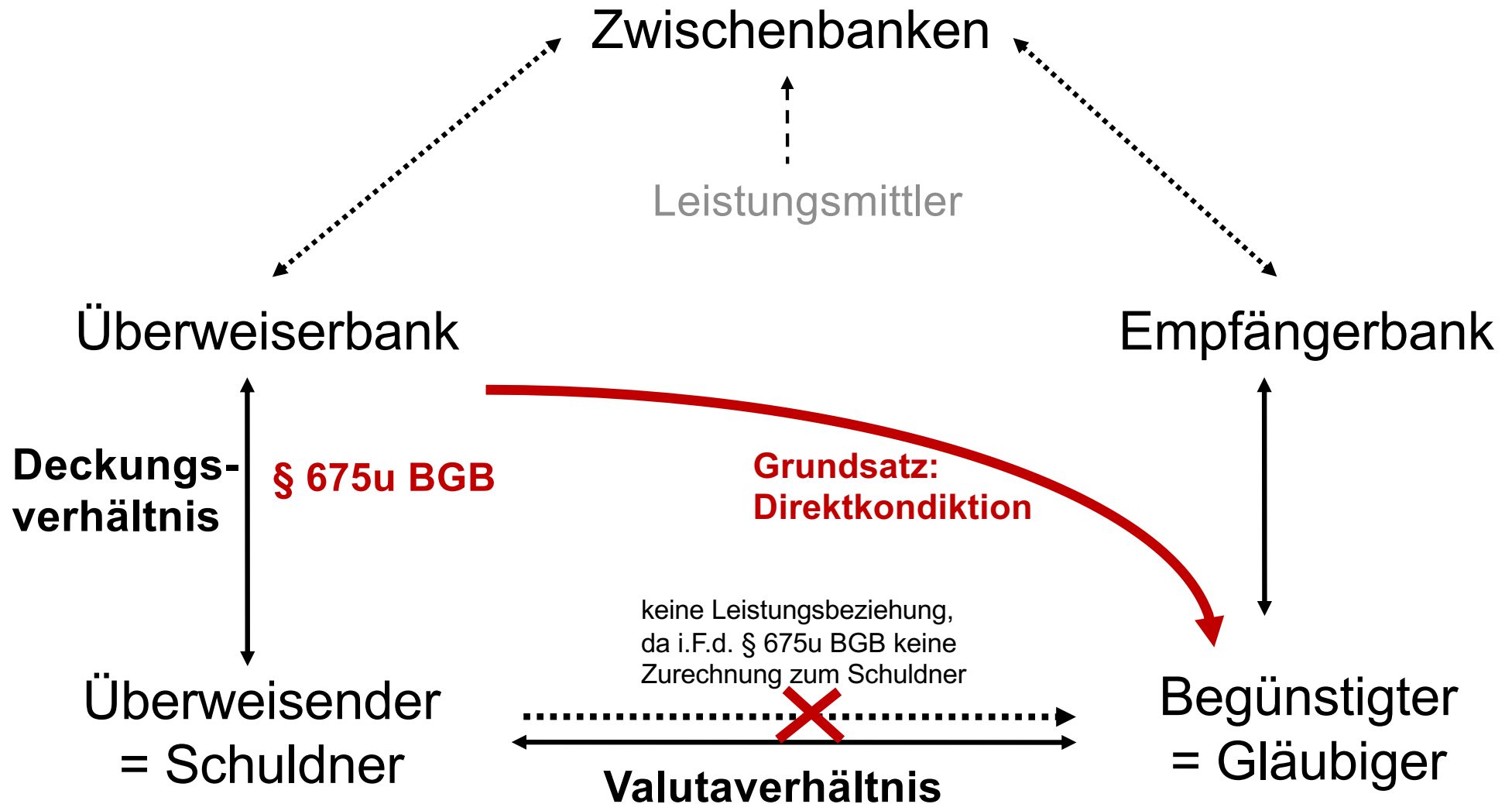
**Fälle:** Befristeter Zahlungsauftrag (Dauerauftrag oder vordatierte Einzelüberweisung), wird rechtzeitig widerrufen (**neu**); Überweisung an den falschen Empfänger; Geschäftsunfähigkeit des Anweisenden; Fälschung eines Überweisungsauftrags; versehentlich doppelte Ausführung; versehentliche Zuvielüberweisung (**neu**) oder bewusste Abänderung des Überweisungsauftrags durch Überweiserbank

1. Bank → S aus §§ 675, 675c, 670 BGB (–), da Zahlungsauftrag fehlt
  - Erstattungsanspruch S → Bank aus § 675u BGB bei erfolgter Buchung
2. S → G aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB (–), da Leistung dem S nicht zurechenbar
3. Bank → G aus § 812 I 1 Alt. 2 BGB (+)
4. Bank → S aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB (–), da S nichts erlangt hat

→ **Direktkondiktion bei fehlender Weisung des Schuldners**

# Bereicherungsausgleich bei Fehlüberweisungen – neue Rechtslage

Tonner/Krüger, § 13 Rn. 45 ff.



# Haftung im Drittmisbrauchsfall

Tonner/Krüger, § 12 Rn. 37 ff.

## ■ Grundlagen

- Nicht autorisierte Zahlungsvorgänge (§§ 675u, 675j BGB)
  - generell kein Aufwendungsersatzanspruch des Zahlungsdienstleisters gemäß § 675u BGB und kein Entgeltanspruch
    - **Merke:** Zahlungsdienstleister trägt das Risiko fehlender Autorisierung
  - Rückerstattungspflicht bei erfolgter Belastung (§ 675u S. 2 BGB)
  - Beweislast für Autorisierung beim Zahlungsdienstleister (§ 675w BGB)
- Beispiele für einen Drittmisbrauchsfall
  - Phishing, Man-In-The-Middle-Angriff, Fake Präsident-Trick etc.
- Anzeigepflicht und Anspruchsausschluss
  - Anzeigepflicht des Zahlungsdienstnutzers nach Feststellung von nicht autorisierten Zahlungsvorgängen (§ 676b I BGB)
  - genereller Anspruchsausschluss 13 Monate nach Belastungstag (§ 676b II BGB)

Tonner/Krüger, § 12 Rn. 37 ff.

## ■ Missbräuchliche Nutzung von Zahlungsinstrumenten

- Zahlungsinstrument = Legaldefinition in § 1 Abs. 20 ZAG
  - (P) „personalisiertes“ Instrument / Verfahren
  - hL: personalisierte Sicherheitsmerkmale (z.B. TAN) erforderlich
  - EuGH EuZW 2014, 464: auch nicht personalisierte Instrumente erfasst
  - Beispiele: PIN + TAN, Zahlungskarte + PIN, TAN + biometrische Merkmale, str. Kreditkarte + Unterschrift

## ■ begrenzter verschuldensunabhängiger Ersatzanspruch des Zahlungsdienstleisters i.H.v. 50 Euro („Pauschalhaftung“, § 675v I BGB)

- Ausschluss der Pauschalhaftung
  - § 675v II BGB: Verlust/Missbrauch des Zahlungsinstruments für Zahler nicht erkennbar (Nr. 1) oder „Innentäterattacke“ (Nr. 2)
  - § 675v IV BGB: starke Kundenauthentifizierung (§ 1 Abs. 24 ZAG) nicht verlangt (Nr. 1) oder vom Empfänger(institut) nicht akzeptiert (Nr. 2)

# Haftung im Drittmisbrauchsfall

Tonner/Krüger, § 12 Rn. 37 ff.

## ▪ Haftung auf den vollen Zahlungsbetrag (§ 675v III BGB)

- Handeln in betrügerischer Absicht (Nr. 1) oder
- vorsätzlich oder grob fahrlässige Pflichtverletzung Nr. 2
  - Kundenpflichten folgen aus § 675I Abs. 1 + AGB-Banken/Sonderbedingungen = lit. a+b!
  - Grobe Fahrlässigkeit: nach § 276 BGB zu bestimmen
    - Achtung: kein Anscheinsbeweis für grobe Fahrlässigkeit!

## ▪ Enthftung gemäß Abs. 4

- S. 2: nicht bei betrügerischem Handeln des Zahlers
- Nr. 1: Aufsichtsrechtliche Pflicht nach § 1 Abs. 24 ZAG verletzt
  - technisch selten, setzt massiven Organisationsmangel des Zahlungsdienstleisters voraus
- Nr. 2: Empfängerseite akzeptiert starke Kundenauthentifizierung nicht
  - technisch ausgeschlossen → Tatbestand hat praktisch keine Bedeutung
    - S. 3: Verlagerung der Haftung (praktisch ebenso selten)

## ▪ Enthftung gemäß Abs. 5: ab Missbrauchsanzeige

**Tonner/Krüger, § 12 Rn. 37 ff.**

## ■ Beweisführung (§ 675w BGB)

- Mindestanforderungen in § 675w S. 1 BGB geregelt
- Beweiserleichterung aufseiten des Zahlungsdienstleisters durch Anscheinsbeweis
  - BGH ZIP 2012, 217 zum Anscheinsbeweis bei Bargeldabhebung mit Originalkreditkarte und PIN (zum alten Recht, aber übertragbar; str., Problem: § 675w S. 3 BGB)
  - Zum Online-Banking Anscheinsbeweis bestätigt durch BGH ZIP 2016, 757 (krit. Herresthal JZ 2017, 28); Kriterien grundsätzlich auf Kartenzahlungen übertragbar
  - Anscheinsbeweis wird durch den „neuen“ § 675w S. 4 BGB nicht ausgeschlossen (Linardatos NJW 2017, 2145 ff.)
    - unnötige Klarstellung durch den Richtliniengeber: Klarstellung bedingt durch falsches Verständnis des europäischen Gesetzgebers von der deutschen Rspr. zum Anscheinsbeweis

# Haftung im Drittmisbrauchsfall

## Besprechungsfälle

- **BGH NJW 2012, 1277:** In der Nacht v. 12.8. auf den 13.8. wurden in H. an Geldautomaten der Volksbank unter Verwendung der PIN des Bekl. in insgesamt sechs Fällen jeweils € 500,- abgehoben. Die Kl. belastete das Konto des Bekl. am 15.8. mit diesen Beträgen. Der Bekl. widersprach dieser Buchungen am 27.8. und berief sich auf einen Missbrauch der Kreditkarte.

# Haftung im Drittmisbrauchsfall

## Besprechungsfälle

- **BGH NJW 2016, 2024:** Die Parteien vereinbarten zur Freigabe von Transaktionen im Online-Banking das smsTAN-Verfahren. Bei der Kl. kam es im Juli 2011 zu langen Störungen im OB, über die auch die Presse berichtete. Einige Kunden – auch die Bekl. – konnten auf ihr Konto nicht zugreifen; Lastschriften wurden nicht ausgeführt und Buchungen doppelt. IdZ wurde am 15.7. dem Konto der Bekl. fehlerhaft Beträge von über 200.000 Euro gutgeschrieben. Die Kl. veranlasste am 17.7. die Stornierung, die aufgrund des WE erst am 18.7. ausgeführt wurde. Wegen der Fehlbuchung wies das Konto der Bekl. bis dahin buchungs-technisch ein Guthaben von ca. 238.000 Euro auf. Am 15.7., um 23.25 Uhr wurden unter Verwendung der PIN im OB der Kontostand abgefragt. Um 23.29 Uhr wurde eine Überweisung von 235.000 Euro mit dem Verwendungszweck „MB“, dem Namen des GF der Bekl., in das OB-System der Kl. eingegeben. Die smsTAN wurde von der Kl. zur vereinbarten Mobiltelefonnummer der Bekl. übermittelt und für die Freigabe verwendet. Im Anschluss daran kam es zwischen 23.31 und 23.36 Uhr zu drei weiteren Umsatzabfragen. Die Überweisung wurde am 18.7., mit dem ersten Buchungslauf ausgeführt. Da zugleich die fehlerhaften Gutschriften berichtigt wurden, ergab sich ein Sollbetrag zulasten der Bekl.

# Haftung im Drittmisbrauchsfall

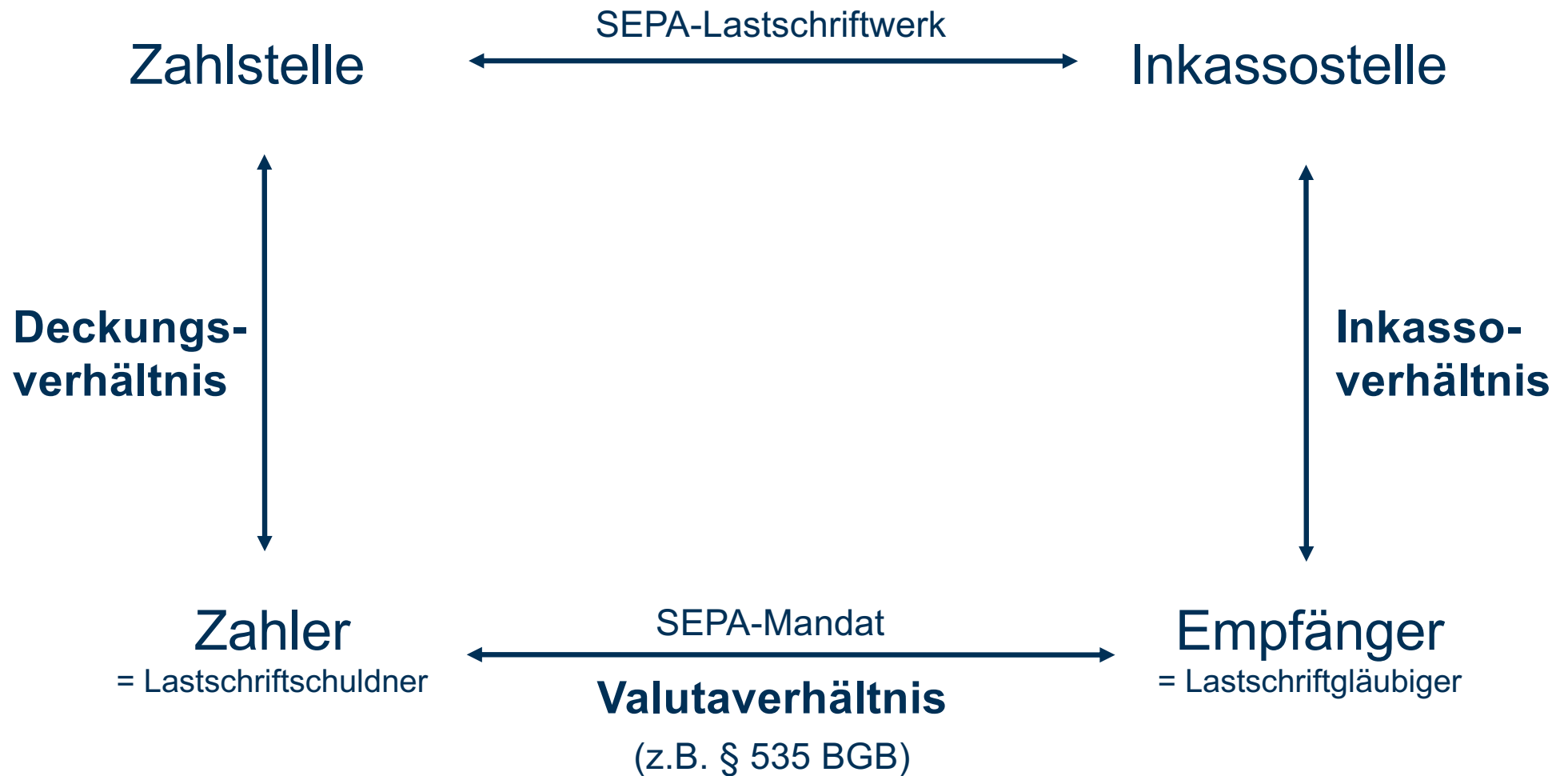
## Besprechungsfälle

- **OLG Frankfurt aM – 3 U 3/23:** Der Kl. führt bei der Bekl. ein Girokonto. Als Verfahren zur Beauftragung von online-Transaktionen ist das PushTAN App-Verfahren vereinbart. Am 2.9.2021 erhielt der Kl. folgende SMS: „Ihr Konto wurde eingeschränkt. Bitte melden Sie sich für das neue S-CERT Verfahren an: <https://bank1-webtool...>“ Als Absender wurde eine Telefonnr. angezeigt, welche die Bekl. bereits in der Vergangenheit verwendet hatte, um den Kl. über eine Sperrung seiner Kreditkarte wegen eines Sicherheitsvorfalls zu unterrichten. Die beiden Sperrmitteilungen der Bekl. waren jeweils mit der Bitte verbunden, die Telefonnummer zurückzurufen. Der Kl. folgte dem in der SMS angegebenen Link. Anschließend wurde er von einer Person angerufen. Auf Anweisung dieses Anrufers bestätigte der Kl. „etwas“ in der PushTAN-App. Am selben Tag wurde das Konto des Kl. mit einer Echtzeit-Überweisung i.H.v. 49.999,99 € belastet. Am Folgetag gab der Kl., nach Entdeckung dieser Überweisung, eine Schadensfallermeldung ab. Der Kl. behauptet, er habe die Transaktion nicht veranlasst. Falls es sich bei der SMS sowie dem Anruf um eine von Dritten durchgeführte Täuschung handele, sei diese für ihn nicht erkennbar gewesen. Die Bekl. hat die Auffassung vertreten, der Kl. habe die Zahlung zumindest grob fahrlässig veranlasst.

# Grundstruktur Lastschriftverfahren

## SEPA-Verfahren

Tonner/Krüger, § 14 Rn. 5



Tonner/Krüger, § 14 Rn. 9 ff.

## ■ SEPA-Basislastschrift

- nach dem Zahlungsdiensterecht der gesetzliche Regelfall
- Lastschriftmandat = Doppeltatbestand aus Ermächtigung und Weisung
  - Ermächtigung des Gläubigers zum Lastschrifteinzug
  - Zahlungsauftrag (§ 675f IV 2 BGB) + Autorisierung (§ 675j I BGB) an Zahlungsdienstleister des Schuldners (Zahlstelle), Lastschrift einzulösen

## ■ Zahlungsauftrag und Autorisierung werden der Zahlstelle über den Gläubiger + dessen Bank (erste Inkassostelle) zugeleitet (Boten)

- Grundsatz der Unwiderruflichkeit (§ 675j II i.V.m. § 675p II BGB)

## ■ Erstattungsanspruch des Kunden trotz Unwiderruflichkeit des Auftrags (§ 675x II BGB); Grenze: 8-Wochen-Frist (§ 675x IV BGB)

- seit 2018 gesetzlicher Anspruch; Ausnahme: „Vorabgenehmigung“
- keine Angabe von Gründen für das Erstattungsverlangen erforderlich

Tonner/Krüger, § 14 Rn. 9 ff.

## ■ SEPA-Firmenlastschrift

- Ähnlichkeit zum früheren nationalen Abbuchungsauftragsverfahren
- Verwendung in der Praxis bei ständiger Geschäftsverbindung zwischen Schuldner und Gläubiger (z.B. dauerhafte Lieferbeziehung zw. Hersteller und Händler)
- Lastschriftmandat, Zahlungsauftrag (§ 675f IV 2 BGB) und Autorisierung (§ 675j I BGB) entsprechen dem SEPA-Basislastschriftverfahren
- Aber: zusätzliche Bestätigung unmittelbar gegenüber der Zahlstelle (Übermittlung der Daten aus dem SEPA-Firmenlastschrift-Mandat)

Tonner/Krüger, § 14 Rn. 9 ff.

## ■ SEPA-Firmenlastschrift

- Widerruf der Zustimmung ebenso beschränkt wie der Widerruf des Zahlungsauftrags (§ 675j II iVm § 675p BGB)
  - bei Lastschrift ist ein Widerruf des Zahlungsauftrags nur bis zum Ende des Geschäftstags vor dem vereinbarten Fälligkeitstag möglich (§ 675p II BGB)
  - Aber AGB: Widerruf bis Einlösung möglich (zwei Tage nach Buchung)
    - wohl zulässige Vereinbarung wegen § 675p IV BGB
- trotz betragsmäßig nicht fixierter Autorisierung (§ 675x I 1 Nr. 1 BGB) ausnahmsweise Ausschluss des Anspruchs auf Erstattung (§ 675x III BGB):
  - unmittelbare Zustimmung gegenüber der Zahlstelle (s.o.)
  - ggf. Vorabinformation über Zahlungsvorgang 4 Wochen vor Fälligkeitstermin

# Valutaverhältnis

## in allen Arten des Lastschriftverfahrens

Tonner/Krüger, § 14 Rn. 9 ff.

### ▪ Lastschriftabrede zwischen Gläubiger + Schuldner

- Ziff. 4.1. SEPA-Rulebook: SEPA-Mandat mit „signature“
  - Durchführung auch bei fehlender Schriftform iSd § 126 BGB (zB Online-Handel; Kartenzahlung ohne Eingabe der PIN) und sogar bei Telefonkontakt (zB Spendenaktion im Fernsehen)
- Pflicht zur Erteilung eines SEPA-Basislastschriftmandats kann in AGB begründet werden (BGH NJW 1996, 988 zur Einzugsermächtigung); nicht aber die Pflicht zur Erteilung eines SEPA-Firmenlastschriftmandats (BGH WM 2010, 277)
- Geldschuld verwandelt sich von qualifizierter Schickschuld in Holschuld
  - kein Verzug des Schuldners bei unterlassener Einziehung durch den Gläubiger

# Valutaverhältnis

## in allen Arten des Lastschriftverfahrens

Tonner/Krüger, § 14 Rn. 9 ff.

### ▪ Erfüllung mit Einlösung auf dem Schuldnerkonto?

- beim SEPA-Firmenlastschriftverfahren ja (vgl. auch BGH ZIP 2013, 324, 325 [Rn. 12])
- Beim SEPA-Basislastschriftverfahren auflösend bedingt (BGHZ 186, 269)
  - Gläubiger hat eine gesicherte Rechtsposition erst nach Ablauf der Achtwochenfrist (§ 675x IV BGB)

### ▪ Erfüllungswirkung gemäß § 364 I BGB → Vereinbarung erforderlich

- Gläubiger erhalte nicht die geschuldete Geldzahlung, sondern eine Forderung gegen seinen Zahlungsdienstleister

Tonner/Krüger, § 14 Rn. 9 ff.

- **Vereinbarung über die Zulassung des Gläubigers zum Lastschriftverfahren mit der ersten Inkassostelle (Standard-AGB)**
  - Einzug fälliger Forderungen nur, soweit
    - der Gläubiger mit dem Schuldner das LSV vereinbart + er diesem die Bestätigung des SEPA-Firmenlastschriftmandats auferlegt hat, oder
    - dem Gläubiger ein (schriftliches) SEPA-Basislastschriftmandat des Schuldners vorliegt.
  - Gutschrift „Eingang vorbehalten“ (E.v.) → zweifache Bedingung
    - aufschiebende Bedingung der Einlösung
    - auflösende Bedingung eines späteren Erstattungsverlangens des Schuldners (SEPA-Basislastschriftverfahren)
- **Ausfallrisiko des Gläubigers trägt die Inkassobank**

Tonner/Krüger, § 14 Rn. 9 ff.

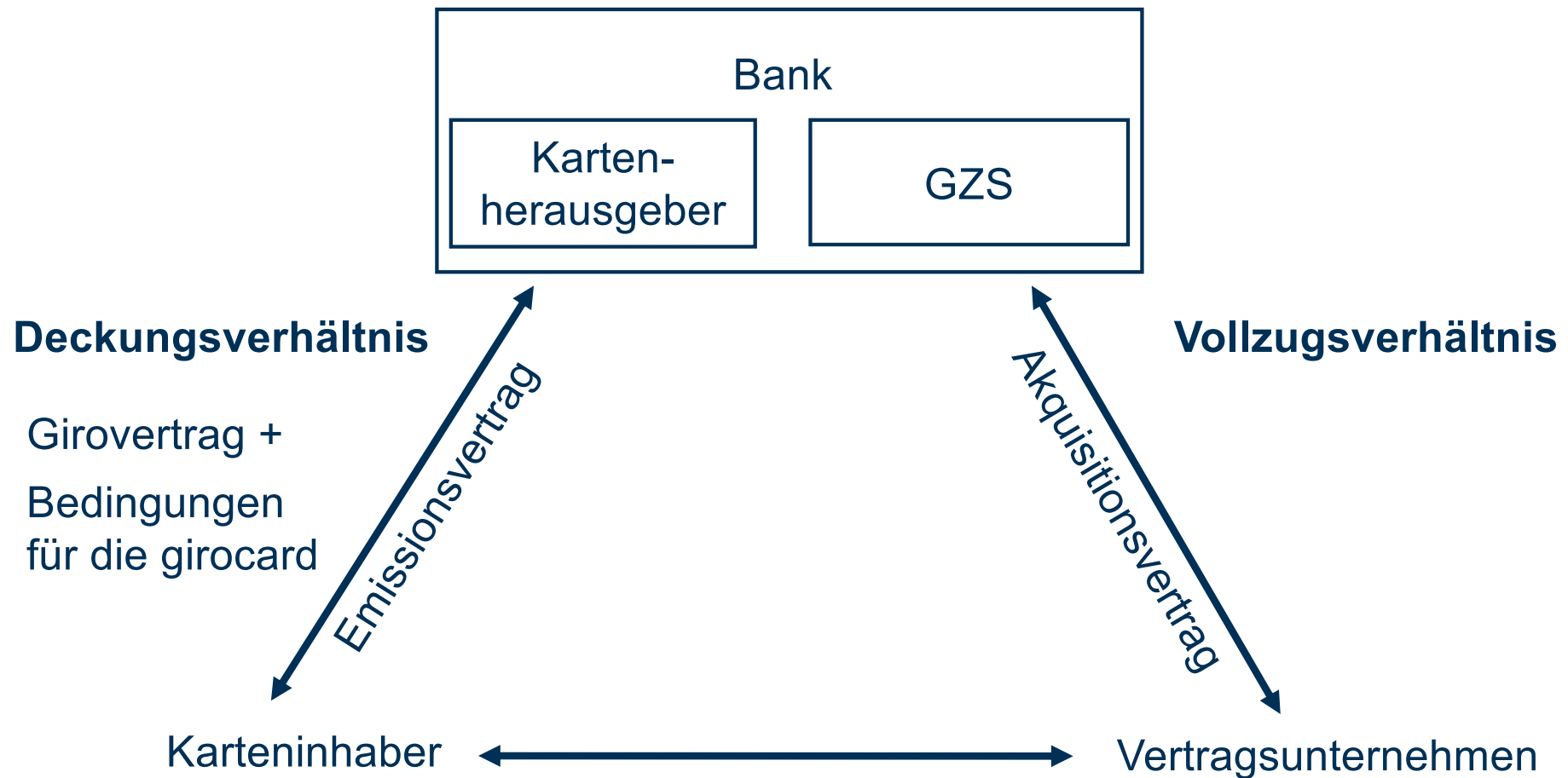
## ▪ Lastschriftrückgaben erfolgen nach SEPA-Lastschriftregelwerken

### („R-Transactions“)

- Ablehnung der Zahlung vor Verrechnung zw. den Banken aus verfahrenstechnischen Gründen oder wegen Gegenweisung des Zahlers (*rejects*)
- Ablehnung der Zahlung nach Verrechnung zw. den Banken innerhalb von fünf Interbankgeschäftstage nach dem Fälligkeitstag der Zahlung
- wegen fehlerhafter Daten oder mangels Kontodeckung (*returns*)
- wegen Gegenweisung des Lastschriftschuldners (*refusal*)
- Rückabwicklung autorisierter Zahlungen nach § 675x BGB (*refund*)
- Rückabwicklung nicht autorisierter Zahlungen innerhalb von 13 Monaten gemäß § 676b II BGB (*refund*)

# Vertragsverhältnisse bei der Debitkarte (girocard)

Vereinbarung über ein girocard-System



# Zahlung mit Debitkarte (girocard)

Tonner/Krüger, § 15 Rn. 27 ff.

## ■ Grundlagen

- Bezeichnung dem englischen Begriff für das Lastschriftverfahren (direct debit) abgeleitet
- Führt bei garantierter Zahlung (PIN-Einsatz, sogleich) wie Kreditkarte zu sofortigem Geldfluss zugunsten des Gläubigers
- Anders als bei der Kreditkarte erfolgt auch Geldabfluss beim Karteninhaber sofort (pay now) in Gestalt einer Lastschriftabbuchung

## ■ Zwei Arten der „Zahlung“ mit Debitkarte (girocard)

- POS-Verfahren (Point-of-Sale) mit Eingabe der PIN + Zahlungsgarantie der Bank
- kartengestütztes Lastschriftverfahren = Generierung einer regulären SEPA-Basislastschrift durch Auslesen der Kontodaten

## Debitkarte

Tonner/Krüger, § 15 Rn. 27 ff.

### ▪ Rechtsverhältnis Bank – Vertragsunternehmen (VU)

- Akzeptanzverpflichtung (wie Bargeld) = Vertrag zugunsten des Karteninhabers (§ 328 BGB)
  - Nichteinhaltung = Vertragsverletzung
- Verpflichtung der Bank zur Erfüllung der Forderung des VU gg. Karteninhaber
  - h.M.: abstraktes Schuldversprechen (§ 780 BGB iVm § 350 HGB)
  - a.A.: Garantie = die Bank garantiert die Ausführung der Kundenweisung

### ▪ Pflicht des VU zur Zahlung eines Disagios (0,3 %, z.T. auch 0,2 %)

### ▪ zweistufige Abwicklung

- Autorisierung: Prüfung von PIN, Verfügungsrahmen + Sperrdatei
- Clearing: Lastschrift ohne Rückgabemöglichkeit (SCC = SEPA-Card-Clearing)

### ▪ Rechtsverhältnis Bank – Karteninhaber

- Girovertrag als Grundverhältnis
  - kein Anspruch auf Abschluss eines Kartenvertrags (str.)
- gesonderte Kundenbedingungen für die Kartennutzung
- frühere Rechtslage (allgemeines Auftragsrecht)
  - Kartenzahlung = Weisung i.S.d. § 665 BGB an die Bank, die Forderung des VU gegen den Karteninhaber zu erfüllen
  - kein Recht zum Widerruf, da die Bank aufgrund der Zahlungsgarantie gegenüber dem VU irreversibel gebunden ist
- Rechtslage seit dem Zahlungsdiensterecht 2009
  - Kartenzahlung = Zahlungsauftrag (§ 675f IV 2 BGB) + Autorisierung (§ 675j I BGB)
  - kein Widerruf nach Übermittlung an den Empfänger (§§ 675j II, 675p II BGB)
  - kein Erstattungsverlangen nach § 675x BGB möglich

### ▪ Rechtsverhältnis Karteninhaber – VU

- (konkludentes) Angebot, die Schuld zu ändern
  - Pflicht des VU zur Annahme aus Händlerbedingungen (→ § 328 BGB)
- Erfüllungswirkung str.
  - eA: § 362 I BGB (Erfüllung) oder § 364 I BGB (Leistung an Erfüllung statt)
  - hM: § 364 II BGB (Leistung erfüllungshalber)
- Preisabschlagsverbot (§ 675f Abs. 6 BGB)
- Entgeltverbot (§ 312a Abs. 4 BGB)
- Surcharging-Verbot (§ 270a BGB)

Tonner/Krüger, § 15 Rn. 31

- **Historisch: Einlesen von EC-Kartendaten zur Generierung von Lastschriften durch Händler ohne Rahmenabkommen mit den Banken**
  - keine Abfrage im Sperrdateisystem der Kreditwirtschaft
    - Umsätze mit gestohlenen EC-Karten bleiben weiter möglich
    - aber: ggf. Abfrage in händlereigener Sperrdatei; z.B. im KUNO-System
    - seit 1.2.2016 Umstellung auf SEPA-Basislastschriftverfahren („Elektronische Lastschrift“)
- **Papierbeleg + Unterschrift = Zahlungsinstrument iSd § 675j I S. 3 BGB**
- **Gutschrift: „Eingang vorbehalten“**
- **Herausgabe von Kundendaten bei Widerspruch und Nichteinlösung?**
  - Früher: LG Wuppertal WM 1998, 122 (–)
  - Heute: Befreiung der Zahlerbank vom Bankgeheimnis mit Belegunterzeichnung

- **Nicht autorisierte Zahlungsvorgänge (§ 675u BGB)**
  - generell kein Aufwendungsersatzanspruch des Zahlungsdienstleisters
  - Rückerstattungspflicht bei Belastung (§ 675u S. 2 BGB)
  - Beweislast beim Zahlungsdienstleister (§ 675w BGB)
- **Pauschale Autorisierung (§ 675x I BGB)**
  - Autorisierung ohne Betragsnennung im Einzelfall (Satz 1 Nr. 1)
    - bei Debitkarten eher selten, bei Kreditkarten häufiger
  - Belastung mit unerwartbar hohem Zahlungsbetrag
    - sehr offener Tatbestand (Satz 1 Nr. 2)
    - Darlegung durch Zahler erforderlich (Satz 2)
  - Rechtsfolge: Erstattungsanspruch des Zahlers
- **Beweisführung → Folie 70 ff.**

Tonner/Krüger, § 15 Rn. 35 f.

## ▪ Abhebung am GAA der eigenen Bank

- Realisierung des Auszahlungsanspruchs aus dem Girovertrag

## ▪ Abhebung am fremden GAA

- Online-System gemäß Interbankenabkommen (vergleichbar dem POS-Verfahren)
- Autorisierung: Prüfung von PIN, Verfügungsrahmen + Sperrdatei
- Clearing: Lastschrift ohne Rückgabemöglichkeit
- kein Widerspruchsrecht des Kunden
  - Grund früher: irreversible Verpflichtung der Bank
  - heute: kein Widerruf nach Übermittlung an den Empfänger (§§ 675j II, 675p II BGB) und kein Erstattungsverlangen nach § 675x BGB möglich

Tonner/Krüger, § 15 Rn. 32 f.

- **Geldkarte = „elektronische Geldbörse“  
(Chip auf Bank- oder Kundenkarte)**
  - Vorabzahlung des Kunden (↔ Lastschrift)
- **Ladevorgang**
  - Kundenkarte: Barzahlung/Lastschrift (Bsp. Mensakarte)
  - Bankkarte: Abbuchung vom Kundenkonto auf ein sog. Börsenverrechnungskonto (BVR) der Bank, von dem später die Händlerforderungen beglichen werden
    - Vorschuss (§ 669 BGB) auf den Aufwendungsersatzanspruch

Tonner/Krüger, § 15 Rn. 32 f.

## ▪ Bezahlvorgang

- keine Legitimation durch PIN oder Unterschrift
- Umbuchung des Zahlungsbetrags auf eine „Händlerkarte“  
→ kalendertägliche Aggregation der Umsätze
- Garantie der Bank gegenüber dem Händler

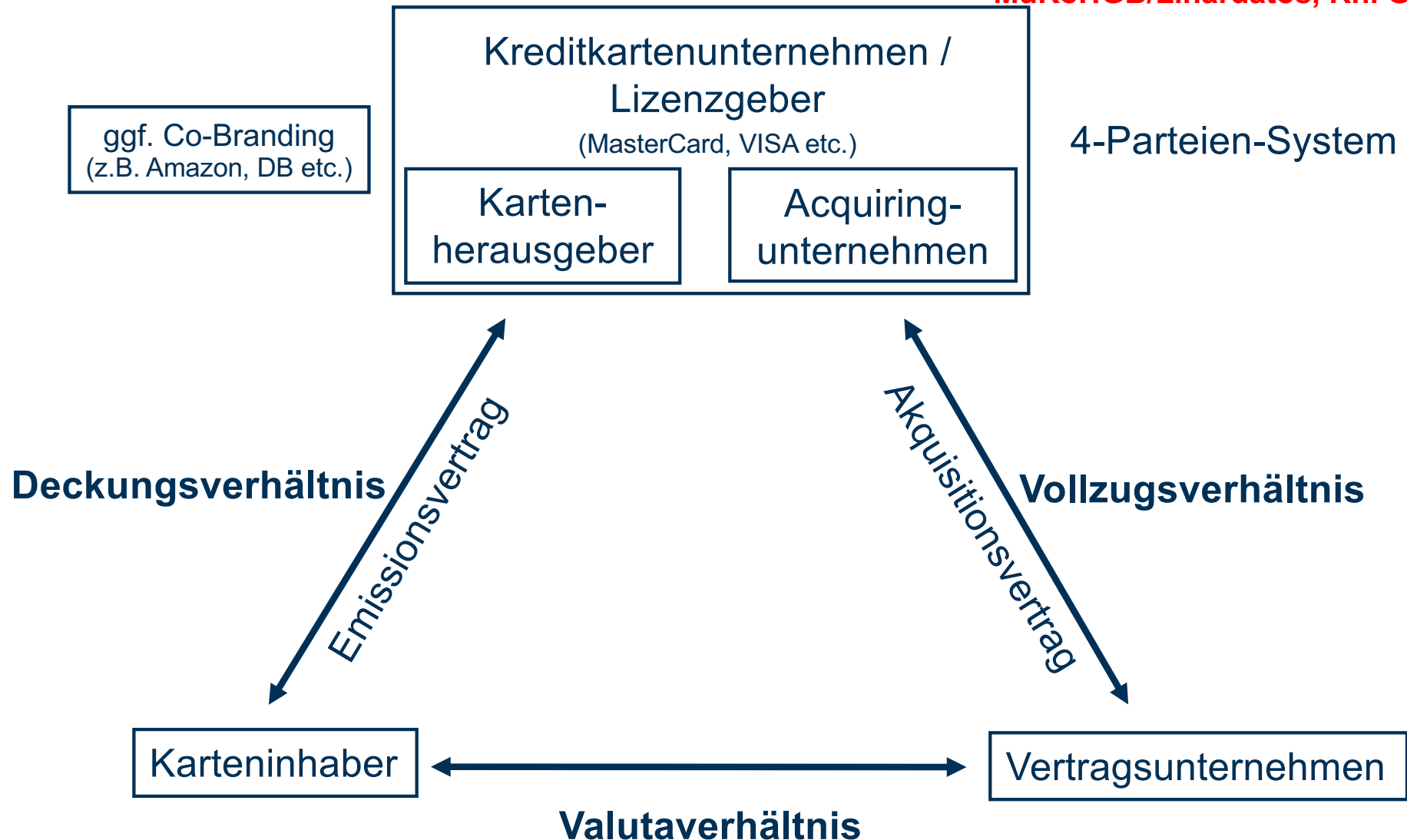
## ▪ Legitimationswirkung

- Karteninhaber zur Verfügung über das BVR berechtigt (ähnl. wie iFd § 808 BGB)
- Ausnahmeregelung in § 675i BGB für Kleinbetragsinstrumente mit Ausgabenobergrenze oder Zahlungsobergrenze

# Kreditkartenverfahren

## Rechtsbeziehungen im Überblick (vereinfacht)

MüKoHGB/Linardatos, Rn. G 18 ff.



## Deckungs- und Vollzugsverhältnis

Tonner/Krüger, § 15 Rn. 10 ff.

- **Deckungsverhältnis** = Zahlungsdiensterahmenvertrag (§ 675f II BGB)
  - Verpflichtung des Emittenten, die Verbindlichkeit des Karteninhabers aus dem Valutaverhältnis zu tilgen (§ 329 BGB);
  - Aufwändungsersatz/Entgeltspflicht nach allg. Regeln (§ 675f IV BGB)
  - Verwendung eines Zahlungsinstruments
    - im Distanzgeschäft idR mittels SecureCode-Verfahren
  - Sonstige Nebenleistungen (Reiseversicherung etc.) = allgemeines Vertragsrecht
- **Vollzugsverhältnis** = Rahmenvertrag sui generis (§ 311 BGB, str.)
  - Je nach Vereinbarung: §§ 780, 158 I BGB = bedingte Zahlungsgarantie
    - Bedingung: Einreichung ordnungsgemäßer Leistungsbelege/-daten
    - Zahlungsgarantie: Abhängig vom Händlerentgelt (→ Emittent lässt sich Risikoübernahme bezahlen)
      - fehlende Garantie: Rückbuchungsrecht des Emittenten
  - Zahlungsgarantie: Einwendungen aus dem Valutaverhältnis in Deckungs- und Vollzugsverhältnis ausgeschlossen (Grundsatz; Einzelheiten → b.w.)

## Deckungs- und Vollzugsverhältnis

Tonner/Krüger, § 15 Rn. 10 ff.

- **Erstattungsanspruch des Karteninhabers?**
  - Praxis: teilweise widersprüchliche Vertragsgestaltungen
  
- **Deckungsverhältnis:** Karteninhaber / Kreditkartenunternehmen
  - Unwiderruflichkeit der Kundenweisung (= Autorisierung) und Einwendungsausschluss
  
- **Vollzugsverhältnis: Kreditkarten- / Vertragsunternehmen**
  - oftmals Vereinbarung eines mehr oder weniger weit reichenden Rückbelastungs-rechts des Kreditkartenunternehmens bei Widerspruch / Einwendungen des Karteninhabers

# Missbrauch der Kreditkarte

## Präsenzgeschäft

Tonner/Krüger, § 15 Rn. 23 ff.

### ▪ Fehlende Weisung des Karteninhabers

- kein Aufwendungsersatzanspruch des Kreditkartenunternehmens aus §§ 675, 670 BGB gegen den Karteninhaber
  - Klarstellung durch § 675u BGB
- Beweislast des Kreditkartenunternehmens für die Kundenweisung → § 675w BGB

### ▪ Schadensersatzanspruch Kreditkartenunternehmen → Karteninhaber

- Einsatz von Kreditkarte mit PIN → § 675v BGB
- Einsatz der Kreditkarte mit (gefälschter) Unterschrift: Anwendbarkeit des § 675v BGB fraglich (Beruhen des Zahlungsvorgangs auf der Nutzung der Karte oder auf der Unterschrift?)
  - Aber: Frage nicht mehr sonderlich praxisrelevant: Haftung des Karteninhabers i.d.R. ohnehin nach § 675v II BGB oder jedenfalls nach § 675v IV BGB ausgeschlossen

# Missbrauch der Kreditkarte

## Präsenzgeschäft

Tonner/Krüger, § 15 Rn. 23 ff.

- **Verhältnis Kreditkarten- und Vertragsunternehmen**
  - allgemeines Problem der Risikoverteilung
  - Bargeldersatzfunktion der Kreditkarte
    - Das Vertragsunternehmen nimmt die Karte statt Bargeld nur bei wirtschaftlicher Gleichwertigkeit der „Kartenzahlung“ an
    - Ein Rückbelastungsrecht gegenüber dem Vertragsunternehmen würde dieses mit dem Vorleistungsrisiko belasten.
  - Folgen für die rechtliche Einordnung: Das Kreditkartenunternehmen „garantiert“ dem Vertragsunternehmen die Zahlung
    - überholt: BGH WM 1990, 1059: Forderungskauf
    - BGHZ 150, 286 und BGHZ 157, 256: Abstraktes Schuldversprechen
    - a.A.: Garantie; *Bitter*, ZBB 1996, 104, 118 f. (zum Präsenzgeschäft)

# Missbrauch der Kreditkarte

## Distanzgeschäft

Tonner/Krüger, § 15 Rn. 23 ff.

### ▪ Fehlende Weisung des Karteninhabers

- Klarstellung durch § 675u BGB → kein Aufwendungsersatzanspruch des Kreditkartenunternehmens aus §§ 675c, 670 BGB gegen den Karteninhaber
- Kundenweisung bei fehlender Unterschrift schwer beweisbar
- heute: Nachweisbarkeit technisch mittels 3-D-Secure-Verfahren wie etwa Verified by VISA usw. gewährleistet

### ▪ Schadensersatzanspruch Kreditkartenunternehmen → Karteninhaber

- § 675v BGB anwendbar, wenn starke Kundenauthentifizierung verwendet wird gemäß Abs. 4 (zB 3-D-Secure-Verfahren); heute Regelfall

# Missbrauch der Kreditkarte

## Distanzgeschäft

Tonner/Krüger, § 15 Rn. 23 ff.

### ▪ Verhältnis Kreditkarten- und Vertragsunternehmen

- allgemeines Problem der Risikoverteilung
  - BGHZ 150, 286: Gleichbehandlung mit dem Präsenzgeschäft
    - Bargeldersatzfunktion der Kreditkarte
    - generelle Einordnung des Vertragsverhältnisses zw. Kreditkarten- und Vertragsunternehmen als abstraktes Schuldversprechen
    - volle Belastung des Vertragsunternehmens mit dem Missbrauchsrisiko in AGB ist unwirksam
    - „Versicherung“ des Missbrauchsrisikos über eine erhöhte Servicegebühr im Telefon- und Mailorderverfahren
  - kritisch Bitter ZIP 2002, 1219 („Die schöne neue Einkaufswelt des BGH“); Ansicht heute überwiegend überholt

# Entgelte bei Kreditkartenzahlungen

## ▪ Lizenzgebühr

- Kartenausgebende Bank (Emittent) → Kreditkartenorganisation
  - kein Zahlungsentgelt, sondern Gegenleistung für die Möglichkeit zur Teilnahme an dem Kartenzahlverfahren

## ▪ Jahresgebühr

- Karteninhaber → Emittent
  - kein Zahlungsentgelt, vergleichbar einem Kontoführungsentgelt

## ▪ Nutzungsentgelt für die Kartenzahlung (Surcharge)

- Karteninhaber → Händler

## ▪ Händlerentgelt (Disagio)

- Händler → Acquirer

## ▪ Interbankenentgelt (Interchange Fee)

- Acquirer → Emittent

## ▪ Zahlungsfluss beim Einkauf mit einer Kreditkarte

- Kunde (Zahler) begleicht beim Händler (Empfänger) den Kaufpreis (100 €) durch eine autorisierte und (zumeist) authentifizierte Zahlung mittels Kreditkarte
- Händler reicht Belastungsbeleg beim Acquirer ein → 100 €
- Acquirer schreibt dem Händler den Zahlungsbetrag abzüglich des vereinbarten Händlerentgelts gut (typisches Disagio: 3%) → 97 €
- Acquirer belastet dem Emittenten (ggf. über die Kreditkartenorganisation) den Zahlungsbetrag abzüglich des Interbankenentgelts (i.d.R. 0,3%) → 99,70 €
- Emittent belastet den Zahlungsbetrag zum Ende des Abrechnungs-monats dem Karteninhaber → 100 €

- **Verordnung (EU) 2015/751 vom 29.4.2015 über Interbanken-entgelte für kartengebundene Zahlungsvorgänge (MIF-VO)**
- **Obergrenze von 0,3% für Kreditkartenzahlungen (Art. 4)**
  - Umgehungsverbot in Art. 5
- **Obergrenze gilt nur für Verbraucher-Kreditkarten im Vier-Parteien-System (Art. 1 III)**
  - Cashback-Zahlungen des Emittenten an den Karteninhaber, Bonuspunkte usw. sollen zurückgedrängt werden
  - erhöhte Transparenz und stärkerer Wettbewerb in Bezug auf Kaufpreis und Zahlungskosten (Erwägungsgrund 32)

- **Keine gesetzliche Obergrenze für das Händlerentgelt**
  - Ausführung der Kreditkartenzahlung ist Hauptleistung des Zahlungsdienstleisters
  - Ausrichtung an den tatsächlichen Kosten des Zahlungsdienstleisters (§ 675f V BGB) nur bei Nebenleistungen geboten
- **Verbot von „Lenkungsregeln“ (Art. 11 I MIF-VO)**
  - Kartenzahlsystem und Acquirer dürfen dem Händler nicht verbieten, bestimmte Zahlungsinstrumente zu bevorzugen oder zu benachteiligen
  - Händler kann dem Kunden das Zahlungsinstrument mit dem geringsten Händlerentgelt entsprechend günstiger anbieten
  - aber: § 675f VI BGB wird nicht berührt; zudem ist § 270a BGB zu beachten (Aufschlagsverbot)

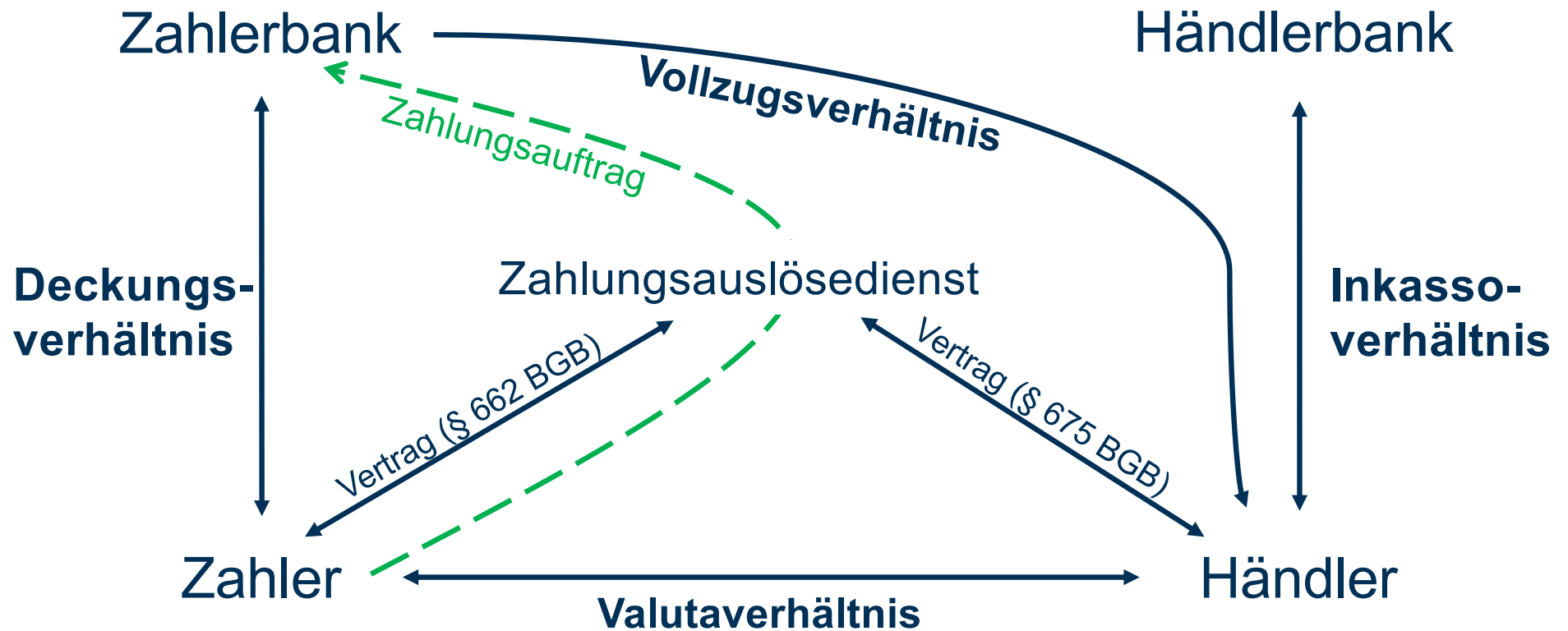
## ■ Grundlagen

- Erstmals gesetzlich zugelassen durch die ZDRL II
- Kostengünstige Alternative zu Kreditkartenzahlungen im Distanzgeschäft
  - Zahlungsauslösedienst initiiert eine reguläre Überweisung → unwiderrufliche Zahlung gemäß § 675p I BGB
    - Zahlungsauslösung wird dem Händler online mitgeteilt
    - Händler kann Dienst/Ware sofort leisten, da er Zahlungssicherheit hat
- Kunde muss sein Zahlungsinstrument dem ZAD preisgeben
  - hM früher: wegen § 675l BGB unzulässig
  - heute: wegen Nutzungsberechtigung des Kunden gemäß § 675f III BGB kein Verstoß gegen § 675l BGB

## ■ Haftungsverteilung

- ZAD wird Zahlerbank zugerechnet → Haftung für ordnungsgemäße Ausführung im Deckungsverhältnis wie bei der Überweisung
  - Regress im Innenverhältnis gemäß § 676a BGB

# Zahlungsauslösedienste (ZAD)



# Bankenentgelte

- **Begriff von lat. credere = vertrauen**
- **Aufsichtsrechtliche Legaldefinition des Kreditgeschäfts in § 1 I 2 Nr. 2 KWG: „Gewährung von Gelddarlehen und Akzeptkrediten“**
  - Frühere zivilrechtliche Legaldefinition in § 1 II VerbrKrG: Kreditvertrag = Oberbegriff für Darlehen, Zahlungsaufschub und sonstige Finanzierungshilfe
  - Seit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
    - Gelddarlehen (§§ 488 ff. BGB) und Sachdarlehen (§§ 607 ff. BGB)
- **Sonderform: Verbraucherdarlehen (§§ 491 ff. BGB)**
  - Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG
    - Eingeräumte Überziehungsmöglichkeit (§ 504 BGB) / geduldete Überziehung (§ 505 BGB)
  - Neufassung durch Verbraucherkreditrichtlinie 2023/2225
    - u.a. mit Erweiterung des Anwendungsbereichs, Vorgaben für Werbung und vorvertraglichen Informationen, Verbot von Kopplungsgeschäften
    - Umsetzungsfrist: 20.11.2025

## ▪ Zwei Grundformen des Kredits

- Zahlungskredit = Überlassung von Kapital für eine begrenzte Zeit (typologisch: Gebrauchsüberlassungsvertrag)
  - Beispiele: Kontokorrent-, Ratenkredit, Schuldscheindarlehen
- Haftungskredit = keine effektive Mittelüberlassung, sondern Übernahme der Haftung gegenüber Dritten (Gläubigern des Kreditnehmers)
  - Beispiele: Aval-, Akzept- oder Rembourskredit

# Darlehensrecht

## Überblick

- **Grundstruktur aller Darlehen (= Dauerschuldverhältnis)**
  - Gegenstand (Sache oder Geld) wird zur Nutzung (zu Eigentum) überlassen
  - Gleichartiger Gegenstand oder Betrag in derselben Höhe ist zurückzugewähren
  - Bei Verzinsung: Zinspflicht steht im Synallagma zur Überlassung
  - Beendigungstatbestände: Fristablauf oder Kündigung
- **Geldarlehen (§§ 488 ff.)**
  - Verzinslich oder unverzinslich (vgl. § 514; früher üblich wg. kirchl. Zinsverbot!)
- **Verbraucherdarlehen (§§ 488 ff., 491 ff.)**
  - Sondervorschriften für Darlehen und sonstige Finanzierungshilfen zwischen Unternehmern und Verbrauchern
  - Insbesondere: Informationspflichten, Schriftform, Widerrufsrecht
- **Sachdarlehen (§§ 607 ff.)**
  - praktische Bedeutung im Wertpapierhandel → nicht prüfungsrelevant

# Darlehensrecht

## Dogmatik des Gelddarlehens

### § 607 I BGB a.F. (bis 2001)

Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen empfangen hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten.

### § 608 BGB a.F. (bis 2001)

Sind für ein Darlehen Zinsen bedungen, so sind sie, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, nach dem Ablaufe je eines Jahres und, wenn das Darlehen vor dem Ablauf eines Jahres zurückzuerstatten ist, bei der Rückerstattung zu entrichten.

### § 488 Abs. 1 BGB

Durch den Darlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen. Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, einen geschuldeten Zins zu zahlen und bei Fälligkeit das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuzahlen.

- **Darlehensvertrag = Konsensualvertrag (↔ Realvertragstheorie)**
- **Verschaffung *und* Belassung der Valuta = Erfüllung durch Kreditgeber**
- **Verschaffung von Buchgeld ausreichend (↔ Übereignung)**
- **Synallagma: Kapitalüberlassung + Zinszahlung; nicht: Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens (§ 488 Abs. 1 S. 2)**

# Geldarlehen

## (P) Zinsbegriff („Kreditpreis“)

- **Gesetzlich nicht definiert, sondern vorausgesetzt**
- **hM: feste oder veränderliche, laufzeitabhängige, gewinn- und umsatzunabhängige Vergütung für die Möglichkeit der Kapitalnutzung**
  - (P): einmalige Posten, insbesondere vereinbart in AGB

### Besprechungsbeispiel (BGHZ 201, 168)

"Nettodarlehensbetrag	EUR 10.000,00
Laufzeit	84 Monate
Sollzinssatz (fest bzw. gebunden)	6,50 % p.a.
<b>Bearbeitungsentgelt</b>	<b>einmalig 1 %</b>
effektiver Jahreszins	7,02 % p.a.
monatliche Rate	EUR 150,00"

- **Problem: Zulässigkeit der Erhebung einer laufzeitunabhängigen Bearbeitungs- oder Abschlussgebühr neben dem laufenden Darlehenszins**
  - BGHZ 201, 168 = ZIP 2014, 1266 + BGH ZIP 2014, 1369: Unzulässigkeit jedenfalls in Vertrag mit Verbraucher;
    - arg: Leitbild in § 488 I 2 BGB: nur Zins als Gegenleistung des Darlehensnehmers; kein Verursacherprinzip

## ▪ BGH: Unzulässigkeit gesonderter Entgelte für

- Ein- und Auszahlung am Bankschalter (BGHZ 124, 254)
  - aber: Aufgabe durch BGH NJW 2019, 3771 = ZIP 2019, 2203 Rn. 28 f.; nun jedoch Kontrolle der Buchungskosten gemäß § 312a IV Nr. 2 BGB
- Einrichtung + Änderung von Freistellungsaufträgen (BGHZ 136, 261)
- Nichtausführung von Kundenaufträgen mangels Deckung (BGHZ 137, 43) bzw. Information darüber (BGHZ 146, 377; BGHZ 193, 238)
  - beachte jetzt aber § 675o I 4 BGB
- Bearbeitung + Überwachung v. Pfändungsmaßnahmen (BGHZ 141, 380)
- Führen des Girokontos als Pfändungsschutzkonto (BGHZ 195, 298; 215, 359, Rn. 54; kritisch Bitter, ZIP 2015, 1807)
- jeden Buchungsposten (BGHZ 206, 305 = ZIP 2015, 1720)
- Ausstellung einer Ersatzkreditkarte bei Verbrauchern (BGHZ 207, 176 = ZIP 2016, 11)
  - Achtung: seit 13.1.2018 Neuregelung in § 675l I 3 BGB

- **BGH: Unzulässigkeit gesonderter Entgelte für**
  - jede smsTAN i.H.v. 0,10 € (BGH ZIP 2017, 1704)
  - Jahresentgelt von 12 € in der Ansparphase von Bausparverträgen (BGH ZIP 2022, 2536: Deckung allgemeiner Verwaltungsaufwendungen)
  - Streichung einer Order zum Wertpapierkauf (BGHZ 215, 359 = ZIP 2017, 1992 [Rn. 55 ff., 67])
  
- **BGH: Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 3 BGB möglich!**
  - Verwahrenentgeltklausel in Giroverträgen einer Volksbank (BGHZ 243, 9; 243, 29)
  - Ausstellung einer Ersatzkarte bzw. einer Ersatz-PIN (BGHZ 243, 29)
    - zu abstrakt sei es die Fälle von der Entgeltspflicht auszunehmen, in denen die Bank "nicht zur Ausstellung einer Ersatzkarte/Ersatz-PIN verpflichtet ist"

- **Bitter JZ 2015, 170 ff. m.w.N.**
  - Aufspaltung in Einmalentgelt u. laufzeitabhängiges Entgelt entspricht der zugrunde liegenden Kostenstruktur u. verhindert Quersubventionierung der kurzfristig kündigenden durch die langfristig am Vertrag festhaltenden Kreditnehmer
- **Übertragbarkeit der BGH-Grundsätze auf Darlehen an gewerbliche Kunden zunächst str.**
  - (dafür z.B. OLG Frankfurt ZIP 2016, 1158 + 2057; dagegen OLG Frankfurt ZIP 2016, 2211; differenzierende Analyse bei Koch, WM 2016, 717)
- **Übertragbarkeit nach Ansicht des XI. Zivilsenats zu bejahen (BGHZ 215, 172; BGH ZIP 2017, 1654 für Kontokorrentkredit)**
  - Hauptargument erneut: (angebliches) Leitbild des § 488 I 2 BGB (BGH ZIP 2017, 1610 [Rn. 29, 38]; BGH ZIP 2017, 1634 [Rn. 38, 46])
    - Kritisch Bitter/Linardatos ZIP 2018, 1203 und 2249 ff.

- **Anerkennung laufzeitunabhängiger Bearbeitungs-/Abschlussgebühren neben dem laufenden Darlehenszins im Ausnahmefall auch durch den BGH:**
  - BGHZ 187, 360 für Abschlussgebühr bei Bauspardarlehen
    - **Achtung:** Anders für „Darlehensgebühr“ nach BGHZ 212, 363: unvereinbares Entgelt für Verwaltungsaufwand der Bausparkasse bei Kapitalüberlassung
      - BGH: kein „bausparspezifisch geprägtes gesetzliches Leitbild für Bauspardarlehen“
  - BGH ZIP 2016, 810 für laufzeitunabhängiges Entgelt in einem besonders günstigen KfW-Förderdarlehen (Gesamtabwägung)

## Fallbeispiel nach BGHZ 242, 216

Die Bekl. führte für den Kl. seit 2018 ein Girokonto. Der Kl. hatte zunächst keine Kontoführungsentgelte zu zahlen. Nach einer Klausel, die in den AGB der Bekl. enthalten war, galt die Zustimmung des Kunden zu angebotenen Änderungen von Vertragsbedingungen oder Entgelten für Bankleistungen als erteilt, wenn der Kunde seine Ablehnung nicht innerhalb einer bestimmten Frist anzeigte. Im Oktober 2017 informierte die Bekl. den Kl. darüber, dass sein Girokonto ab dem 1. Januar 2018 in ein neues Kontomodell mit einer anderen Preisstruktur überführt würde und Kontoführungsentgelte zu zahlen seien. Die Bekl. erhob ab dem 1. Januar 2018 eine Grundgebühr für die Führung des Girokontos in Höhe von monatlich 3,50 € und eine Gebühr für eine SparkassenCard (künftig: Girokarte) in Höhe von jährlich 6 €, ohne dass der Kläger der Änderung der Bedingungen aktiv zugestimmt hatte. Im Juli 2021 widersprach der Kläger der Erhebung der Entgelte. Mit seiner Klage begehrt der Kl. die Rückerstattung der in den Jahren 2018 bis 2021 erhobenen Kontoführungsentgelte und der Entgelte für die Girokarte iHv 192 €.

## Fallbeispiel nach BGHZ 242, 216

- I. **AGL: § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB;**  
**(P): Wirksamkeit der Inhaltsänderung → kein Rechtsgrund?**
- II. **(P): Konditionssperre gemäß § 814 BGB?**
- III. **(P): Verjährung des Kondiktionsanspruchs?**
- IV. **Schadensersatzanspruchs des Klauselgegners gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB?**

# Anlageberatung

# Einführung

## Dienstleistungsspektrum

- **Dispositionsentscheidung durch den Anleger**
  - Anlagevermittlung
  - Anlageberatung
  - Abschlussvermittlung
  
- **Dispositionsentscheidung durch den Dienstleister**
  - Finanzportfolioverwaltung
  
- **Nebendienstleistungen**
  - Finanzanalyse

# Anlageberatung

## § 2 Abs. 8 Nr. 10 WpHG

- Kernelement: Auf die persönlichen Verhältnisse des Kunden zugeschnittene **Anlageempfehlung**
- Dienstleister teilt dem Kunden mit, wie er **an dessen Stelle handeln würde**
- Kunde vertraut deswegen darauf, dass seine **individuellen Anlageziele und Anlageerwartungen beachtet werden**

# Anlageberatung

## § 2 Abs. 8 Nr. 10 WpHG

- **Persönliche Empfehlung, die sich auf eine Prüfung der persönlichen Umstände des Anlegers stützt **oder** (sic!)**
- **Persönliche Empfehlung, die als für den Anleger geeignet dargestellt wird**
  - Kunde geht von Prüfung persönlicher Umstände aus
  - Dienstleister setzt also einen entsprechenden **Vertrauens-**  
**tatbestandes**

# Anlageberatung

## § 2 Abs. 8 Nr. 10 WpHG

- **Anlageberatung (+)**, wenn Berater ein Finanzinstrument unter Angabe der Kennung konkret benennt (zB ISIN)
- **Anlageberatung (-)**, wenn Anbieter nur abstrakt Portfoliostruktur vorschlägt oder nur Anlageklassen (zB „Aktien“, „Anleihen“ etc.) oder Branchen („Technologie“) nennt
- **Bekanntgabe über Informationsverbreitungskanäle/Öffentlichkeit als Adressat genügen nicht (zB Ratschläge in Presse)**

# Anlageberatung

## § 2 Abs. 8 Nr. 10 WpHG

- **Es werden detaillierte Kundeninformationen zu den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen abgefragt**
  - Nicht bloß allgemeine Informationen (zB Anlagesumme, Dauer der Anlage, generell-abstrakte Risikobereitschaft etc.)
- **Es entsteht der **Eindruck** (!), jene Informationen würden verwendet werden, um die passende Anlage zu ermitteln**
- **Kunde muss nur den **Eindruck** haben, Fragen, Antworten und Resultate seien durch seine Angaben beeinflussbar**
- **Interaktive Kundenexploration durch Frage/Antwort-Spiel kann auch *online* den Eindruck einer Anlageberatung begründen**

# Anlageberatung

## § 2 Abs. 8 Nr. 10 WpHG

- **Entstehung des Vertrauenstatbestandes kann nicht anhand von Disclaimern verhindert werden** (*Möslein/Lordt ZIP 2017, 793, 795; Oppenheim/Lange-Hausstein WM 2016, 1966, 1969*)
  - AGB-rechtliche Wirksamkeit zweifelhaft (§§ 307 Abs. 2, 309 Nr. 7b BGB)
  - Einwand des widersprüchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) droht
- **Entscheidend muss bleiben, was der Kunde tatsächlich annehmen durfte**
- **Situation nicht vergleichbar mit den Execution-Only-Diensten der Discount-Broker** (dazu BGH BKR 2014, 203)

- **Zum Zustandekommen nach BGH** (Bond-Entscheidung – XI ZR 12/93)
  - „Tritt ein Anlageinteressent an eine Bank oder der Anlageberater einer Bank an einen Kunden heran, um über die Anlage eines Geldbetrages beraten zu werden bzw. zu beraten, so wird das darin liegende Angebot zum Abschluß eines Beratungsvertrages stillschweigend durch die Aufnahme des Beratungsgesprächs angenommen ...“
- **Zwei Aspekte sind entscheidend:**
  - Der Kunde ist besonders schutzwürdig, zB weil er sich mit Kapitalanlagen nicht gut auskennt (BGH WM 1993, 1238, 1239)
  - auf Kundenseite entsteht aufgrund der konkreten Interaktion das berechtigte Vertrauen, er erhalte eine persönliche Empfehlung (zB BGH WM 1984, 1216 – Vermittler)
- **Parallele Situation im Versicherungsrecht: Abzustellen ist auf das objektive Erscheinungsbild der Tätigkeit** (BGH MMR 2014, 466 Rn. 21)

# Anlageberatung

## Anlageberatungsvertrag

- **Pflichtenprogramm nach BGH** (Bond-Entscheidung – XI ZR 12/93)

*„Eine Bank hat bei der Anlageberatung den – gegebenenfalls zu erfragenden – Wissensstand des Kunden über Anlagegeschäfte der vorgesehenen Art und dessen Risikobereitschaft zu berücksichtigen („anlegergerechte“ Beratung); das von ihr danach empfohlene Anlageobjekt muß diesen Kriterien Rechnung tragen („objektgerechte“ Beratung).“*

- **Bei Verstoß: Schadensersatz aus §§ 280, 249 BGB**

# Anlageberatung

## Aufsichtsrechtliche Anforderungen an die Beratung

### ▪ Verhaltensregeln („Wohlverhaltensregeln“) nach §§ 63 ff. WpHG

- Allgemeine Regeln: § 63 WpHG
- Besondere Regeln: § 64 WpHG
- Achtung: aufsichtsrechtliche Regeln nicht zivilrechtlich maßgeblich; keine „Ausstrahlungswirkung“ (BGH XI ZR 332/12; str.)

### ▪ Besonders wichtig: Kundenexploration und Informationssammlung

- „§ 64 (3) Das Wertpapierdienstleistungsunternehmen muss von einem Kunden alle Informationen  
1. über Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden in Bezug auf Geschäfte mit bestimmten Arten von Finanzinstrumenten oder Wertpapierdienstleistungen,  
2. über die finanziellen Verhältnisse des Kunden, einschließlich seiner Fähigkeit, Verluste zu tragen, und  
3. über seine Anlageziele, einschließlich seiner Risikotoleranz,  
einholen, die erforderlich sind, um dem Kunden ein Finanzinstrument oder eine Wertpapierdienstleistung empfehlen zu können, das oder die für ihn geeignet ist und insbesondere seiner Risikotoleranz und seiner Fähigkeit, Verluste zu tragen, entspricht. Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen darf seinen Kunden nur Finanzinstrumente und Wertpapierdienstleistungen empfehlen oder Geschäfte im Rahmen der Finanzportfolioverwaltung tätigen, die nach den eingeholten Informationen für den Kunden geeignet sind.“

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

