

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

# Vorlesung Bankrecht

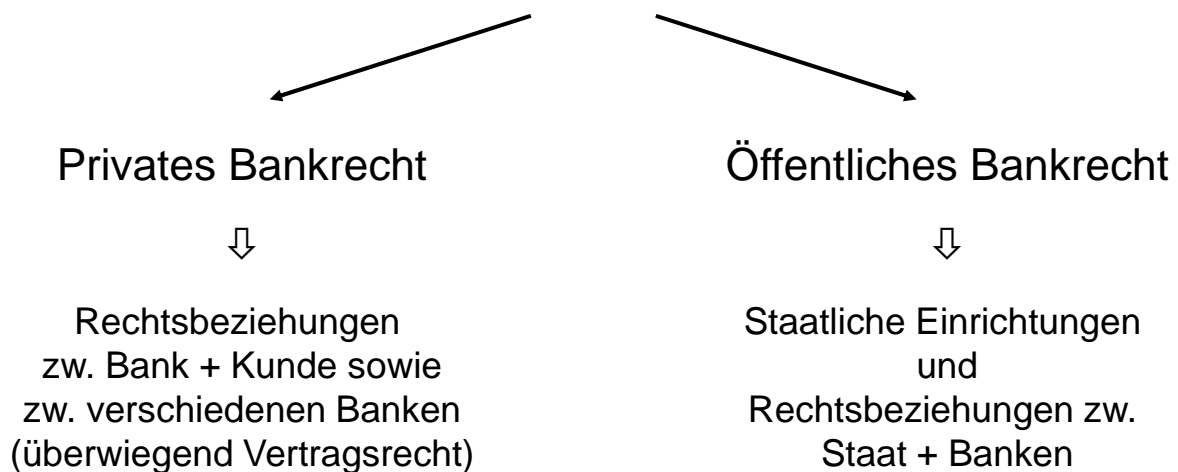
[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)

© 2018 Professor Dr. Georg Bitter – Universität Mannheim

1. Grundlagen
2. Recht des Bankkontos
3. Zahlungsverkehr
  - Allgemeine Grundsätze des neuen Rechts
  - Überweisung
  - Lastschrift
  - Zahlung mit Debitkarte (girocard)/Geldkarte
  - Kreditkartenzahlung
4. Kreditrecht (einschließlich Verbraucherkredit)

1. Überblick über das Bankrecht
  - Öffentliches und privates Bankrecht
2. Grundzüge des öffentlichen Bankrechts
  - Geld- und Währungsordnung
  - Aufsichtsrecht nach dem Kreditwesengesetz (KWG)
3. Aufbau des deutschen Bankwesens
4. Rechtsquellen des privaten Bankrechts
5. Bankvertrag / AGB-Banken

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



- *Geldrecht*, insbesondere Währungsrecht, Befugnisse der Zentralbanken, Preispolitik, Devisenrecht
- *Organisationsrecht* der Banken und Kapitalmärkte
- *Aufsichtsrecht*: Kreditinstitute unterliegen der Aufsicht nach dem KWG, Wertpapieraufsicht

- Zuständigkeit des Bundes aus Art. 73 Nr. 4 GG
- Zuständigkeit der EU aus Artt. 23, 24 I GG, Artt. 127 ff. AEUV
  - ESZB = Europäisches System der Zentralbanken
  - EZB = Europäische Zentralbank
  - Artt. 127, 282 II AEUV: Aufgaben + Ziele des ESZB ⇒ u.a. Preisstabilität (siehe auch Art. 109 II GG: „gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht“)
  - Art. 128 AEUV, § 14 BBankG: Ausgabe von Banknoten + Münzen
  - Artt. 129, 282 AEUV: Struktur der EZB und des ESZB
  - Art. 130 AEUV, § 12 BBankG: Unabhängigkeit der EZB / BuBank
- ❖ Textsammlung „Bankrecht“ Nr. 1 bis 5

1. Behörde: Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) mit Sitz in Bonn + Frankfurt
  - Allfinanzaufsicht (FinDAG v. 2002)
    - ⇔ Bundesaufsichtsamt (BA) für das Kreditwesen, BA für das Versicherungswesen, BA für den Wertpapierhandel
  - § 6 KWG: Aufgaben der BaFin
  - § 7 KWG: Zusammenarbeit mit der BuBank
2. Anwendbares Recht: u.a. Kreditwesengesetz (KWG), Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG)
  - Koordinierung in Europa durch diverse EU-Richtlinien und EU-Verordnungen

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

## 1. 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

## 2. Erlaubnispflicht (§ 32 KWG)

- Ausreichendes Anfangskapital (§ 33 I Nr. 1 KWG)
  - 5 Mio. € bei Einlagenkreditinstituten
  - 50.000 – 730.000 € bei Finanzdienstleistungsinstituten
- Zuverlässigkeit + fachliche Eignung der Geschäftsleiter (§ 33 I Nr. 2 + 4 i.V.m. § 1 II 1 KWG)
- Vorlage eines tragfähigen Geschäftsplans
- Mindestens zwei vollamtliche Geschäftsleiter, wenn Kundenvermögen entgegengenommen wird (§ 33 I Nr. 5 KWG)
- Anschluss an Einlagensicherungssystem (§ 35 I 2 KWG)
- § 32 KWG ist Schutzgesetz i.S.v. § 823 II BGB
  - BGHZ 197, 1 = ZIP 2013, 966, 967 (Rn. 11) m.w.N. – “Winzergelder”

### 3. Kapitalanforderungen (§§ 10 ff. KWG; VO (EU) Nr. 575/2013)

- Zweck: Vorsorge zur Abdeckung des Adressenausfallrisikos (z.B. bei Kreditverlusten) und des Marktrisikos aus Handelsgeschäften (z.B. Zins-, Kursänderungsrisiken)
  - ⇒ Garantie- und Haftungsfunktion des Eigenkapitals
- Eigenkapital  $\geq 8\%$  der gewichteten Risikoaktiva (Kredite, Beteiligungen, Wertpapiere, Bürgschaften etc.)
  - ⇒ hochdifferenziertes System geschäftsbegrenzender Relationen zw. Eigenkapitalbestandteilen + Risikopositionen
  - ⇒ weitere Ausdifferenzierung durch „Basel II“
  - ⇒ „Basel III“ als Reaktion auf die Finanz- und Wirtschaftskrise
- Eigenkapital als Kostenfaktor (Dividende  $>$  Zins auf Einlagen)

### 4. Liquiditätsanforderungen (§ 11 KWG)

- Gewährleistung jederzeit ausreichender Zahlungsbereitschaft
- Früher „goldene Bankregel“: Kongruenz von Aktiv- und Passivgeschäft
- Heute: Flexible Modelle – Fristentransformation
  - nicht jede Einlage wird bei Fälligkeit zurückgefordert (Bodensatztheorie)
  - nicht jeder Kredit wird bei Fälligkeit zurückgezahlt

## 5. Beschränkungen und Kontrollen im Kreditgeschäft (§§ 13 ff. KWG, VO (EU) Nr. 575/2013)

- Beschluss durch alle Geschäftsleiter (§ 13 II KWG), Meldepflicht + Obergrenzen bei **Großkrediten** (Art. 394 f. VO (EU) Nr. 575/2013) = Kredithöhe  $\geq 10\%$  des Eigenkapitals (Art. 392 VO (EU) Nr. 575/2013)
  - ⇒ 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 + Aufsichtsrat) bei **Organkrediten** (§ 15 KWG); ggf. Rückzahlungspflicht

## 6. Kontrolle der laufenden Geschäftstätigkeit

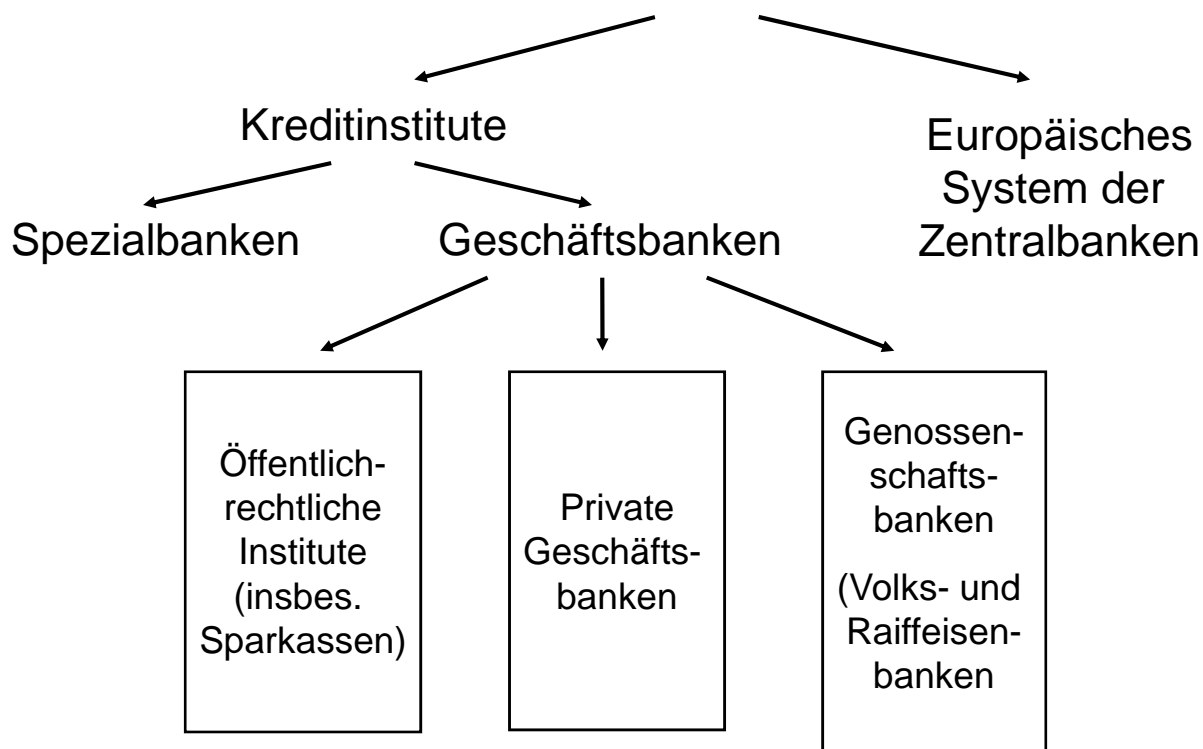
- Meldepflicht bei organisatorischen Maßnahmen (§ 24 KWG)
- Pflicht zur Einreichung vierteljährlicher Finanzinformationen bei der BuBank (§ 25 KWG)
- Vorlage von Rechnungslegungsunterlagen (Jahresabschluss, Lagebericht, Prüfungsbericht) bei BaFin und BuBank (§ 26 KWG)
- Umfassendes Auskunftsrecht zu allen Geschäftsangelegenheiten + Sonderprüfungsrecht (§ 44 KWG)
- Eingriffsbefugnisse (§§ 45 ff. KWG)

Ein "Drama in drei Akten"

1. Akt: BGH befürwortet Drittwirkung der Amtspflicht
  - BGHZ 74, 144 = NJW 1979, 1354 (Wetterstein)
    - Kl. erwirbt Wertbrief von Gesellschaft, die unerlaubt Bankgeschäfte betreibt  
⇒ Verlust wegen Konkurs
    - vorher Anfrage an BAKred hinsichtlich Bonität der Gesellschaft
  - BGHZ 75, 120 = NJW 1979, 1879 (Herstatt)
    - Schaden eines Einlagegläubigers im Konkurs der Herstatt-Bank
    - Hinweise des BAKred über „unvertretbare“ Devisenhandelspraxis
2. Akt: § 6 IV KWG ⇒ § 4 IV FinDAG
  - Wahrnehmung der Aufgaben und Befugnisse „nur im öffentlichen Interesse“

3. Akt: 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 = WM 2005, 1362
    - Ausschluss der Amtshaftung gilt auch bei Schäden durch fehlerhaft ergriffene Aufsichtsmaßnahmen





## 1. Öffentlich-rechtliche Institute

- Zentralbanken (EZB, BuBank mit Hauptverwaltungen)
- Öffentlich-rechtliche Spezialbanken (z.B. KfW)
- Sparkassen und Landesbanken
  - früher: Gewährträgerhaftung; 2005 abgeschafft (Problem: Europarecht ⇒ unzulässige Beihilfe)
  - **Achtung:** freie Sparkassen, insbes. Haspa (vgl. § 40 I KWG)
- Rechtsform i.d.R.: Anstalt des öffentlichen Rechts

## 2. Private Geschäftsbanken

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

### 3. Genossenschaftsbanken

- Volks- und Raiffeisenbanken (meist kleine Institute) in der Rechtsform der e.G.
- 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
- Spitzeninstitut: DZ Bank AG = Deutsche Zentral-Genossenschaftsbank AG (Frankfurt a.M.)

### 1. Universalbanken

- Angebot aller Bankgeschäfte ⇔ Trennbankprinzip (früher in den USA): Aufspaltung in Commercial und Investment Banking

### 2. Spezialbanken, u.a.

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

## Investment Banking



Anlage am Kapitalmarkt  
+ Unternehmensfinanzierung  
über den Kapitalmarkt

- Effektingeschäfte
- Depotgeschäfte
- Anlageberatung
- Emissionsgeschäfte
- [• Übernahmerecht]

## Commercial Banking



sonstige Bankgeschäfte  
außerhalb der Kapitalmärkte

- Einlagengeschäft  
(Giro-/Sparkonten)
- Zahlungsverkehr
- Kreditgeschäft +  
Kreditsicherung

## 1. 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 Schuldanerkennnis (§§ 780 ff. BGB)
- Anweisung (§§ 783 ff. BGB)
- Schuldverschreibung (§§ 793 ff. BGB)
- Sachenrecht ⇔ Kreditsicherungsrecht

2. 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, KAGB etc.) ⇒ Vorlesung Kapitalmarktrecht
3. Handelsbräuche, Gewohnheitsrecht, Rechtsfortbildung
4. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB-Banken, AGB-Sparkassen, Sonderbedingungen) + Vertragsrecht

1. Teil der Lehre (*Claussen, Hopt* u.a.): Allgemeiner Bankvertrag als Grund- und Rahmenvertrag ⇒ „Glocke“ über den Einzelverträgen
  - AGB als Grundlage zukünftiger Zusammenarbeit
  - Rechte des Kontoinhabers auf Auskunft, Beratung, Verschwiegenheit
  - Treue- und Schutzpflichten
  - Pflicht der Bank zu risikoneutralen Geschäftsbesorgungen
2. *Canaris*: Geschäftsverbindung als gesetzliches Schuldverhältnis „ohne primäre Leistungspflicht“ und als Grundlage einer „Vertrauenshaftung“ ⇒ SchE i.d.R. negatives Interesse

3. BGHZ 152, 114 = NJW 2002, 3695 (obiter dictum): Rahmenvertrag überflüssig
  - Fehlen eigenständiger, bindender Rechtsfolge
  - Schutz- und Verhaltenspflichten sind unabhängig vom Willen der Parteien
  - Einbeziehung von AGB für zukünftige Rechtsgeschäfte gem. § 305 III BGB möglich; AGB bleiben dennoch Teil des Giro-/Darlehensvertrags
  - kein beschränkter privatrechtlicher Kontrahierungszwang
4. Teilregelung in § 675f BGB: Zahlungsdiensterahmenvertrag

- Funktionen von AGB
  - Standardisierung + Rationalisierung
  - Ausgestaltung des nicht kodifizierten (Bank-)Rechts
- Musterempfehlung der Verbände
- schlanke, transparente Grundregelung, Details in Sonderbedingungen, u.a.
  - Bedingungen für einzelne Zahlungsverkehrsarten (Überweisung, Online-Banking, Lastschrift, Scheck)
  - Bedingungen für Sparkonten
  - Bedingungen für das Wertpapiergeschäft
- Einbeziehung der AGB durch Abschluss des ersten Rahmen-/Einzelvertrages, wenn Dauerschuldverhältnis

## Grundregeln für die Geschäftsverbindung (Nr. 1 – 6 AGB-Banken)

1. Geltungsbereich + Änderungen
  - Geltung für die gesamte Geschäftsverbindung ⇒ § 305 III BGB
  - Änderung durch schriftliches Angebot + Schweigen des Kunden für mindestens zwei Monate ⇒ § 308 Nr. 5 BGB
    - ❖ Zwei-Monats-Frist + Pflicht zur Information aus § 675g I, II BGB

2. Bankgeheimnis + Bankauskunft
  - Verschwiegenheitspflicht der Bank; Ausnahme: Einwilligung des Kunden (z.B. für Info an die SCHUFA) oder gesetzliche Pflicht
    - ❖ BGH NJW 2016, 2190 – Davidoff Hot Water II: Auskunftsanspruch bei Kontonutzung im Zusammenhang mit offensichtlicher Markenverletzung
  - Erteilung von Bankauskünften über Kaufleute mangels gegenteiliger Weisung (+), über Privatkunden nur bei Zustimmung
    - ❖ OLG Karlsruhe ZIP 2009, 411: SchE bei falscher negativer Auskunft
  - *Bitter*, ZHR 173 (2009) 379: Kreditverträge im Umwandlungsrecht

### 3. Haftung der Bank; Mitverschulden des Kunden

- Haftung für jedes Verschulden ⇒ wie §§ 276, 278 BGB
- Außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 675c ff. BGB (insb. Zahlungen außerhalb des EWR, §§ 675e II, 675d VI 1 BGB): Beschränkung der Verantwortung auf sorgfältige Auswahl + Unterweisung bei **weitergeleiteten Aufträgen**
  - BGH WM 1991, 797: Auslandsüberweisung durch deutschen Kunden; keine Gutschrift in den USA wegen dortiger Fehler
  - Haftungskonsequenzen wie bei § 664 I 2 BGB (Substitution); dort aber Beweislast für Ausnahme
  - kritisch *Bitter*, ZBB 2007, 237, 250 ff.; *ders.*, WM 2010, 1773, 1781 f.
- bei Zahlungsdiensten grds. Zurechnung bei Zwischenstellen (§ 675z S. 3 BGB)

### 4. Begrenzung der Aufrechnungsbefugnis des Kunden

- Forderung unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ⇒ § 309 Nr. 3 BGB
- keine Unwirksamkeit der Klausel (OLG Nürnberg ZIP 2016, 1373)

### 5. Verfügungsberechtigung nach dem Tod des Kunden

- Legitimation des Erben / Testamentsvollstreckers
  - ❖ BGH ZIP 2013, 2194: alte Fassung der Nr. 5 AGB-Banken verstieß gegen § 307 I, II BGB im Verkehr mit Verbrauchern; Nachweis des Erbrechts auch in anderer Form als durch Erbschein möglich
  - ❖ Neufassung: Nachweis „in geeigneter Weise“ erforderlich

### 6. Rechtswahl + Gerichtsstand

- Geltung deutschen Rechts für die Geschäftsverbindung
- Gerichtsstand bei Kaufleuten + öffentlich-rechtlichen Kunden am Sitz der kontoführenden Stelle

## Kontoführung (Nr. 7 – 10 AGB-Banken)

7. Rechnungsabschlüsse bei Kontokorrentkonten
  - quartalsweiser Rechnungsabschluss
    - ⇒ 3 Monate = Untergrenze des § 504 II 2 BGB (§ 493 I 1 BGB a.F.)
  - Genehmigung durch Schweigen (6 Wochen nach Zugang)
    - ⇒ Beweislastumkehr ⇒ § 308 Nr. 5 BGB
8. Storno- und Berichtigungsbuchungen
  - Differenzierung vor / nach Rechnungsabschluss

9. Einzugsaufträge
  - Gutschrift erfolgt bei Einziehungsauftrag des Kunden (Scheck oder Lastschrift) nur unter Vorbehalt des Eingangs („E.v.“); Rückbelastungsrecht der Bank bei fehlender Einlösung
  - Festlegung des Einlösezeitpunktes, wenn der Kunde Schuldner von Schecks oder Lastschriften ist
10. Fremdwährungskonten und -geschäfte
  - Keine Instandspflicht der Bank für das politische Währungsrisiko bei Fremdwährungen



## 11. Mitwirkungspflichten des Kunden

- ❖ traditionell verstanden als Obliegenheiten (⇒ Mitverschuldenseinwand gegenüber dem Kunden); aber z.T. echte Rechtspflicht bejaht
- Mitteilung der Änderung von Name, Adresse, Vertretungsverhältnisse
- Klarheit von Aufträgen, insbes. Name + Kontonummer des Empfängers bei Zahlungsaufträgen (z.B. Überweisungen)
- Hinweis auf Eilbedürftigkeit von Aufträgen
- Prüfung von Mitteilungen der Bank (Kontoauszüge, Abrechnungen etc.) + unverzügliche Erhebung von Einwendungen
- ❖ Mitverschulden (BGH NJW 1991, 3208, 3210; LG Lübeck WM 1993, 1131) und ggf. SchE aus § 280 BGB (KG WM 1995, 2182)
- Benachrichtigung der Bank bei Ausbleiben von Mitteilungen

## 12. Zinsen, Entgelte und Aufwendungen

- Zinsen + Entgelte im Privatkundengeschäft laut „Preisaushang“ + „Preis- und Leistungsverzeichnis“; sonst gesetzliche Vorschriften
- Zinsen + Entgelte im Firmenkundengeschäft gemäß § 315 BGB
  - ⇒ Verzeichnisse haben indizielle Bedeutung bei § 315 III BGB
- Absatz 3 zu nicht entgeltfähigen Leistungen ⇒ Folien 35 ff.
- Zinsanpassung gemäß Vertrag (dort oft Zinsanpassungsklausel); Entgeltanpassung bei Dauerleistung (z.B. Konto-/Depotführung)
- Kündigungsrecht des Kunden nach Mitteilung einer Erhöhung
- Auslagenersatz ⇒ jetzt wie § 670 BGB (vgl. BGH ZIP 2012, 1445)
- Besonderheiten bei Verbraucherkreditverträgen i.S.v. § 492 BGB und Zahlungsdiensteverträgen i.S.v. §§ 675c ff. BGB
- ❖ dazu später ⇒ Zahlungsdiensterecht / Verbraucherkreditrecht

1. BGH: Unzulässigkeit gesonderter Entgelte für

- Ein- und Auszahlung am Bankschalter (BGHZ 124, 254)
- Einrichtung + Änderung von Freistellungsaufträgen (BGHZ 136, 261)
- Nichtausführung von Kundenaufträgen mangels Deckung (BGHZ 137, 43) bzw. Information darüber (BGHZ 146, 377; BGHZ 193, 238)
- Bearbeitung + Überwachung v. Pfändungsmaßnahmen (BGHZ 141, 380)
- Führen des Girokontos als Pfändungsschutzkonto (BGHZ 195, 298 = ZIP 2012, 2489; BGH ZIP 2017, 1992, für BGHZ vorgesehen [Rn. 54]; kritisch *Bitter*, ZIP 2015, 1807)

1. BGH: Unzulässigkeit gesonderter Entgelte für

- jeden Buchungsposten (BGHZ 206, 305 = ZIP 2015, 1720)
- Ausstellung einer Ersatzkreditkarte bei Verbrauchern (BGHZ 207, 176 = ZIP 2016, 11)

Achtung: ab 13.1.2018 **Neuregelung in § 675I I 3 BGB** mit Anspruch auf Erstattung der „unmittelbar mit dem Ersatz verbundenen Kosten“

- Streichung einer Order zum Wertpapierkauf (BGH ZIP 2017, 1992 [Rn. 55 ff., 67], für BGHZ vorgesehen)

2. *Bitter*, in Festschrift Ott, 2002, S. 153; ZBB 2007, 237; ZIP 2008, 2155; JZ 2015, 170 ff.; ZIP 2015, 1807
  - Effizienz gesonderter Entgelte, wenn der Kunde durch sein Verhalten Einfluss auf die Kostenentstehung nehmen kann
  - so tendenziell auch BGHZ 133, 10 betr. Postenpreisklausel
  - richtig auch BGHZ 114, 330 betr. Erteilung einer Löschungsbewilligung
  - Befürwortung des „Verursacherprinzips“ auch vom OGH ZIP 2016, 2011, 2014 unter Ziff. 6.6. der Gründe m.w.N.

3. Bedeutung der neuen Regelung in § 675o I 4 BGB str.
  - *Bitter*, WM 2010, 1773, 1780 f.: Modellcharakter; ausführlich zur Veränderung des Leitbildes *Herresthal*, FS Coester-Waltjen, 2015, S. 1109 ff. m.w.N., insbes. S. 1121 f.
  - a.A. BGH ZIP 2012, 1387 (Rn. 40): kein neues Leitbild, da Ausnahme
  - Für Verursacherprinzip als Leitbild nun aber auch § 675l I 3 BGB n.F. (⇒ Folie 36)
4. Heranziehung des Verursacherprinzips vom BGH isoliert nur zur Begründung der Unzulässigkeit einer Klausel
  - Unzulässigkeit einer pauschalen Gebühr von 15 € für die Nacherstellung von Kontoauszügen wegen § 675d III BGB (BGHZ 199, 281, Rn. 25)

### Sicherheiten für die Ansprüche der Bank (Nr. 13 – 17 AGB-Banken)

#### 13. Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten

- allgemeiner Anspruch auf bankmäßige Sicherheiten
- nachträgliche Sicherheitenbestellung bei erhöhtem Ausfallrisiko
  - Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Kunden
  - wertmäßige Verschlechterung bestellter Sicherheiten

#### 14. AGB-Pfandrecht

- Pfandrecht der Bank an Ansprüchen des Kunden gegen die Bank (z.B. Kontoguthaben ⇔ Vorrang vor Pfändungsgl.) und in den Besitz der Bank gelangten Wertpapieren + Sachen (⇔ Schließfach)
- Ausnahme u.a. bei Zweckbindung (z.B. offene Treuhandkonten)

#### 15. Sicherungsrechte an Einzugspapieren + diskontierten Wechseln

- Sicherungseigentum der Bank an zum Einzug eingereichten Schecks + Wechseln
- Sicherungsabtretung der zugrunde liegenden Forderungen
- Ausnahme bei Zweckbindung

#### 16. Deckungsgrenze und Freigabeverpflichtung

- realisierbarer Wert der Sicherheiten = Gesamtforderung der Bank
- Freigabe nach Wahl der Bank bei nicht nur vorübergehender Überschreitung der Deckungsgrenze
  - ❖ siehe BGHZ 137, 212 (GS) und dazu die Vorlesung Kreditsicherungsrecht

#### 17. Verwertung von Sicherheiten ⇔ Wahlrecht der Bank

## Kündigung (Nr. 18 + 19 AGB-Banken)

### 18. Kündigungsrechte des Kunden

- Grundsatz: jederzeitiges Kündigungsrecht für ganze Geschäftsverbindung oder Einzelverträge
- Ausnahme bei fester Laufzeit oder abweichender Kündigungsregel; dann aber Kündigung aus wichtigem Grund bei Unzumutbarkeit

### 19. Kündigungsrechte der Bank

(BGH ZIP 2013, 304; *Hadding*, in FS Hopt, 2010, S. 1893 ff.; *Herresthal*, WM 2013, 773 ff.)

- Kündigung der Bank nur mit angemessener Kündigungsfrist, bei unbefristetem Zahlungsdienstvertragsvertrag (z.B. Konto oder Kartenvertrag) mindestens 2 Monate (vgl. § 675h II BGB);
- jederzeitige Kündigung unbefristeter Kredite
- Kündigung aus wichtigem Grund, insbes. bei falschen Angaben oder Verschlechterung der Vermögenslage, Nichtbestellung von Sicherheiten
- Ausnahmen bei Verbraucherkreditverträgen + Basiskontovertrag (zum Girokonto für jedermann ⇒ Folie 54)

**Problem:** Kündigung von Konten radikaler Parteien

- ❖ BGHZ 154, 146 = NJW 2003, 1658 (NPD) und BGH NJW 2004, 1031 (Republikaner): eingeschränktes Kündigungsrecht bei Sparkassen und Postbank (Bindung aus Artt. 3, 21 GG)

## 20. Einlagensicherungsfonds

- Anschluss der Bank an den Einlagensicherungsfonds
- Gesicherte Forderungen: Sicht-, Termin- und Spareinlagen
- Ausnahmen vom Einlagenschutz bei Inhaberpapieren
- Forderungsübergang auf den Sicherungsfonds bei Zahlungen des Fonds an den Kunden
- Auskunftserteilung der Bank gegenüber dem Fonds
- ❖ Daneben: Einlagensicherungsgesetz (EinSiG) v. 28.5.2015 (BGBl. I S. 786)
  - ⇒ Betragsgrenze: 100.000 Euro
- ❖ BVerfG ZIP 2010, 168 (Verfassungsmäßigkeit der EdW-Umlage)

## 21. Seit 2009: Ombudsmannverfahren

- [www.bankenombudsmann.de](http://www.bankenombudsmann.de)

## 1. Girokonto

- Kontokorrent (§§ 355 ff. HGB) + Girovertrag ⇒ Folien 48 ff.
- Sichteinlagen = jederzeitige Rückforderung möglich
  - ⇒ unregelmäßige Verwahrung i.S.v. §§ 695, 700 BGB
  - ⇒ keine Kündigung erforderlich (§ 700 I 3 BGB ⇔ § 488 III BGB)

## 2. Sparkonto

- Aushändigung einer Urkunde (Sparbuch, auch Loseblatt)
  - ⇒ Rektapapier = Inhaber benannt / Übertragung: § 398 + § 952 BGB
  - ⇒ § 808 BGB (qualifiziertes Legitimationspapier)
  - ⇒ beim Online-Sparkonto: Legitimation wie beim Online-Girokonto
- Aufnahme von Kündigungsgeldern mit Mindestkündigungsfrist von 3 Monaten ⇒ Darlehen i.S.v. § 488 BGB, str.
- keine Durchführung des Zahlungsverkehrs (Überweisungen etc.)
- Einzelheiten in den „Bedingungen für den Sparverkehr“

## 3. Festgeldkonto

- Termineinlagen (befristete Einlagen) = Darlehen i.S.v. § 488 BGB
- Rückzahlung der Festgelder bei Fristablauf, ggf. Prolongation

## 4. Treuhandkonto / Anderkonto

- Spar- oder Girokonto mit treuhänderischer Bindung zur Verwaltung von Fremdgeldern
- Ausschluss des AGB-Pfandrechts bei offenen Treuhandkonten
- §§ 771 ZPO, 47 InsO des Treugebers; Details str.  
(vgl. *Bitter*, in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 33 Rn. 105 ff.)
- Sonderbedingungen für Anderkonten (RAe, Notare, StB + WP)

## 5. Sonderkonto

- Konto mit besonderer Zweckbestimmung; Treuhand möglich

### 6. Sperrkonto

- Konto mit Beschränkung der Dispositionsbefugnis des Kontoinhabers (z.B. Zustimmung eines Dritten zu Verfügungen, etwa bei einem Nießbrauch des Dritten)

### 7. Gemeinschaftskonten

- Oder-Konto: Konto mehrerer Kontoinhaber mit Einzelverfügungsbefugnis (BGH ZIP 2009, 904 zum Bauspar-Kontokorrentkonto)
  - ❖ Modifizierte Gesamtgläubigerschaft (§§ 428 – 430 BGB) ⇒ Bank muss an denjenigen zahlen, der berechtigt Zahlung verlangt ⇒ Vorlesung Schuldrecht AT
- Und-Konto: Konto mehrerer Kontoinhaber mit Gesamtverfügungsbefugnis
- Umwandlung vom Oder- in ein Und-Konto auf Antrag jedes Kontoinhabers, nicht aber umgekehrt

1. Begriffe italienisch: „contare“ = zählen / „Giro“ = Kreis, Drehung, Umlauf, Rundfahrt ⇒ Geld kann zirkulieren

### 2. Unterscheidung in zwei Rechtsbeziehungen

- Zahlungsdiensterahmenvertrag (§ 675f II BGB) = Verpflichtung der Bank,
  - ein Konto durch Verbuchung der Ein- und Ausgänge zu führen
  - Einlagen, Überweisungen + sonstige Eingänge entgegenzunehmen
  - Überweisungs- und Daueraufträge durchzuführen
  - Schecks einzuziehen
  - Lastschriften abzubuchen⇒ Teilkündigung nicht möglich (BGH NJW 2006, 430)
- Kontokorrent (§§ 355 – 357 HGB) = Abrede, die beiderseitigen Ansprüche nebst Zinsen in Rechnung zu stellen und regelmäßig – i.d.R. quartalsweise – miteinander zu verrechnen



### 1. Anwendungsfälle

- Hauptfall: Girokonto (s.o. Folie 48)
  - ⇒ Kontokorrentabrede + Zahlungsdiensterahmenvertrag (Kontoeröffnungsformular)
- sonst. laufende Geschäftsverbindung mit wechselseitigen Ansprüchen

### 2. 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

### 3. 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)
  - ❖ BGHZ 73, 259, 263; 80, 172, 175 f.

⇒ Fälle 30 – 33 bei Bitter/Schumacher, *Handelsrecht*, 2. Aufl. 2015 (3. Aufl. 2018)

Soll (Forderung der Bank)		Haben (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
„gelähmte“ Forderungen der Bank		„gelähmte“ Forderungen des Kunden	

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

Aber: keine Rückforderung bei eingeräumtem Kontokorrentkredit

#### 4. 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
  - ❖ Problem: Bezug auf RGZ 56, 19 (dort gerade Hinweis auf § 366 II BGB) und RGZ 132, 218 (dort Widerspruch gegen verhältnismäßige Tilgung)
- 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
- ⇒ BGHZ 93, 307, 313: Verrechnung nur bei Saldoanerkennntnis
- ⇒ a.A.: automatische Verrechnung ⇒ „kausale“ Saldoforderung

## 5. Saldoanerkennnis (Nr. 7 II AGB-Banken ⇒ s.o. Folie 31)

- 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
- h.L.: abstrakte Saldoforderung tritt erfüllungshalber neben die „kausale“ Saldoforderung (§ 364 II BGB)
  - praktische Bedeutung des Streits wegen § 356 HGB gering (vgl. RGZ 82, 400, 404 f.; BGHZ 26, 142, 150)
- § 48 InsO scheitert nicht an zwischenzeitlichem Saldoanerkennnis (BGHZ 141, 116 gegen BGHZ 58, 257)
- Zinsen auf den Überschuss (§ 355 I HGB ⇔ § 248 I BGB)
- Kondiktion eines unrichtigen Anerkenntnisses (§ 812 BGB)

- Problem: Girokonto als „zentrale Schaltstelle des täglichen Lebens“
- Grundsatz: Vertragsfreiheit; Kontrahierungszwang nur gemäß § 826 BGB bei faktischem Monopol
- Früher eng begrenzte Ausnahme bei Sparkassen (vgl. OLG Naumburg ZIP 2012, 1119) + Selbstverpflichtung der Kreditwirtschaft für ein Basis-Girokonto auf Guthabenbasis
  - ⇒ OLG Bremen ZIP 2006, 798: kein Rechtsanspruch des Kunden aus der „ZKA-Empfehlung: Girokonto für jedermann“
  - ⇒ Literatur: *Bachmann*, ZBB 2006, 257; *Linnert*, ZRP 2009, 37
- Seit 2016: § 31 Zahlungskontengesetz (ZKG): Anspruch auf Basiskonto
  - ⇒ Grundlage: Bankkonto-Richtlinie 2014/92/EU; dazu *Linardatos*, WM 2015, 755, 760 ff.; kritisch *Günther*, WM 2014, 1369 ff.
  - ⇒ zum ZKG: *Gondert/Huneke*, VuR 2016, 323 ff.; *Herresthal*, BKR 2016, 133 ff. und 221 ff.

- **Exkurs: Entgelte für Basiskonten** (dazu *Bülow*, WM 2017, 161)
  - Wortlaut des § 41 Abs. 2 ZKG  
„Das Entgelt für die von § 38 erfassten Dienste muss angemessen sein. Für die Beurteilung der **Angemessenheit** sind insbesondere die marktüblichen Entgelte sowie das Nutzerverhalten zu berücksichtigen. ...“
  - Ermöglichung einer Inhaltskontrolle der Entgelte  
Auszug aus der Gesetzesbegründung: „Bereits durch das in Absatz 2 eingeführte Kriterium der „Angemessenheit“ der Entgelte wird für die Inhaber von Basiskonten eine über das derzeit allgemein geltende Maß hinausgehende Kontrolle der Entgeltgestaltung von Kreditinstituten ermöglicht.“ (BR-Drs. 537/15 v. 6.11.2015, S. 100)

- Auslegung des Begriffs der „Angemessenheit“  
Auszug aus der Gesetzesbegründung: „Als angemessen erscheint ein Entgelt, das im Durchschnitt die Kosten der Institute deckt und ihnen einen angemessenen Gewinn sichert. Dies wird mit der Bezugnahme insbesondere auf die marktüblichen Entgelte sichergestellt (Satz 2).“ (a.a.O. S. 101)
- Folge: Keine Pflicht der Kreditinstitute zur dauerhaften (Quer-)Subventionierung von Basiskonten
  - Vorschlag des Bundesrats, das Entgelt für Basiskonten an demjenigen Betrag zu orientieren, den das Institut für sonstige Girokonten mit entsprechenden Funktionen üblicherweise verlangt (vgl. die Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 537/15 v. 18.12.2015, S. 11), ist nicht Gesetz geworden

- *Bitter*, Kontenpfändung, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 33
- Begriff „Kontenpfändung“ (vgl. § 833a ZPO)
  - ⇒ Pfändung einer Vielzahl von Forderungen aus verschiedenen Rechtsgründen
- Keine Pfändung kontokorrentgebundener Einzelforderungen
- Pfändung des Zustellungssaldos (§ 357 HGB)
- Pfändung der periodischen Abschlussalden
  - ❖ BGHZ 80, 172: alle zukünftigen Salden
- Pfändung des Auszahlungsanspruchs aus dem Girovertrag (sog. Tagessaldo)
  - ❖ BGHZ 84, 325 und 371

- Unpfändbarkeit des Überziehungskredits
  - ❖ BGHZ 93, 315
- Pfändbarkeit des Dispositionskredits („offene Kreditlinie“)
  - ❖ BGHZ 147, 193: Pfändbarkeit nach Abruf durch den Kunden
  - ❖ BGHZ 157, 350 und BGH WM 2004, 669: Keine Wirkung vor Abruf durch den Kunden
  - ⇒ Richtig: generelle Unpfändbarkeit (*Bitter*, in FS Gero Fischer, 2008, S. 15)
    - Weisungsbindung der Bank
    - Privatautonomie des Kontoinhabers
    - Kontenblockade unvereinbar mit Sinn + Zweck der Zwangsvollstreckung
    - Soziale Folgen der Kontenblockade
- seit 2010: Pfändungsschutzkonto = P-Konto (§§ 850k, 850l ZPO)  
(dazu *Bitter*, WM 2008, 141; *Bitter*, ZIP 2011, 149; *Bitter*, FS Köndgen, 2016, S. 83 ff.)

### 1. Gesetzlicher Regelfall: Barzahlung (h.M., str.)

- Begleichung von Geldschulden durch Barzahlung  
= Erfüllung i.S.v. § 362 I BGB
- Barzahlung = Zahlung mit gesetzlichen Zahlungsmitteln
  - Rechtsgrundlagen: Art. 128 I 3 AEU, § 14 I 2 BBankG

### 2. Ausnahme: bargeldlose Zahlung

- Buchgeld = Forderung gegen die Bank
- Einverständnis des Gläubigers erforderlich
  - konkludent: Angabe der Bankverbindung auf Rechnung etc.
- umgekehrt *Omlor*, Geldprivatrecht, 2014, S. 351 ff.: Gläubiger muss zu erkennen geben, dass er keine bargeldlose Zahlung will

### 3. Arten bargeldloser Zahlung

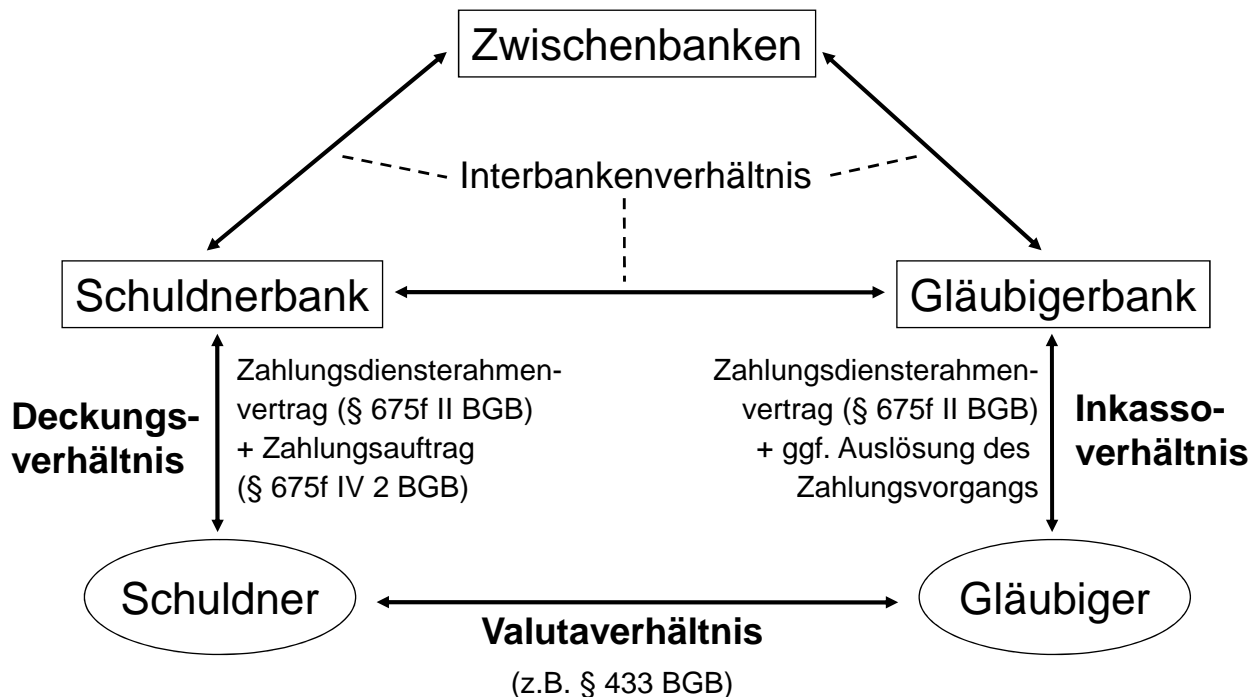
- Push-Zahlung = Zahlung geht vom Schuldner aus
  - Überweisung (auch über paydirekt)
  - Zahlung mit Netzgeld („e-cash“)
  - Zahlung mithilfe von Zahlungsauslösediensten (z.B. Sofortüberweisung)
- Pull-Zahlung = Zahlung geht vom Gläubiger aus
  - Lastschrift im SEPA-Verfahren
  - Kartenzahlung: Kreditkarte / Debitkarte (POS)
  - Scheck
- Sonderfall PayPal (Pull- und Push-Zahlungen möglich)

### 4. Erfüllungswirkung (im Valutaverhältnis)

- **Hingabe von Schecks und Wechseln = § 364 II BGB**
  - neue Forderung tritt neben die alte (z.B. Kaufpreisforderung)
  - Gläubiger muss zunächst Befriedigung aus der neuen Forderung suchen (= Stundung der alten Forderung)
- **Zahlung mit Kreditkarte str.**
  - nach h.M. wie bei Scheck und Wechsel = § 364 II BGB
  - richtig: Differenzierung nach Präsenzgeschäft und Distanzgeschäft
    - ⇒ im Präsenzgeschäft nimmt der Vertragshändler den unbedingten Zahlungsanspruch gegen das Kreditkartenunternehmen (Folie 136 f.) an Erfüllung statt an = § 364 I BGB
    - ⇒ im Distanzgeschäft gelten die Grundsätze zur Lastschrift (str.) ⇒ Folie 109

### 4. Erfüllungswirkung (im Valutaverhältnis)

- **Überweisung**
  - *Leistungshandlung* = rechtzeitige Überweisung
    - ⇒ *Verzögerungsgefahr* geht zu Lasten des Gläubigers (⇔ § 270 I BGB)
    - ❖ EuGHE 2008 I, 1923 = NJW 2008, 1935 = ZIP 2008, 732: Vereinbarkeit mit EG-ZahlungsverzugsRiLi bei Überweisung unter Berücksichtigung der üblichen Ausführungsfristen
  - *Leistungserfolg* = Eingang des Geldes bei der Empfängerbank (str.)
    - ⇒ *Rauhut*, ZBB 2009, 32, 40 ff.; *Bitter*, WM 2010, 1725, 1727;  
a.A.: Gutschrift auf dem Empfängerkonto



## 1. Rechtslage vor dem Überweisungsgesetz von 1999

- Überweisung = einseitige Weisung im Rahmen des Giroverhältnisses (§§ 675, 665 BGB) ⇒ Widerruf bis zur Gutschrift möglich
- Schuldnerbank ist bei Haus-/Filialüberweisung zur Gutschrift auf dem Empfängerkonto, sonst nur zur Weiterleitung verpflichtet
- Kontobelastung = Aufwendungsersatz (§§ 675, 670 BGB, § 669 BGB)
- Gutschrift beim Empfänger = Erfüllung des Herausgabeanspruchs (Anspruch auf Gutschrift, §§ 675, 667 BGB) durch abstraktes Schuldversprechen/-anerkennnis (Anspruch aus der Gutschrift, §§ 780-782 BGB)
- Bei Fehlern zwischengeschalteter Banken ist der SchE-Anspruch aus DSL an den Auftraggeber abzutreten (§§ 675, 667 BGB)



## 2. Das Überweisungsgesetz von 1999 (§§ 676a ff. BGB a.F.)

- Hintergrund: Richtlinie 97/5/EG über grenzüberschreitende Überweisungen von 1997
  - Sicherung grenzüberschreitender Zahlung
  - Verkürzung der Ausführungsfristen
- Überweisung = kündbarer Vertrag (§ 676a BGB a.F., Vertragsmodell)
- Erfolgspflicht der Schuldnerbank: Eingang beim Begünstigten (h.M.) bzw. bei der Empfängerbank (a.A.) ⇒ werkvertragliches Element
- Ausführungsfristen (§ 676a II BGB a.F.):  
1 Tag innerhalb der Haupt-/Zweigstelle, 2 Tage innerhalb einer Bank, 3 Tage im Inland, 5 Tage innerhalb von EU/EWR
- Verschärfte Haftung (§§ 676b, 676c BGB a.F.)

## 3. Zahlungsdiensterecht von 2009 und 2018 (§§ 675c ff. BGB)

- Literatur: Köndgen, JuS 2011, 481 ff.
- Hintergrund: Richtlinie 2007/64/EG („ZDRL I“) und Richtlinie (EU) 2015/2366 („ZDRL II“) über Zahlungsdienste im Binnenmarkt
  - Erleichterung der Schaffung des funktionierenden europäischen Binnenmarktes (Erwägungsgrund 1 ZDRL I)
  - Gewährung eines hohen Maßes an Transparenz und Vergleichsmöglichkeiten durch ausführliche Regelungen bez. Informationspflichten (Erwägungsgründe 18, 21 ZDRL I)
  - Wettbewerbssteigerung unter den Zahlungsdienstleistern
  - Schaffung des einheitlichen Euro-Zahlungsraums (SEPA = Single Euro Payments Area)
- Umsetzung ZDRL II: Gesetz vom 17.7.2017 (BGBl. I Nr. 48 S. 2446)
  - (Partielles) Inkrafttreten des ZDRL II-Regimes zum 18.1.2018

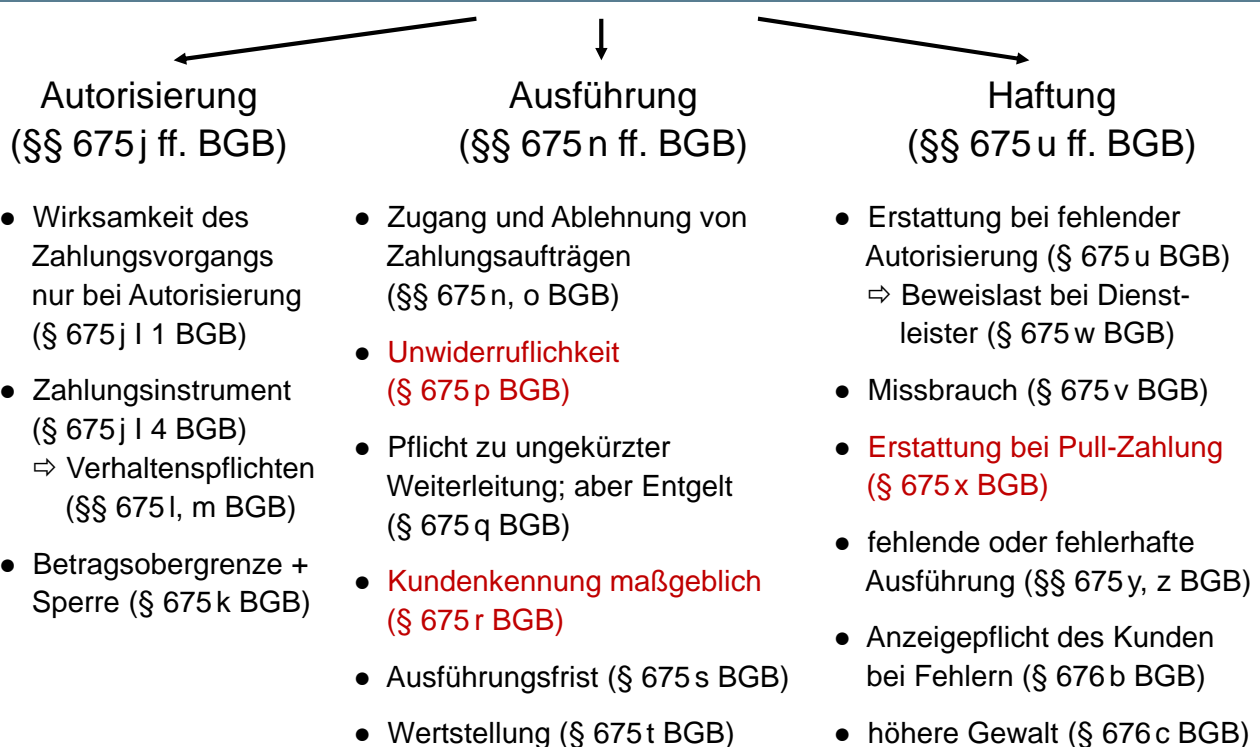
### 3. Zahlungsdiensterecht von 2009 und 2018 (§§ 675c ff. BGB)

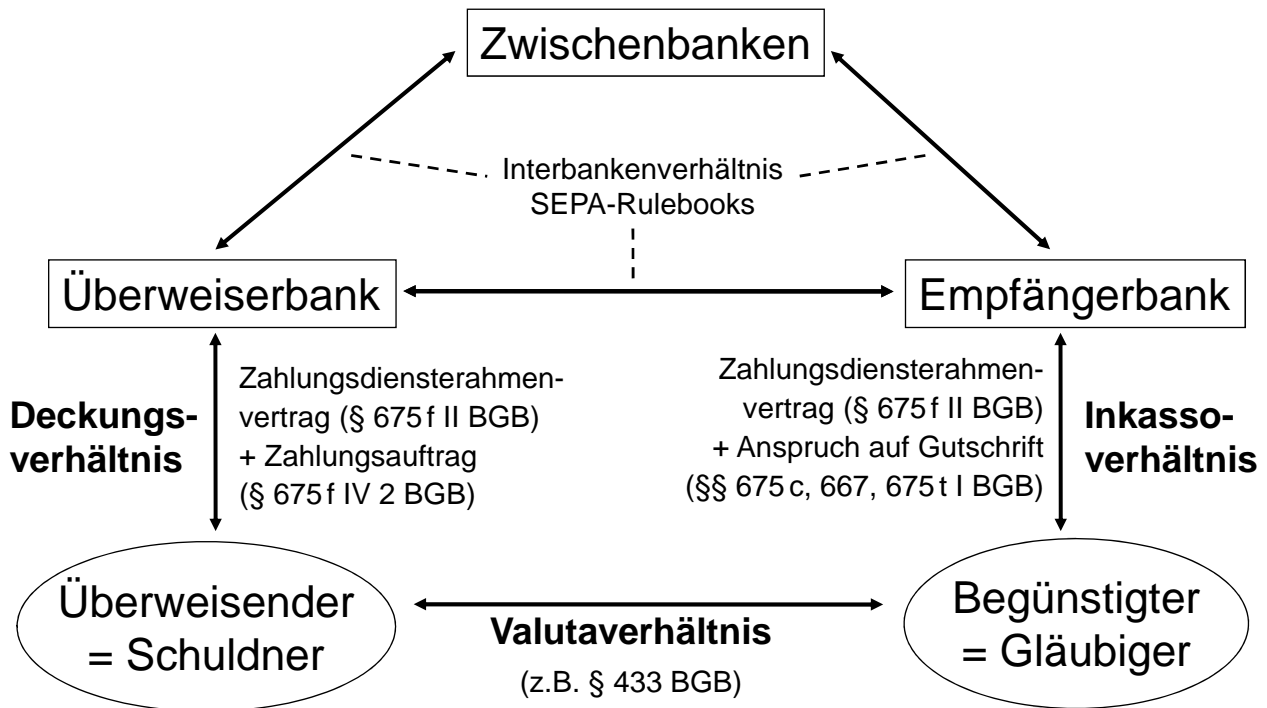
- umfassende Regelung aller Arten von Zahlungsdiensten durch Einführung der §§ 675c - 676c BGB n.F. + Streichung der §§ 676a - 676h BGB a.F.
- Neuregelung der Informationspflichten in § 675d BGB i.V.m. Art. 248 EGBGB + Streichung von Vorschriften der BGB-InfoV
- allgemeine Erfolgspflicht für Zahlungsdienste (werkvertragliches Element)
  - Haftung für das Verschulden anderer Parteien in der Zahlungskette
  - rechtliche Grenze für "weitergeleiteten Auftrag" (s.o. Folie 29)
- Ausführungsfrist: Gutschrift bei der Empfängerbank bis zum Ende des Geschäftstages, der auf den Eingang des Zahlungsauftrags bei der Überweiserbank folgt (§ 675s BGB)
  - Ausnahme war nur bis 1.1.2012 möglich: 3 Tage

### 4. Wesentliche Änderungen des Zahlungsdiensterechts durch die ZDRL II

- Anwendungsbereich der ZDRL II nun auch auf Zahlungen mit Staaten außerhalb der EU und in Fremdwährungen erweitert
- Drittdienstleister (Zahlungsauslösedienste, Kontoinformationsdienste etc.) erstmals geregelt
- Neues Haftungsregime (insbes. betroffen § 675v BGB)
- (Technische) Anforderungen an eine sichere Kundenauthentifizierung werden angepasst („starke Kundenauthentifizierung“); Inkrafttreten der Durchführungs-VO voraussichtlich Ende 2018
- Literatur zum neuen Recht: *Omlor*, ZIP 2016, 558; *Werner*, ZBB 2017, 345; *Zahrte*, NJW 2018, 337

- Sonderform des Geschäftsbesorgungsvertrags (§ 675c I BGB)
  - grundsätzlich entgeltlich (§ 675f V 1 BGB)
- Einzelzahlungsvertrag (§ 675f I BGB) oder Zahlungsdiensterrahmenvertrag (§ 675f II BGB, Hauptfall: Girokonto)
  - Einordnung insbes. wichtig wegen verschiedener Informationspflichten (§ 675d I 1 BGB i.V.m. Art. 248 Abschnitt 2 oder 3 EGBGB)
- Recht des Gläubigers, dem Schuldner für bestimmte Zahlungsweise Rabatt zu gewähren, darf nicht ausgeschlossen werden (§ 675f VI BGB)
  - aber Entgeltverbot gemäß § 270a BGB n.F.!
  - wichtig für Kreditkarten
- Änderung des Rahmenvertrags (§ 675g BGB) ⇨ Nr. 1 AGB-Banken
- Kündigung des Rahmenvertrags (§ 675h BGB) ⇨ Nr. 18, 19 AGB-Banken





## 1. Zahlungsauftrag (§ 675f IV 2 BGB) = Weisung i.S.v. § 665 BGB

- Auftrag = Autorisierung durch Einwilligung i.S.v. § 675j I 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

## 2. 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)

### 3. Widerruf?

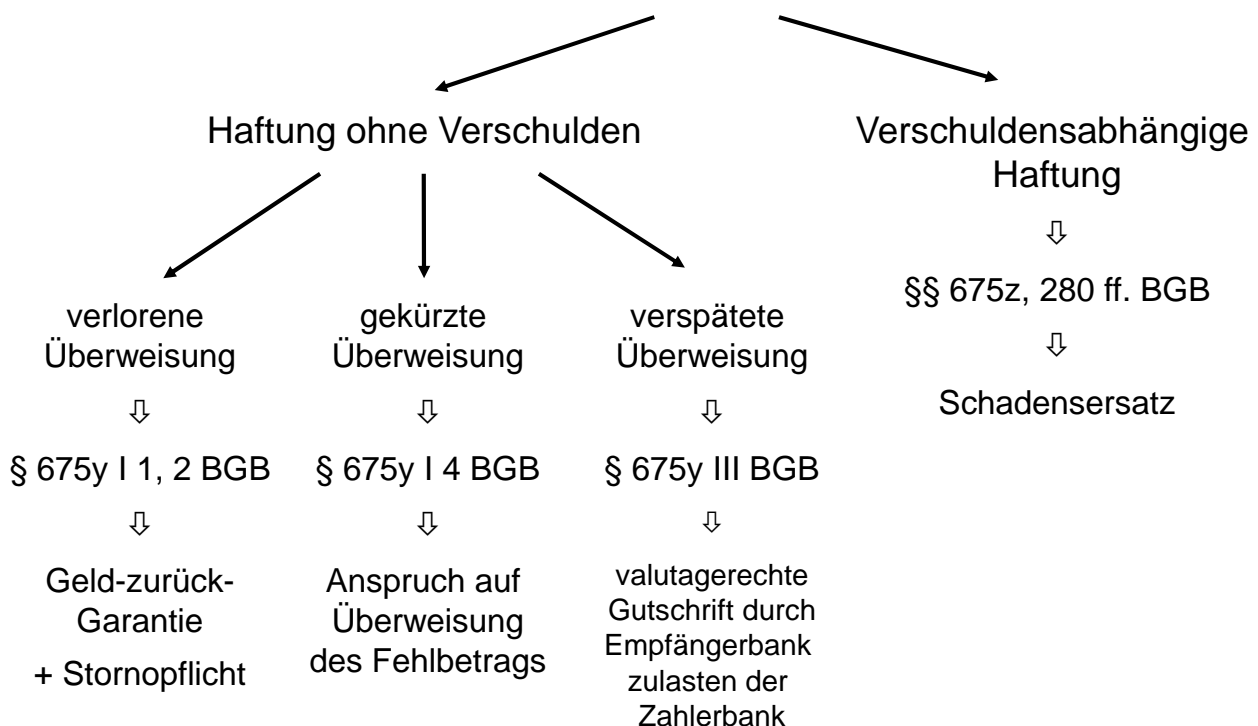
- Grundsatz: Unwiderruflichkeit des Zahlungsauftrags (§ 675p I BGB) und – damit zugleich – der Autorisierung (§ 675j II BGB)
  - früher: Kündigung durch den Überweisenden bis zum Eingang des Geldes beim Kreditinstitut des Begünstigten (§ 676a IV BGB a.F.)
    - ⇒ damals schon Einschränkung des Rückrufs der Überweisung ggü. der noch älteren Rechtslage (BGHZ 170, 121 – Rn. 21)
  - 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

### 4. Pflicht: Eingang beim Zahlungsdienstleister des Empfängers

- Werkvertragliches Element = Erfolg ist geschuldet (vgl. § 675y I 5 BGB)
  - Abgrenzung zur Substitution (§ 664 I 2 BGB) und zum weitergeleiteten Auftrag (Nr. 3 II AGB-Banken ⇒ s.o. Folie 29)
  - Konsequenz: Haftung gemäß § 675z S. 3 BGB (≈ § 278 BGB)
    - ⇒ Abbedingung nur in den Grenzen des § 675z S. 2 BGB ⇒ Folie 83
- Ausführungsfrist i.d.R. ein Tag (§ 675s I BGB)
- Pflicht zu ungekürzter Weiterleitung (§ 675q I BGB); vertragliches Entgelt jeder Seite (§ 675q III BGB) ist gesondert auszuweisen (§ 675q II BGB)
- Maßgeblichkeit der Kundenkennung (§ 675r BGB) ⇒ Folie 77

## 5. Beendigung durch Erfüllung = Bewirkung der geschuldeten Leistung

- 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.)
  - a.A. *Rauhut*, ZBB 2009, 32, 34: Abbuchung zum Zwecke der Gutschrift
- 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)
  - bei verspätetem Leistungserfolg gilt § 675y III BGB: valutagerechte Gutschrift



## 1. Tatbestand

- Ausführung ist nicht oder fehlerhaft erfolgt
  - maßgeblich ist die Kundenkennung (§§ 675r, 675y V BGB)
    - ❖ früher war grundsätzlich der Name maßgeblich ⇒ Folie 84
    - ❖ 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
  - ⇒ Details auf Folien 85 f.
  - maßgebliche Ausführungsfrist: § 675s I BGB
- kein Ausschlussgrund
  - Nachweis des beauftragten Zahlungsdienstleisters, dass der Zahlungsbetrag ungekürzt beim Zahlungsdienstleister des Zahlungsempfängers *eingegangen* ist (§ 675y I 5 BGB)
- Verzug/ Verschulden nicht erforderlich

## 2. Rechtsfolge

- Garantiehafung des Zahlungsdienstleisters auf unverzügliche und ungekürzte Erstattung des Zahlungsbetrags (§ 675y I 1 BG)
- Stornopflicht (§ 675y I 2 BGB)
- Erstattung von Entgelten und Zinsen (§ 675y VI BGB)
- Zusätzlich: verschuldensabhängiger Schadensersatzanspruch
  - ⇒ Folien 82 f.

## 3. Regress in der Zahlungskette

- Erstattungsanspruch gegen die verantwortliche Stelle (§ 676a BGB)

### 1. Tatbestand

- Abzug von Entgelten entgegen § 675q I BGB
  - Abzug durch Zahlungsdienstleister des Empfängers nur bei Vereinbarung und nur bei gesondertem Ausweis des Entgeltes (§ 675 q II BGB)
- kein Ausschlussgrund
  - Nachweis des beauftragten Zahlungsdienstleisters, dass der Zahlungsbetrag *ungekürzt* beim Zahlungsdienstleister des Zahlungsempfängers eingegangen ist (§ 675y I 5 BGB)
- Verzug/ Verschulden nicht erforderlich

### 2. Rechtsfolge

- Garantiehafung des Zahlungsdienstleisters gegenüber dem Auftraggeber/Zahler auf unverzügliche Übermittlung des Fehlbetrags an den Empfänger (§ 675y I 4 BGB)
- Zusätzlich: verschuldensabhängiger Schadensersatzanspruch  
⇒ Folien 82 f.

### 3. Regress in der Zahlungskette

- Erstattungsanspruch gegen die verantwortliche Stelle (§ 676a BGB)



## 1. Alte Rechtslage nach dem Überweisungsgesetz 1999

- Garantiezins aus § 676b I 1, 2 BGB a.F.  
= Basiszins (i.S.d. § 247 BGB) + 5 % - Punkte
- verschuldensunabhängige Sanktion (vgl. § 676c I 1 BGB a.F.)
- Ausschluss nur bei Verschulden des Überweisenden oder Begünstigten (§ 676b I 1 a.E. BGB a.F.) oder bei höherer Gewalt (§ 676b IV BGB a.F.)

## 2. Aktuelle Rechtslage

- keine gesonderte Zinspflicht mehr
- ab Eingang beim Zahlungsdienstleister des Empfängers Wertstellung zum Eingangsdatum (§ 675t I 1, 2 BGB)
- Bei verzögertem Eingang des Zahlungsbetrags beim Zahlungsdienstleister des Empfängers valutagerechte Gutschrift durch Inkassostelle zulasten der Zahlstelle gemäß § 675y III 1 BGB
  - Verschuldensabh. Haftung (§§ 675z, 280 ff. BGB) nur für Folgeschäden ⇒ Folien 82 f.

## 1. 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)
  - SchE neben / statt der Leistung (§§ 280, 281 BGB)
  - SchE bei Verletzung von Nebenpflichten (§§ 280 I, 241 II BGB)
- keine Haftung des Dienstleisters für Folgeschäden bei Ausführung nach Maßgabe der Kundenkennung (§ 675z S. 5 BGB)

### 2. Zurechnung von Fremdverschulden (§ 675z S. 3 BGB)

- Regelung entspricht § 278 BGB
- weitere Zurückdrängung des weitergeleiteten Auftrags ⇒ Folie 29 (*Bitter, WM 2010, 1773, 1781 f.*)
- Ausnahme: vom Zahlungsdienstnutzer vorgegebene Stelle; dann haftet diese (Durchbrechung der Relativität der Schuldverhältnisse)

### 3. 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)

### 1. Beleggebundener Überweisungsverkehr

- bei fehlender Übereinstimmung von Empfänger + Kontonummer ist die Bezeichnung des Empfängers maßgebend (BGHZ 108, 386; BGH NJW 2003, 1389 mit Ausnahmen).
  - ⇒ Achtung: galt auch beim Online-Banking; a.A. AG München WM 2008, 1451
  - ⇒ Problem der Empfängerbank: Gutschrift auf falschem Konto erfüllt den Herausgabeanspruch des wahren Empfängers nicht

### 2. Belegloser Überweisungsverkehr (insbes. elektronische Kontenführung mit Datenfernübertragung)

- keine Kontoanrufprüfung erforderlich (BGH NJW 2006, 503)
- aber: Weisung lautet gleichwohl auf namentlich benannten Empfänger

## 1. Haftungstatbestände

- Garantiehaftung auf unverzügliche Erstattung bei nicht erfolgter oder fehlerhafter Ausführung (§ 675y I BGB)
- Verschuldensabhängige Haftung für Folgeschäden (§ 675z BGB)

## 2. Maßgeblichkeit der Kundenkennung (§ 675r BGB)

- zum Begriff: *Hadding*, in FS U.H. Schneider, 2011, S. 443 ff.
- Haftungsausschluss bei Ausführung nach Maßgabe der Kundenkennung (§§ 675y V 1, 675z S. 5 BGB); nur Bemühenspflicht in § 675y V 2 BGB
  - Aber: Fehlüberweisung i.d.R. ohnehin kein Problem der Zahlerbank
- gesetzliche Umdeutung der Kundenweisung (str.)
  - falscher statt richtiger Empfänger erlangt Auszahlungsanspruch (str.)
  - kein Stornorecht der Empfängerbank (str.)
  - Leistungskondition des Zahlers gegen den falschen Empfänger

## 3. Vorgelagerter Schutz des Zahlers

- Pflicht zu automatisierter Vorabprüfung (§ 675r III BGB)
- Problem bei früher fehlender Verwendung der IBAN:  
Konto-Nr. + BLZ als Kundenkennung i.S.v. § 675r II BGB nach den früheren Überweisungs-AGB der Banken ⇒ keine Prüfziffer vorhanden
  - Lösung 1: Unwirksamkeit gemäß § 307 Abs. 1 BGB
  - Lösung 2: Schutzpflicht aus § 241 Abs. 2 BGB: Einführung sicherer Kundenkennungen + Pflicht, deren Verwendung zu empfehlen
    - *Bitter*, WM 2010, 1725, 1726 ff.
- bei heutiger Verwendung der IBAN wird eine Überweisung bei fehlerhafter Eingabe (Vertippen) zu 99 % gar nicht ausgeführt

**4. Auskunftsanspruch des Zahlers nach Ausführung  
(§ 675y V BGB)**

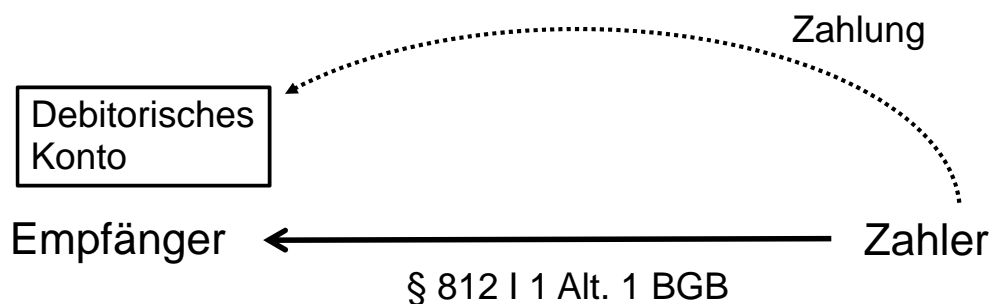
- Gesetzlicher Anspruch des Zahlers gegen die Empfängerbank gemäß Satz 3 ⇒ Durchbrechung der Relativität des Schuldverhältnisses!  
(zur dogmatischen Einordnung *Hoffmann*, WM 2016, 1110)
- Anspruch des Zahlers gegen den eigenen Zahlungsdienstleister bei Fehlschlag gemäß Satz 4

**1. Anspruch auf Gutschrift = Herausgabeanspruch aus §§ 675, 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 SchE (§ 675z BGB) ⇒ Folien 82 f.
- Pflicht zur (restlichen) Gutschrift bei vertragswidriger Kürzung

**2. Anspruch aus der Gutschrift = abstraktes Schuldversprechen/  
-anerkenntnis i.S.v. §§ 780-782 BGB****3. Stornorecht (Nr. 8 I AGB-Banken) ⇒ kein § 818 III BGB**

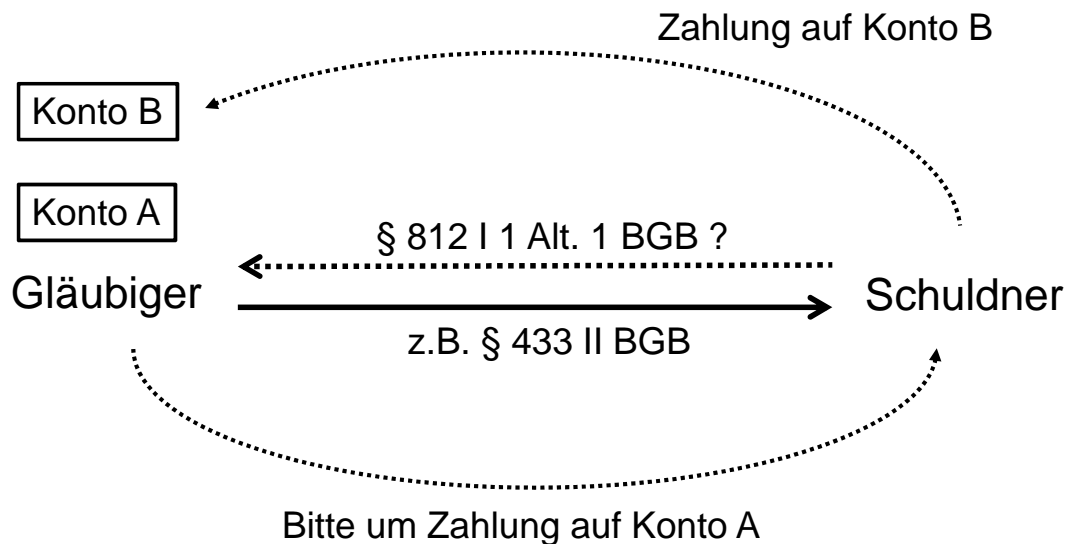
### 1. Fall: Überweisung bei fehlender Schuld im Valutaverhältnis



### 1. Fall: Überweisung bei fehlender Schuld im Valutaverhältnis

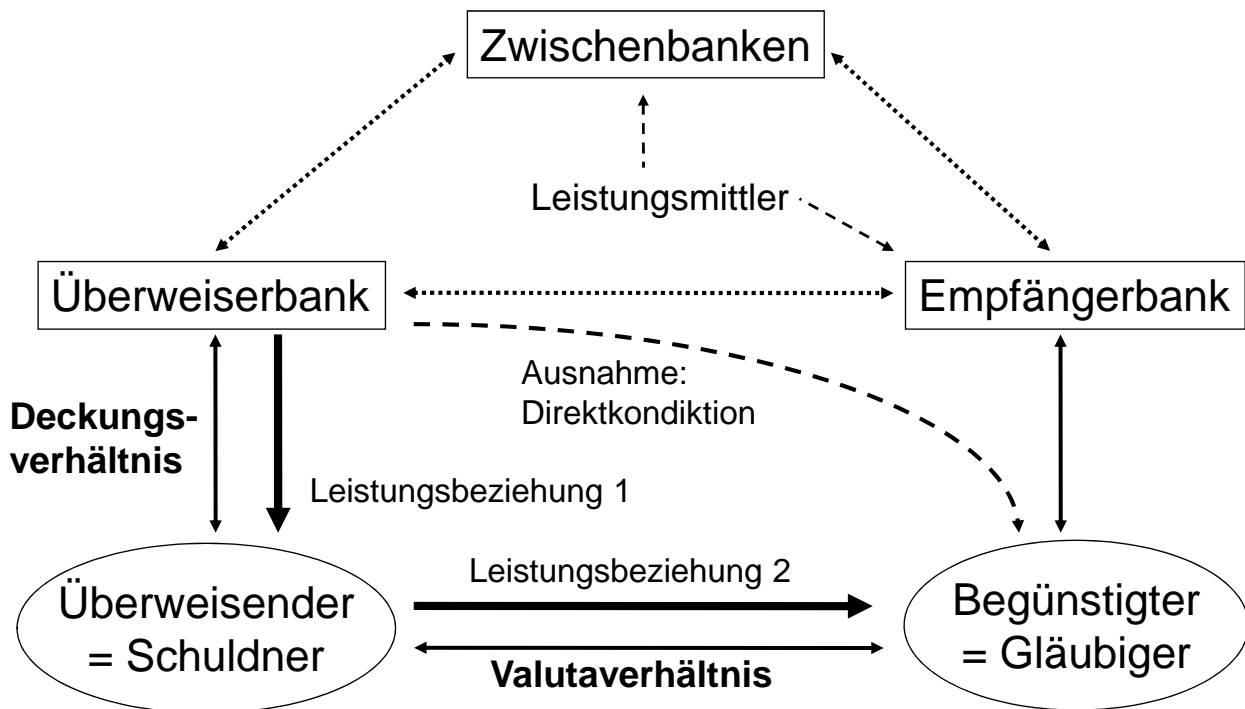
- Problem: Bei Eingang auf einem debitorischem Konto kann der Empfänger den Bereicherungsanspruch des Überweisenden evtl. nicht aus dem überwiesenen Betrag erfüllen.
- Lösung: Zurückweisungsrecht des Empfängers (BGH WM 1989, 1560)  
⇒ kein Bereicherungsanspruch des Überweisenden; dieser muss von der Bank des Empfängers – aus abgetretenem Recht – Rückzahlung verlangen (AGL früher §§ 675, 667 BGB, heute fraglich).
- Ausschluss des Zurückweisungsrechts erst, wenn die Bank des Empfängers im Vertrauen auf den Verbleib des Überweisungsbetrags beim Empfänger Dispositionen getroffen hat (OLG Celle WM 1994, 625).

2. Fall: Überweisung des Schuldners auf ein falsches, debitorisches Konto des Gläubigers bei bestehender Schuld



2. Fall: Überweisung des Schuldners auf ein falsches, debitorisches Konto des Gläubigers bei bestehender Schuld

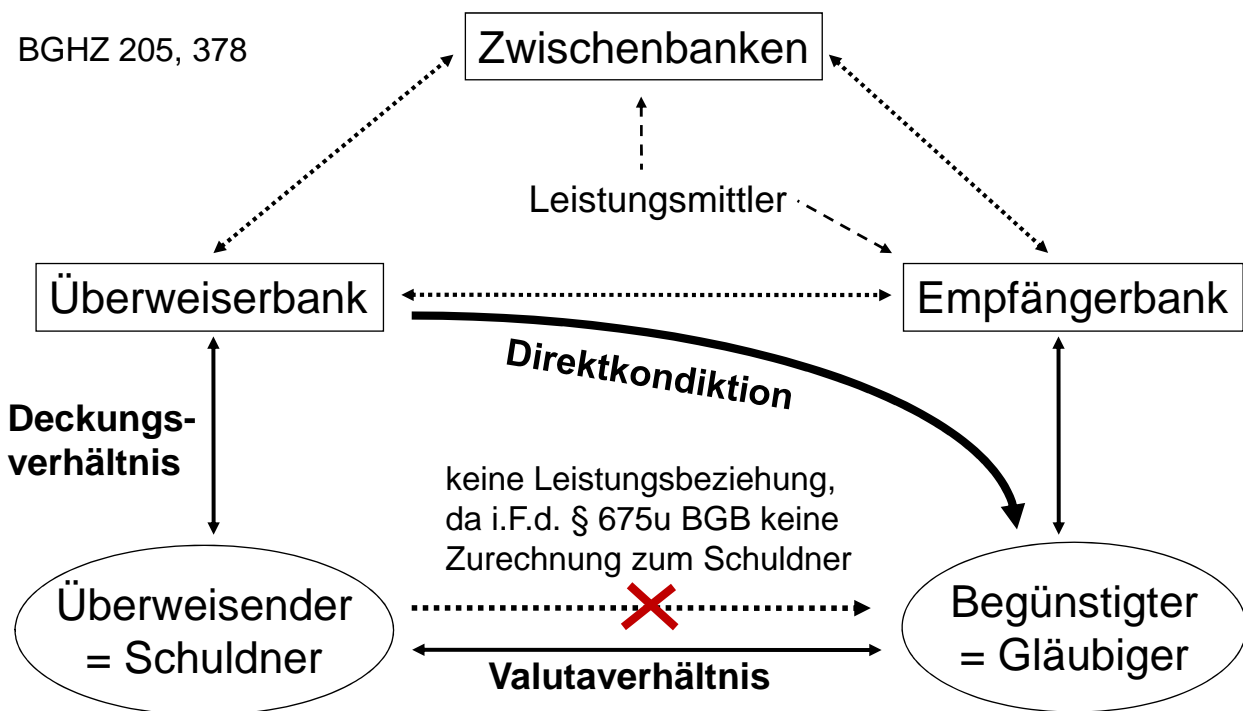
- Problem: Keine Erfüllung  $\Rightarrow$  Bereicherungsanspruch S gegen G aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB, da G – bei debitorischem Konto – Befreiung von seiner Verbindlichkeit gegenüber der Bank erlangt. Könnte S gegen den fortbestehenden Zahlungsanspruch des G mit dem Bereicherungsanspruch aufrechnen, wäre dem G die Überweisung auf das unliebsame Konto aufgedrängt.
- Lösung nach h.L. auch hier: Zurückweisungsrecht des Gläubigers (z.B. *Canaris*, ZIP 1986, 1021, 1025 f.)
- BGHZ 128, 135: kein Zurückweisungsrecht bei bestehender Schuld; offen, ob Aufrechnungsmöglichkeit des Schuldners (vgl. auch BGH WM 2008, 1806, Rn.18 f.)



- Merksatz:** Reduktion der Mehrpersonenverhältnisse auf ein Dreipersonenverhältnis mit zwei Leistungsbeziehungen (Müller, WM 2010, 1293 ff.):

  - Leistung Bank → Überweisender im Deckungsverhältnis
  - Leistung Überweisender → Empfänger im Valutaverhältnis
  - Zwischenbanken + Empfängerbank = Leistungsmittler (Zahlstelle)
    - ❖ BGHZ 170, 121 (Rn. 10) m.w.N.; BFH ZIP 2012, 513
- Merksatz:** Bereicherungsausgleich erfolgt grundsätzlich in den zwei Leistungsbeziehungen (auch bei Doppelmangel)
- Merksatz:** Ausnahmsweise Durchgriff der Überweiserbank gegenüber dem Empfänger bei dessen Bösgläubigkeit oder bei von Anfang an fehlendem Überweisungsauftrag.

  - ❖ Achtung: gilt nicht für Leistungsstörung zw. Empfängerbank + Empfänger



### Änderung der bisherigen Rechtsprechung durch BGHZ 205, 378 = NJW 2015, 3093

1. Der Bereicherungsausgleich erfolgt jedenfalls im Zahlungsverkehrsrecht bei fehlendem Zahlungsauftrag im Deckungsverhältnis nicht mehr in den zwei Leistungsbeziehungen.
2. Die Schuldnerbank kondiziert im Wege der Nichtleistungskondition unmittelbar beim Empfänger (Direktkondition aus § 812 I 1 Alt. 2 BGB).
3. 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)



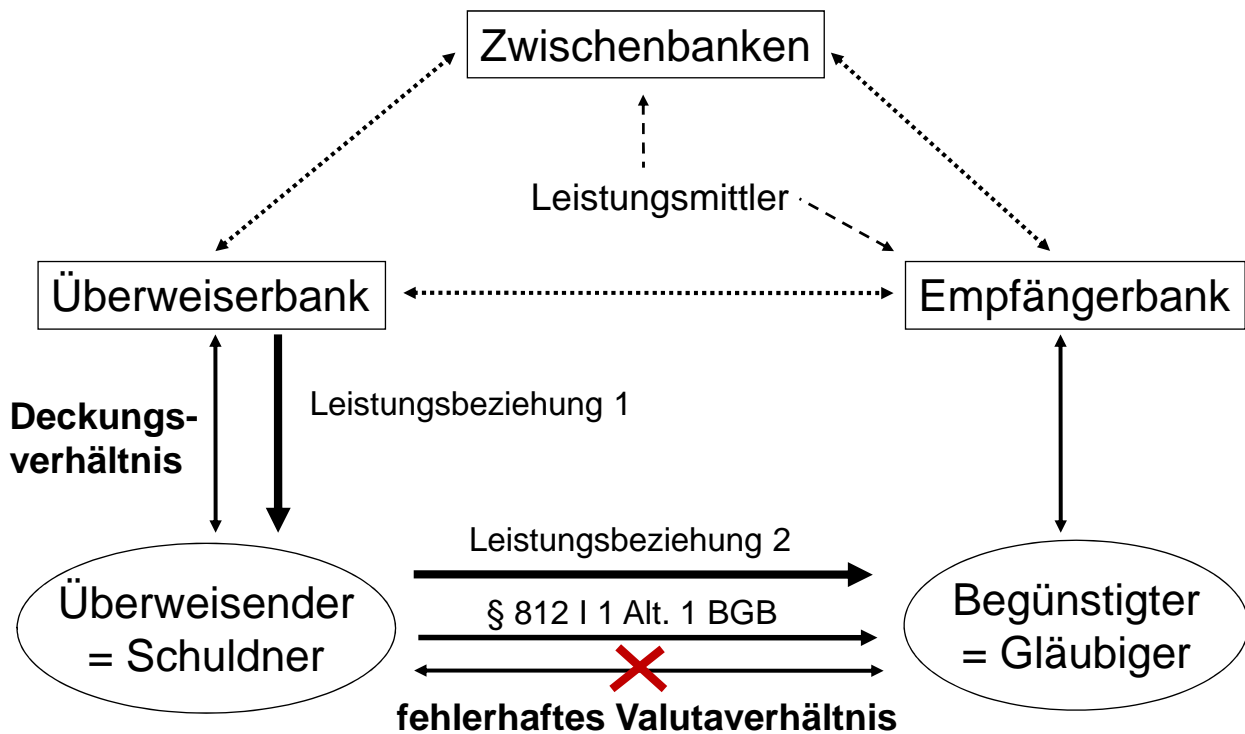
Fälle: Befristeter Zahlungsauftrag (Dauerauftrag oder vordatierte Einzelüberweisung), wird rechtzeitig widerrufen (**neu**); Überweisung an den falschen Empfänger; Geschäftsunfähigkeit des Anweisenden; Fälschung eines Überweisungsauftrags; versehentlich doppelte Ausführung; versehentliche Zuvielüberweisung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

1. Bank → S aus §§ 675, 670 (669) 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
- ⇒ Direktkondition bei fehlender Weisung des Schuldners

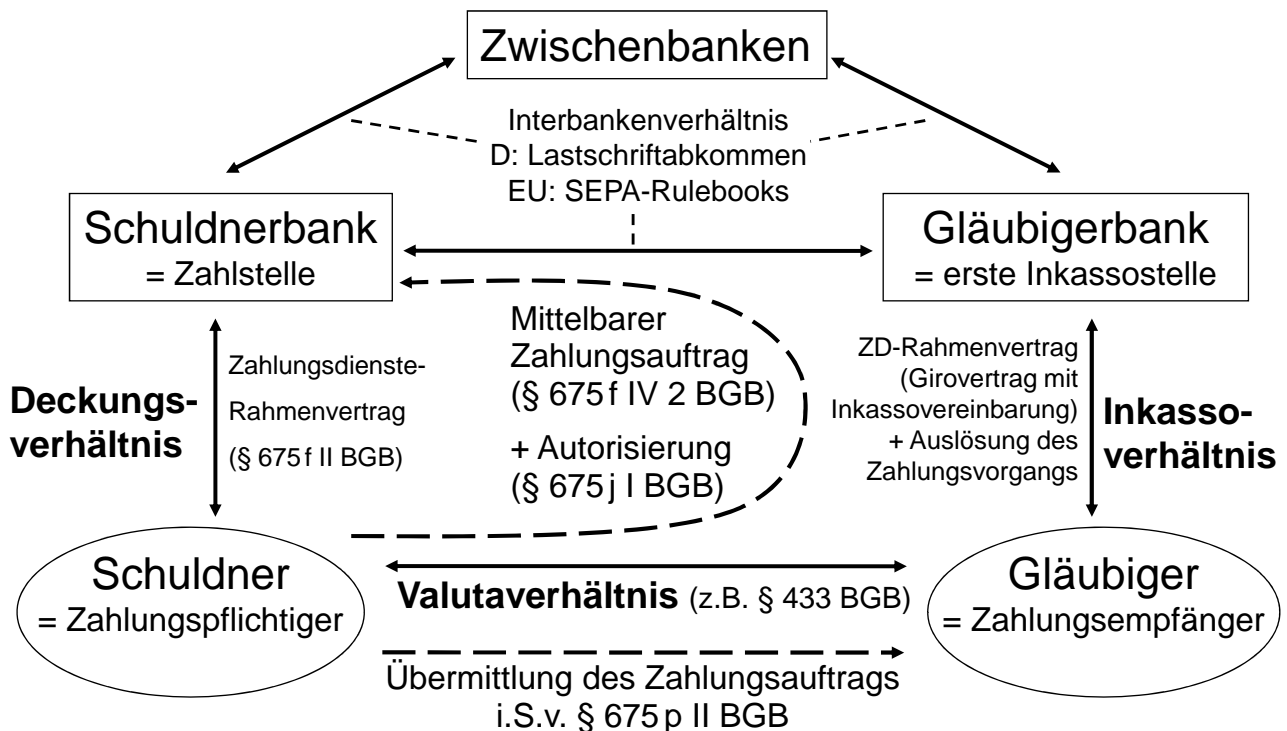
### Hinweise:

Das Urteil BGHZ 205, 378 = NJW 2015, 3093 betrifft nur den Fall des fehlenden Zahlungsauftrages. Bei vorhandenem Zahlungsauftrag, aber gestörtem Valutaverhältnis (Beispiel: Nichtigkeit des Vertrags zwischen Schuldner und Gläubiger wegen Anfechtung gemäß § 142 I BGB) erfolgt die Rückabwicklung weiterhin in jener Leistungsbeziehung.

⇒ Skizze Folie 99



1. Pull-Zahlung, nicht Push-Zahlung
2. Rechtsquellen:
  - §§ 675c ff. BGB
  - „Abkommen über die SEPA-Inlandslastschrift“ von 2013
    - Betrifft das Interbankenverhältnis in Deutschland für das SEPA-Basislastschriftverfahren und das SEPA-Firmenlastschriftverfahren, sofern die Lastschriften entsprechenden Inlandsbezug aufweisen
  - SEPA-Rulebooks + Implementation Guidelines
    - Regeln für das internationale Interbankenverhältnis  
⇒ [www.europeanpaymentscouncil.eu](http://www.europeanpaymentscouncil.eu)
3. Beteiligung von (mindestens) 4 Personen beim typischen (institutsübergreifenden) Lastschriftverfahren ⇒ b.w.



## 1. SEPA-Basislastschrift

- nach dem Zahlungsverkehrsrecht der gesetzliche Regelfall
- Zahlungsauftrag (§ 675 f IV 2 BGB) und darin liegende Autorisierung (§ 675 j I BGB) werden dem Zahlungsdienstleister des Schuldners (Zahlstelle) über den Gläubiger und dessen Bank (erste Inkassostelle) zugeleitet ⇒ Folie 101
  - Grundsatz der Unwiderruflichkeit (§ 675 j II i.V.m. § 675 p II BGB)
- Erstattungsanspruch des Kunden trotz Unwiderruflichkeit des Auftrags (§ 675 x II BGB); Grenze: 8-Wochen-Frist (§ 675 x IV BGB)
  - früher allein vertragliche Vereinbarung des Erstattungsanspruchs in den SEPA-AGB; seit 2018 gesetzlicher Anspruch
  - keine Angabe von Gründen für das Erstattungsverlangen erforderlich

### 2. 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)
- Zahlungsauftrag (§ 675 f IV 2 BGB) und darin liegende Autorisierung (§ 675 j I BGB) entsprechen dem SEPA-Basislastschriftverfahren
- Aber: zusätzliche Bestätigung unmittelbar gegenüber der Zahlstelle (Übermittlung der Daten aus dem SEPA-Firmenlastschrift-Mandat)

### 2. SEPA-Firmenlastschrift

- Widerruf der Zustimmung ebenso beschränkt wie der Widerruf des Zahlungsauftrags (§ 675j II i.V.m. § 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 vier Wochen vor Fälligkeitstermin
- Erfüllung im Valutaverhältnis mit der Einlösung auf dem Schuldnerkonto (vgl. BGH ZIP 2013, 324, 325 [Rn. 12] zum Abbuchungsauftragsverfahren)

### 3. Frühere nationale Einzugsermächtigung (2012-2016)

- Praxis nimmt die Anregung aus BGHZ 186, 269 (XI. Senat) auf
  - ⇒ Angleichung des bis 2012 betriebenen Lastschriftverfahrens an das SEPA-Basislastschriftverfahren per Lastschrift-AGB
- Problem des Verfahrens bis 2012: fehlende Insolvenzfestigkeit
  - **Genehmigungstheorie** (*Hadding*; BGH): Die zunächst unberechtigte Belastung des Schuldnerkontos durch die Zahlstelle wird erst mit der Genehmigung des Schuldners ( $\approx$  §§ 185 II, 684 S. 2 BGB) wirksam.
    - ⇒ AGB früher: Genehmigung 6 Wochen nach Rechnungsabschluss
      - Folge: bis zu 4 ½ Monate Unsicherheit für den Gläubiger
    - ⇒ Widerspruchsrecht des (vorläufigen) Insolvenzverwalters trotz berechtigter Forderungseinziehung (BGHZ 161, 49; 174, 84 – IX. Zivilsenat; a.A. BGHZ 177, 69 – XI. Zivilsenat)

- **Genehmigungstheorie** (Fortsetzung):
  - ⇒ Einigung: BGHZ 186, 242 (IX. Senat); BGHZ 186, 269 (XI. Senat):
    - Insolvenzfestigkeit bei Ausgestaltung analog dem SEPA-Basislastschriftverfahren (arg.: § 377 BGB analog)
    - ansonsten Widerruf beschränkt bei Zahlungen aus unpfändbarem Vermögen
  - ⇒ Lösung zur Verkürzung der Widerrufsmöglichkeit: vorherige konkludente Genehmigung
    - ❖ BGH ZIP 2011, 91 + 482: Herstellung von neuer Kontodeckung
    - ❖ BGH ZIP 2011, 1252: bei Verbraucher nur im Einzelfall + bei monatlichen Abbuchungen nach zwei Folgebuchungen
    - ❖ BGH ZIP 2012, 167: bei Unternehmer 14 Tage nach Zugang des Kontoauszugs (wiederkehrende Sozialversicherungsbeiträge)
    - ❖ Problem: Rechtsunsicherheit für Zahlstelle

### 3. Frühere nationale Einzugsermächtigung (2012-2016)

- Einzugsermächtigung wird uminterpretiert in Zahlungsanweisung des Schuldners an die Schuldnerbank, die mittelbar über den Gläubiger und dessen Bank erteilt wird ⇒ Grafik Folie 101
- Erstattungsanspruch des Kunden trotz Unwiderruflichkeit der Zahlungsanweisung für 8 Wochen ab Abbuchung (§ 675 x II, IV BGB)
- seit 1. Februar 2016 Einstellung des nationalen Einzugsermächtigungsverfahrens und komplette Umstellung auf SEPA-Basislastschriftverfahren

### 1. Lastschriftabrede zw. Gläubiger + Schuldner (in allen Arten des Lastschriftverfahrens)

- Ziff. 4.1. SEPA-Rulebook: SEPA-Mandat mit „signature“
  - Durchführung auch bei fehlender Schriftform i.S.d. § 126 BGB (z.B. Online-Handel; Kartenzahlung ohne Eingabe der PIN) und sogar bei Telefonkontakt (z.B. 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 zum Abbuchungsauftrag; für Unternehmer m.E. zw.; siehe auch die Abgrenzung bei BGH ZIP 2013, 324)
- Geldschuld verwandelt sich von qualifizierter Schickschuld in Holschuld  
⇒ kein Verzug des Schuldners bei unterlassener Einziehung durch den Gläubiger

## 2. Erfüllung mit Einlösung auf dem Schuldnerkonto ?

- beim SEPA-Firmenlastschriftverfahren ja ⇨ Folie 104 (vgl. auch BGH ZIP 2013, 324, 325 [Rn. 12])
- beim SEPA-Basislastschriftverfahren auflösend bedingt (BGHZ 186, 269)
  - ebenso beim Einzugsermächtigungsverfahren 2012-2016
- beim bis 2012 praktizierten Einzugsermächtigungsverfahren sehr str.
  - allenfalls auflösend bedingt durch den Widerspruch des Schuldners
  - noch enger BGHZ 161, 49, 54 f. = ZIP 2004, 2442, 2443 f.: Erfüllung erst mit Genehmigung; BGH ZIP 2013, 324, 325 (Rn. 12): Erfüllung erst, wenn der Schuldner dem Gläubiger durch den Widerspruch bei seiner Bank die Leistung nicht mehr entziehen kann

## 1. 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)

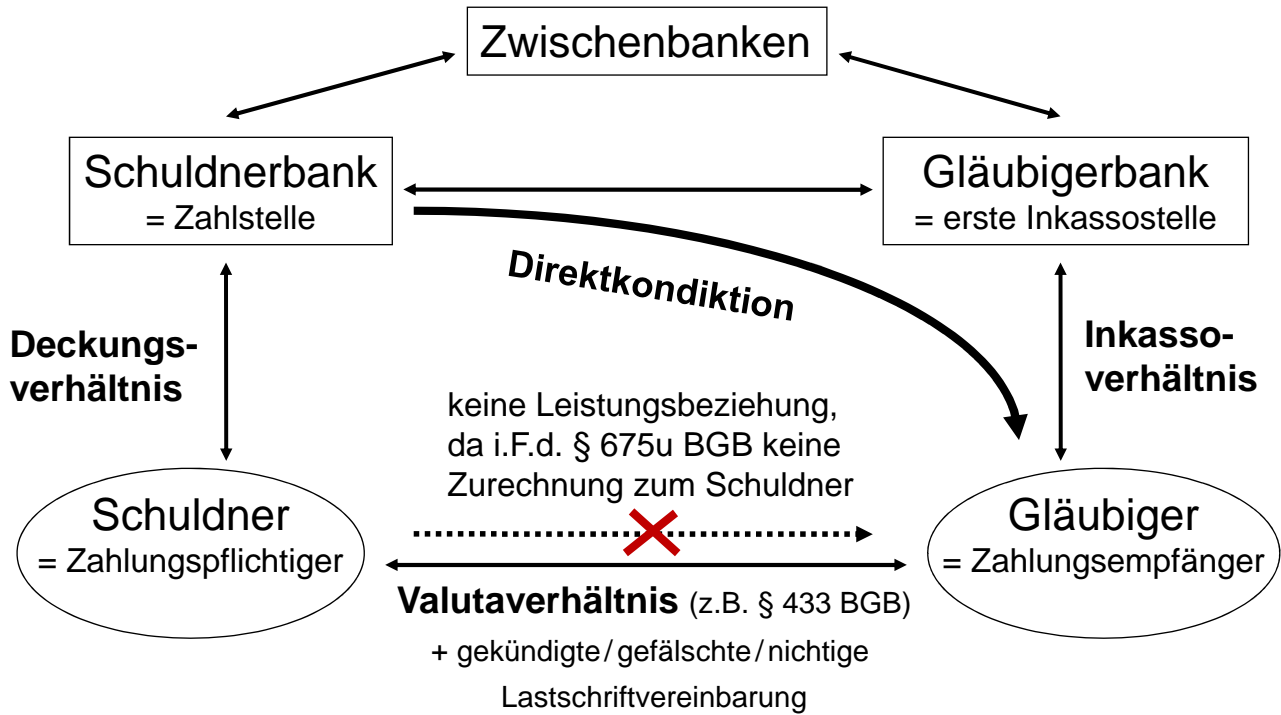
## 2. Ausfallrisiko des Gläubigers trägt die Inkassobank

- Konkretisierung der Pflichten aus dem Giroverhältnis der beteiligten Banken
- keine Rechtswirkungen zulasten des Schuldners/Gläubigers
  - BGHZ 144, 349 zum alten nationalen Lastschriftverfahren
- Schutzpflichten zugunsten des Gläubigers (VSD)?
  - (+) nach BGHZ 69, 82: Gläubiger setzt Lieferung an insolventen Schuldner fort, weil nicht eingelöste Lastschriften von der Zahlstelle verspätet zurückgegeben werden.
  - (-) nach BGHZ 176, 281 ⇒ Anschluss an die h.L.: Voraussetzungen des VSD nicht erfüllt; stattdessen Drittschadensliquidation (DSL)

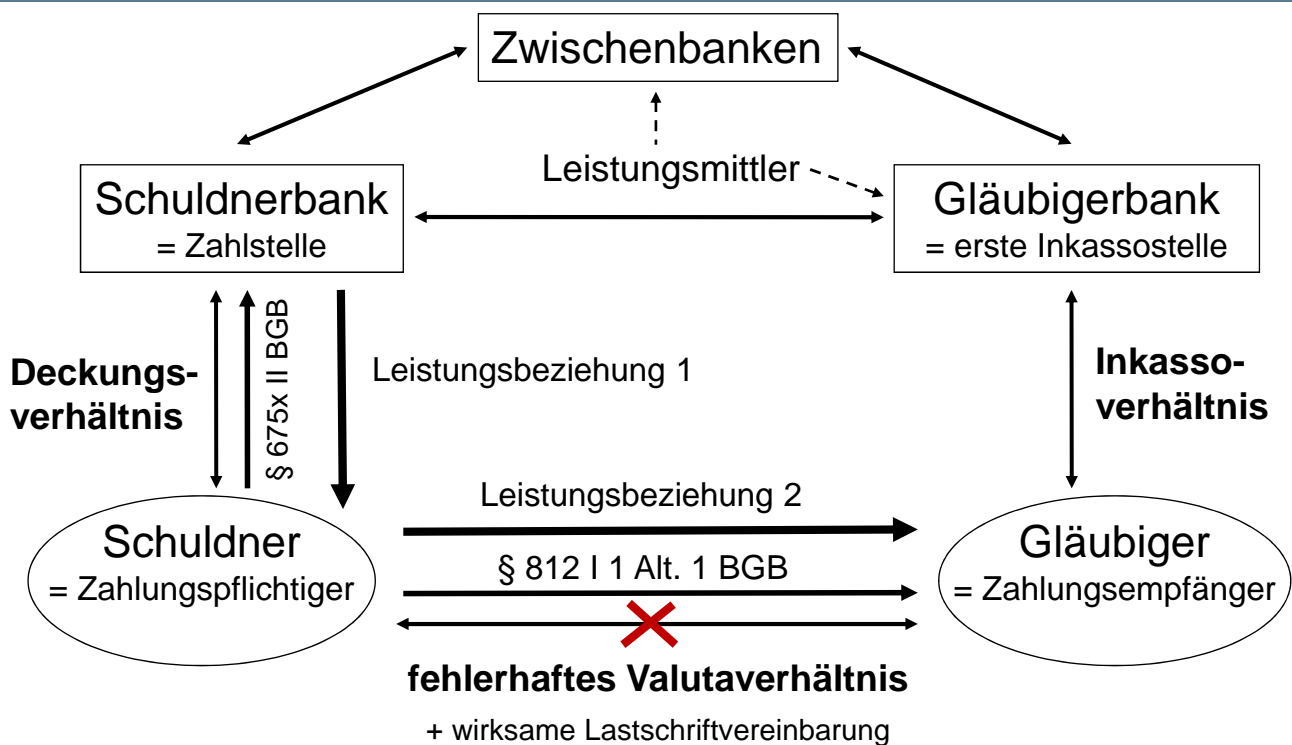
1. Anwendung der Grundsätze zum Bereicherungsausgleich in Fällen der Leistung kraft Anweisung (Dreipersonenverhältnisse) ⇒ s.o. Folien 93 ff.
2. **Früher:** Differenzierung zwischen altem und neuem Verfahren erforderlich wegen Relevanz einer (zurechenbaren) Weisung
  - ⇒ beim Einzugsermächtigungsverfahren vor 2012 fehlte auf der Basis der Genehmigungstheorie eine zurechenbare Anweisung vor Genehmigung des Schuldners ⇒ Durchgriff der Schuldnerbank ggü. dem Gläubiger gemäß § 812 I 1 Alt. 2 BGB
  - ⇒ bei SEPA-Basislastschrift und Einzugsermächtigungslastschrift 2012-2016 grundsätzlich Kondiktion übers Dreieck, da (generelle) Weisung des Kunden
3. **Seit BGHZ 205, 378 = NJW 2015, 3093:**
  - ⇒ generelle Direktkondiktion bei fehlendem Zahlungsauftrag des Schuldners und daraus folgendem Erstattungsanspruch aus § 675u BGB ⇒ Folie 113
  - ⇒ bei vorhandenem Zahlungsauftrag Kondiktion S → G und zusätzlich vertraglicher Erstattungsanspruch aus § 675x II BGB S → Bank ⇒ Folie 114



## Bereicherungsausgleich beim Lastschriftverfahren bei fehlendem Auftrag



## Bereicherungsausgleich beim Lastschriftverfahren bei Zahlungsauftrag

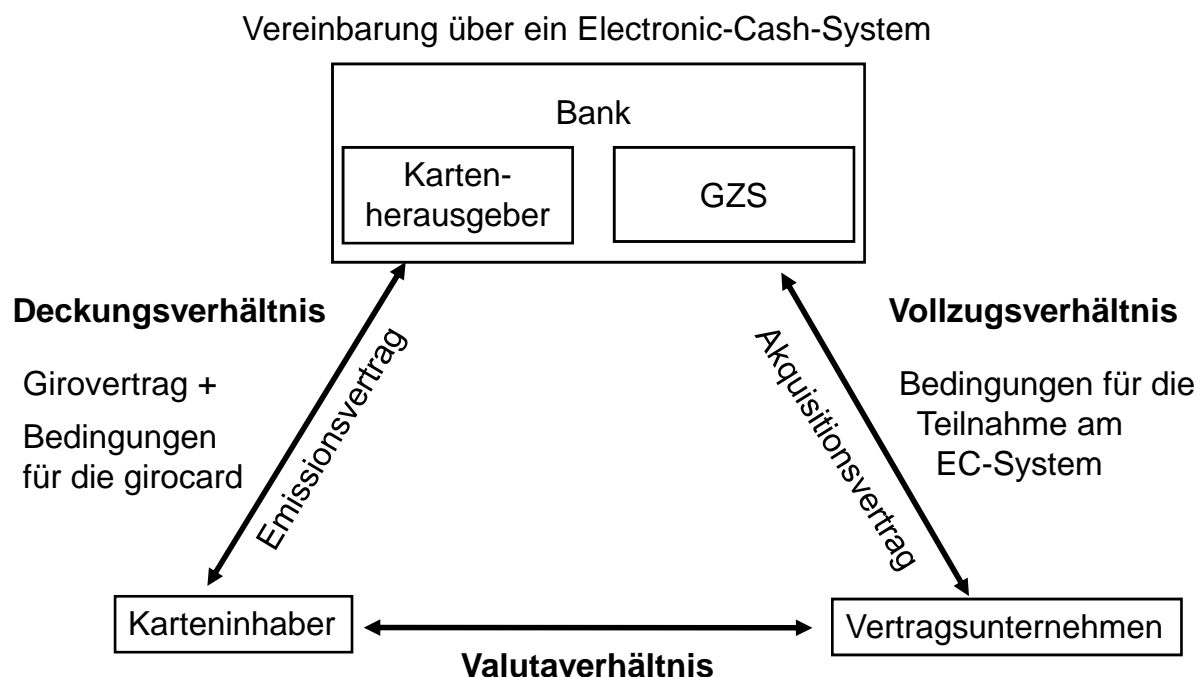


## 1. Historie: betragsmäßig beschränkte Zahlungsgarantie bei Zahlung mit EC-Scheck unter Vorlage der EC-Karte

- Scheckzahlung heute selten
- garantierter EC-Scheck seit 2002 abgeschafft
- EC-Karte = Zahlungskarte (Maestro-Card); ec = electronic cash
- mit SEPA Bezeichnung auf „girocard“ umgestellt

## 2. 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



## 1. Rechtsverhältnis Bank – Vertragsunternehmen (VU)

- Akzeptanzverpflichtung (wie Bargeld) = Vertrag zugunsten des Karteninhabers (§ 328 BGB)
- Verpflichtung der Bank zur Erfüllung der Forderung des VU gegen den Karteninhaber
  - h.M.: abstraktes Schuldversprechen
  - a.A.: Garantie = die Bank garantiert die Ausführung der Kundenweisung (≈ früherer EC-Scheck ⇒ primäre Zahlung der Bank, aber dennoch subsidiäre eigene Verpflichtung; vgl. zur Kreditkarte *Bitter*, ZBB 1996, 104, 118 f.)
    - ⇒ Problem: Vereinbarkeit der Garantie mit § 364 I BGB (oben Folie 61)?
- 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)

## 2. Rechtsverhältnis Bank – Karteninhaber

- Girovertrag als Grundverhältnis
- 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 (i.E. unverändert)
  - 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

## 1. 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
- ggf. Abfrage in händlereigener Sperrdatei; z.B. im KUNO-System
- durch POZ-Verfahren zunächst weitgehend abgelöst; Wiederbelebung seit Abschaffung des POZ-Verfahrens Ende 2006
- seit 1.2.2016 Umstellung auf SEPA-Basislastschriftverfahren („Elektronische Lastschrift“)

## 2. Pflicht zur Herausgabe von Kundendaten bei Widerspruch und Nichteinlösung?

- LG Wuppertal WM 1998, 122 (–), da Bedingungen über das (bis 2006 existierende) POZ-System unanwendbar

## 1. Abhebung am GAA der eigenen Bank

- Realisierung des Auszahlungsanspruchs aus dem Girovertrag

## 2. 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

### 1. Nicht autorisierte Zahlungsvorgänge (§ 675u BGB)

- generell kein Aufwendungsersatzanspruch des Zahlungsdienstleisters
  - Rückerstattungspflicht bei Belastung (§ 675u S. 2 BGB)
  - Beweislast beim Zahlungsdienstleister (§ 675w BGB)

### 2. Pauschale Autorisierung (§ 675x I BGB)

- Autorisierung ohne Betragsnennung im Einzelfall (Satz 1 Nr. 1)
  - bei Debitkarten eher selten, bei Kreditkarte (Folien 127 ff.) öfter
- Belastung mit unerwartbar hohem Zahlungsbetrag
  - sehr offener Tatbestand (Satz 1 Nr. 2)
  - Darlegung durch Zahler erforderlich (Satz 2)
- Rechtsfolge: Erstattungsanspruch des Zahlers

### 3. Nicht erfolgte oder fehlerhafte Ausführung (§ 675y II BGB)

- Anspruch des Zahlungsempfängers auf erneute Übermittlung
- ggf. Erstattungsanspruch des Zahlers

### 4. Verspätete Ausführung bei vom oder über den Zahlungsempfänger ausgelösten Zahlungsaufträgen, z.B. Lastschriften, EC- und Kreditkartenzahlungen (§ 675y IV BGB)

- Grundsatz: valutagerechte Gutschrift durch die Empfängerbank (Satz 1 und 4) ⇒ zur Überweisung Folien 75 + 81
- Ausnahme: rechtzeitige Absendung an Zahlerbank, die nicht nachweisen kann, dass der Betrag lediglich verspätet bei der Empfängerbank eingegangen ist ⇒ Erstattungsanspruch des Zahlers (Satz 2 und 3)

## 5. Verschuldensabhängige Haftung (§ 675z BGB)

- siehe oben beim Überweisungsrecht ⇒ Folien 81 f.

## 6. Anzeigepflicht + Anspruchsausschluss

- Anzeigepflicht des Zahlungsdienstnutzers gegenüber seinem Zahlungsdienstleister nach Feststellung von nicht autorisierten oder fehlerhaften Zahlungsvorgängen (§ 676b I BGB)
- genereller Anspruchsausschluss 13 Monate nach Belastungstag (§ 676b II BGB)

## 7. Missbräuchliche Nutzung von Zahlungsinstrumenten

- beiderseitige Verhaltenspflichten (§§ 675 I, m BGB)
- 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)

## 7. Missbräuchliche Nutzung von Zahlungsinstrumenten

- volle Haftung des Zahlers nach § 675v III BGB in zwei Fällen:
  - betrügerische Absicht (Nr. 1)
    - ❖ keine Möglichkeit des Haftungsausschlusses (§ 675v IV 2 BGB)
  - mindestens grob fahrlässige Pflichtverletzung (Nr. 2)
    - ❖ Ausschluss der vollen Haftung (§ 675v IV BGB):
      - starke Kundenauthentifizierung (§ 1 Abs. 24 ZAG) nicht verlangt (Nr. 1) oder vom Empfänger(institut) nicht akzeptiert (Nr. 2)
- gar keine Haftung nach § 675v I und III BGB für unautorisierte Verwendung nach einer Verlustanzeige (§ 675v V BGB)
  - Ausnahme: betrügerische Absicht

## 8. Beweisführung (§ 675w BGB)

- Mindestanforderungen in § 675w S. 1 BGB geregelt
- BGH ZIP 2012, 217 zum Anscheinsbeweis bei Bargeldabhebung mit (Original-)Kreditkarte 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 europäischen Gesetzgeber; Klarstellung bedingt durch falsches Verständnis des europäischen Gesetzgebers von der deutschen Rspr. zum Anscheinsbeweis

## 1. Geldkarte = „elektronische Geldbörse“

(Chip auf Bank- oder Kundenkarte)

- Vorabzahlung des Kunden (⇔ Lastschrift)

## 2. 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

## 3. Bezahlvorgang

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

## 4. Legitimationswirkung

- Karteninhaber ist zur Verfügung über das BVR berechtigt (ähnlich wie i.F.d. § 808 BGB)
- Ausnahmeregelung in § 675i BGB für Kleinbetragsinstrumente mit Ausgabenobergrenze von 150 bzw. 200 Euro oder Zahlungsobergrenze von 30 Euro

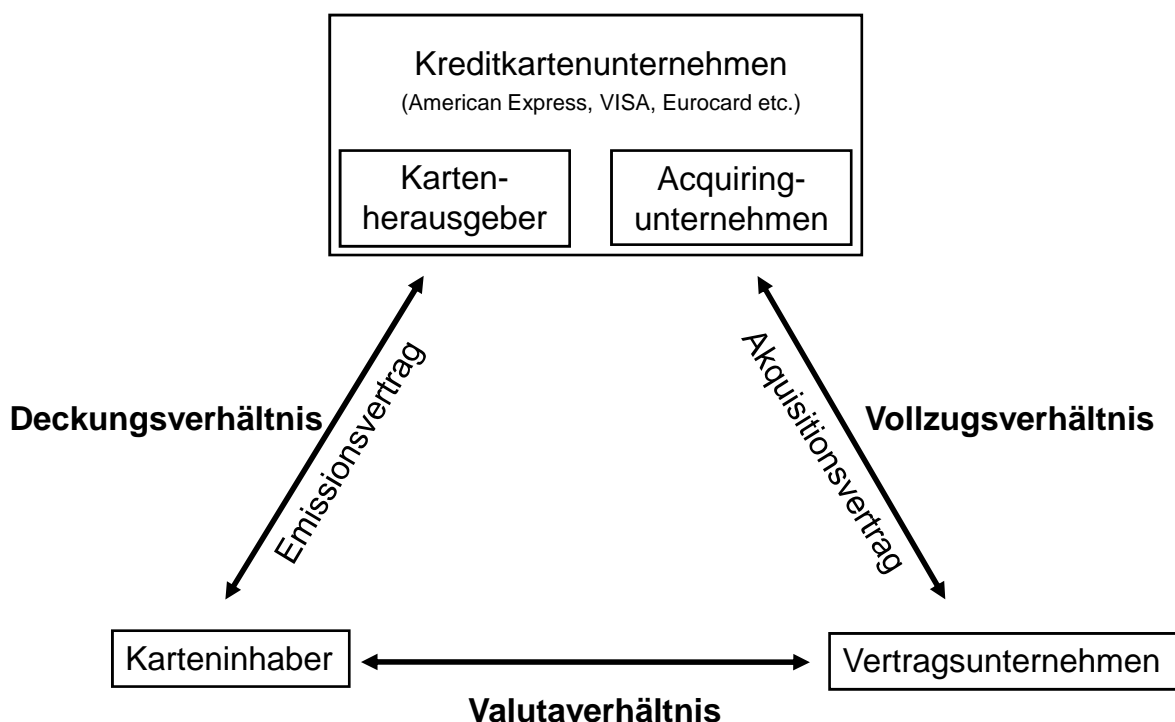


Der Karteninhaber bittet darum, eine Belastungsbuchung auf seinem Kreditkartenkonto rückgängig zu machen,

- mit der Behauptung, die Bestellung nicht getätigt zu haben,
- mit der Behauptung, die Bestellung zwar getätigt, die bestellte Ware oder Dienstleistung jedoch nicht oder mangelhaft erhalten zu haben,
- ohne Angabe von Gründen.

Frage 1: Ist die Bank zur Gutschrift verpflichtet?

Frage 2: Kann die Bank den Betrag ggf. beim Vertragsunternehmen zurückfordern?



- herkömmliches Verfahren (typisch beim Präsenzg Geschäft)
  - Karteninhaber unterzeichnet einen Belastungsbeleg oder gibt seine PIN ein
  - Ware oder Dienstleistung wird i.d.R. Zug um Zug gegen „Kartenzahlung“ erbracht
  - Vertragsunternehmen ist zur Akzeptanz der Karte zu Barzahlungsbedingungen verpflichtet (Preisauflagsverbot, vgl. Folien 146 ff.) ⇒ VzD
- Telefon- und Mailorderverfahren (typisch beim Distanzgeschäft)
  - Karteninhaber bestellt per Telefon, App, E-Mail oder im Internet
  - Belastungsbeleg wird vom Vertragsunternehmen ohne Unterschrift des Karteninhabers ausgefertigt
  - Vertragsunternehmen ist zumeist nicht zur Akzeptanz der Karte verpflichtet

⇒ teilweise widersprüchliche Vertragsgestaltungen

### 1. **Deckungsverhältnis:** Karteninhaber/Kreditkartenunternehmen

- Unwiderruflichkeit der Kundenweisung (= Autorisierung) + Einwendungsausschluss

### 2. **Vollzugsverhältnis:** Kreditkarten-/Vertragsunternehmen

- oftmals Vereinbarung eines mehr oder weniger weit reichenden Rückbelastungsrechts des Kreditkartenunternehmens bei Widerspruch / Einwendungen des Karteninhabers

### Problem im neuen Zahlungsverkehrsrecht:

#### Unwiderruflichkeit von Zahlungsauftrag + Zustimmung (Autorisierung)

- Pauschale Regelung für alle Zahlungsaufträge (Präsenz- und Distanzgeschäft) in §§ 675j II, 675p II BGB
  - ⇒ Kreditkartennutzer hat kein Widerrufsrecht / keinen Erstattungsanspruch, auch wenn der Vertragshändler keinen unbedingten Zahlungsanspruch gegen den Kreditkartenherausgeber hat ⇒ Widerspruch zum allgemeinen Auftragsrecht: dort Widerruf nur bei irreversiblen Dispositionen des *Beauftragten* ausgeschlossen
  - ⇒ der ehrliche Kreditkartennutzer wird bestraft: nur wer seinen Auftrag ganz bestreitet, erhält sein Geld zurück, weil der Kartenherausgeber die Autorisierung nicht beweisen kann
  - ⇒ Hinweis: Widerrufsrecht im Valutaverhältnis aus § 312g BGB wird von der Unwiderruflichkeit des Zahlungsauftrags (§ 675p BGB) nicht berührt

### Problem im neuen Zahlungsverkehrsrecht:

#### Unwiderruflichkeit von Zahlungsauftrag + Zustimmung (Autorisierung)

- Rückerstattungsregel in § 675x II BGB
  - ⇒ jedenfalls seit 2018 nur noch auf SEPA-Lastschriften anwendbar
    - früher streitig; Kreditkartenherausgeber gaben jedoch ohnehin – anders als die Banken bei Lastschriften – kein Erstattungsrecht
  - ⇒ willkürliche Ungleichbehandlung im Telefon- und Mailorderverfahren:
    - kein Rückbuchungsrecht des Kunden bei Angabe der Kreditkartennummer
    - Rückbuchungsrecht bei Angabe der Girokontonummer (SEPA-Basislastschriftverfahren)
  - ⇒ siehe zur Rechtslage vor 2018 *Bitter*, WM 2010, 1773 ff.

### 1. Fehlende Weisung des Karteninhabers

- kein Aufwendungsersatzanspruch des Kreditkartenunternehmens aus §§ 675, 670 BGB gegen den Karteninhaber
  - ⇒ Klarstellung durch § 675u BGB (früher § 676h BGB a.F.)
- Beweislast des Kreditkartenunternehmens für die Kundenweisung (Unterschrift des Karteninhabers) ⇒ jetzt § 675w BGB ⇒ Folie 126

### 2. SchE-Anspruch Kreditkartenunternehmen → Karteninhaber

- bei Einsatz von Kreditkarte mit PIN ⇒ § 675v BGB ⇒ Folie 124 f.
- bei Einsatz der Kreditkarte mit (gefälschter) Unterschrift Anwendbarkeit des § 675v BGB fraglich (Beruhen des Zahlungsvorgangs auf der Nutzung der Karte oder auf der Unterschrift?)
  - Haftung des Karteninhabers i.d.R. ohnehin nach § 675v II BGB oder jedenfalls nach § 675v IV BGB ausgeschlossen

### 3. 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.
  - Die Zug-um-Zug-Abwicklung gilt auch in der Rückabwicklung.
  - Ein Rückbelastungsrecht gegenüber dem Vertragsunternehmen würde dieses mit dem Vorleistungsrisiko belasten.
- Folgen für die rechtliche Einordnung: Das Kreditkartenunternehmen „garantiert“ dem Vertragsunternehmen die Zahlung (rechtliche Konstruktion str. ⇒ Folie 137)

### 3. Verhältnis Kreditkarten- und Vertragsunternehmen

- überholt: BGH WM 1990, 1059: Forderungskauf
- BGHZ 150, 286 = WM 2002, 1120 und BGHZ 157, 256 = WM 2004, 426: Abstraktes Schuldversprechen
- a.A.: Garantie (beim Präsenzgeschäft); *Bitter*, ZBB 1996, 104, 118 f.
  - Zahlungspflicht des Kreditkartenunternehmens ist nicht abstrakt, sondern Teil des Akquisitionsvertrags (Disagio = Gegenleistung)
  - Vergleich zum früheren EC-Scheck mit Zahlungsgarantie: subsidiäre Zahlungspflicht für den Fall fehlender Deckung des Kundenkontos
  - Problem: Vereinbarkeit der Garantie mit § 364 I BGB (oben Folie 61)?

### 1. Fehlende Weisung des Karteninhabers

- Klarstellung durch § 676u BGB ⇒ kein Aufwendungsersatzanspruch des Kreditkartenunternehmens aus §§ 675c, 670 BGB gegen den Karteninhaber (s.o. Folie 135)
- Kundenweisung schwer beweisbar mangels Unterschrift

### 2. SchE-Anspruch Kreditkartenunternehmen → Karteninhaber

- bisher § 675v BGB a.F. unanwendbar; keine Nutzung eines Zahlungsinstruments (str.)
- § 675v BGB n.F. anwendbar, wenn starke Kundenauthentifizierung verwendet wird gemäß Abs. 4 (3-D Secure Verfahren wie Verified by VISA); bei fehlender starker Kundenauthentifizierung dürfte § 280 BGB auch für nicht unter § 675z BGB fallende Schäden (Folie 82) unanwendbar sein

### 3. 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“)

### 3. Verhältnis Kreditkarten- und Vertragsunternehmen

- BGHZ 157, 256: Verhaltens- und Kontrollpflichten im Kreditkartenverfahren
  - Das Kreditkartenunternehmen hat die Übereinstimmung von Besteller und Karteninhaber vor der Auszahlung an das Vertragsunternehmen zu überprüfen.
  - Das Vertragsunternehmen darf „verdächtige Bestellungen“ nicht ausführen.
  - Die Pflichtverletzung begründet jeweils einen Anspruch aus PVV.
  - BGH WM 2004, 1130 und BGH WM 2005, 1601: Die Pflicht zur Identitätsprüfung von Besteller und Karteninhaber besteht auch bei Abrechnung mit POS-Terminals
- kritisch *Bitter*, ZBB 2007, 237, 244 ff. ⇔ b.w.

## 3. Verhältnis Kreditkarten- und Vertragsunternehmen

- Eigene Ansicht zur richtigen Risikoverteilung im Distanzgeschäft:
  - keine Zug-um-Zug-Abwicklung ⇒ Vorleistung einer Seite erforderlich
  - Karteninhaber kann Leistung des Vertragsunternehmens nicht prüfen  
⇒ i.d.R. fehlende Bereitschaft zur Vorleistung
  - Vertragsunternehmen übernimmt – wie beim Einzugsermächtigungsverfahren – oftmals freiwillig das Vorleistungsrisiko zur Erhöhung der Absatzchancen
  - i.d.R. keine Bargeldersatzfunktion der Kreditkarte im Distanzgeschäft
  - „Zwangsversicherung“ von Vertragsunternehmen ist unerwünscht
  - Schadensteilung setzt falsche Anreize zur Schadensvermeidung

## Hinweis: Folien 142-150 sind nicht Gegenstand der mündlichen Prüfung

- **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 (Zahlungsempfänger) 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 Abrechnungsmonats dem Karteninhaber → 100 €

- **Verordnung (EU) 2015/751 vom 29. April 2015 über Interbankenentgelte für kartengebundene Zahlungsvorgänge**
- **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)
  - ❖ Folge: millionenfache Kündigungen bestehender Kreditkarten-Verträge



- **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 Interbankenentgelte-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 (Folie 149); zudem ist § 270a BGB zu beachten (Aufschlagsverbot)

- **Gesetzliche Obergrenze nur gegenüber Verbrauchern (§ 312a IV BGB, Art. 19 VR-RL)**
  - ❖ Händler muss gängige und zumutbare unentgeltliche Zahlungsmöglichkeit anbieten (Folien 147 f.)
    - zuvor schon BGHZ 185, 359 = NJW 2010, 2719: Beschränkung der kostenlosen Zahlungsmöglichkeit auf ungebräuchliche Zahlungsmittel in AGB unwirksam
    - Entgelt für den Empfang der geschuldeten Leistung (Zahlung) widerspricht wesentlichem Grundgedanken des Gesetzes (§ 307 II Nr. 1 BGB) und benachteiligt deshalb den Kunden unangemessen (§ 307 I BGB)
  - ❖ vereinbartes Entgelt darf nicht über die Kosten hinausgehen, die dem Unternehmer durch die Nutzung des Zahlungsmittels entstehen
    - „Kosten“ sind nur die Transaktionskosten durch die einzelne „Nutzung“, nicht auch die Vorhaltekosten (*Omlor*, NJW 2014, 1703, 1705 f.)

- **Gängige und zumutbare Zahlungsmöglichkeiten (1/2)**
  - ❖ **Überweisung, Lastschrift (+)**  
auch wenn im Fernabsatz eine Barzahlung ausgeschlossen wird (BGHZ 185, 359 = NJW 2010, 2719 [Rn. 33] zu § 307 BGB)
  - ❖ **Zahlungsauslösedienste (z.B. Sofortüberweisung) (+)**  
Weitergabe der Login-Daten an Dritte nicht prinzipiell unzumutbar; Verfahren müssen Kunden gemäß ZDRL II prinzipiell nutzen dürfen (richtig OLG Frankfurt K&R 2017, 135; a.A. aber BGH NJW 2017, 3289; ebenso schon Eingangsinstanz LG Frankfurt, WM 2015, 1909)  
Hinweis: unstreitig ist die Zahlung mit „paydirekt“ der Banken und Sparkassen, da kein Zahlungsauslösedienst
  - ❖ **Visa Entropay (-)**  
kein gängiges Zahlungsinstrument (LG Hamburg, WRP 2015, 1544)

- **Gängige und zumutbare Zahlungsmöglichkeiten (2/2)**
  - ❖ **Visa Electron (-)**  
kein gängiges Zahlungsinstrument (BGHZ 185, 359 [Rn. 45]), vorheriges Aufladen unzumutbar (OLG Dresden, K&R 2015, 262)  
→ zweifelhaft, ob außer dem Beschaffen der kaum verbreiteten Karte auch das Aufladen unzumutbar ist: Notwendigkeit, für Deckung zu sorgen, besteht auch bei allen anderen Zahlungsinstrumenten
  - ❖ **MasterCard, emittiert von einem Internet-Reiseportal (-)**  
kein gängiges Zahlungsinstrument, Abschluss eines gesonderten Kreditkartenvertrags unzumutbar, unabhängig von der Jahresgebühr (OLG Dresden, K&R 2015, 262)  
→ übertragbar auf andere Kreditkarten eines einzelnen Emittenten

- **Surcharge-Verbot im Vertrag zwischen Acquirer und Händler?**
  - ❖ Europarechtlich darf der Acquirer dem Händler nicht verwehren, vom Zahler für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments ein Entgelt zu verlangen oder ihm eine Ermäßigung anzubieten (Art. 52 III 1 ZDRL)
  - ❖ Beschränkung des Rechts zur Entgelterhebung ist den Mitgliedstaaten nur zu dem Zweck erlaubt, den Wettbewerb und die Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente zu fördern (Art. 52 III 2 ZDRL)
  - ❖ § 675f VI BGB verbietet nur den vertraglichen Ausschluss von *Ermäßigungen* für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumente
    - Entscheidung des deutschen Gesetzgebers zugunsten der Vertragsfreiheit zwischen Acquirer und Händler

- **Seit 13.1.2018: Begrenzungen von Nutzungsentgelten**  
nach Umsetzung der Richtlinie (EU) 2015/2366 vom 25. 11. 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (ZDRL II)
  - ❖ Entgelte dürfen nicht höher sein als die direkten Kosten, die dem Zahlungsempfänger für die Nutzung des betreffenden Zahlungsinstruments entstehen (Art. 62 III 2 ZDRL II)
    - betrifft nicht nur Verbraucher
    - Klarstellung, dass nur „direkte“ Transaktionskosten gemeint sind
  - ❖ kein Entgelt für die Nutzung von Zahlungsinstrumenten, die von Kapitel II der Interbankenentgelte-VO geregelt werden (Art. 62 IV ZDRL II ⇒ § 270a BGB)
    - Verbraucher-Kreditkarten im Vier-Parteien-System (Folie 144)
    - Händlerentgelt kann an Verbraucher nicht mehr durchgereicht werden, selbst wenn eine zumutbare kostenlose Zahlungsmöglichkeit besteht

## 1. Emissionsvertrag + Verbraucherkredit ?

- Zahlungsziel bei Kreditkarten von i.d.R. 1 Monat  
≠ Zahlungsaufschub i.S.v. § 506 BGB (früher: § 499 BGB)
  - keine 3 Monate Zahlungsaufschub (§ 491 II Nr. 3 BGB)
  - keine Entgeltlichkeit für Karteninhaber
- Verbraucherkredit denkbar, wenn nach einem Monat nicht bezahlt wird  
⇒ Überführung in ein Kreditverhältnis

## 2. Verbundenes Geschäft (§ 358 BGB) ?

- wirtschaftliche Einheit i.S.v. § 358 III BGB fehlt zwischen Darlehensvertrag und finanziertem Geschäft

1. Begriff von lat. *credere* = vertrauen
2. Aufsichtsrechtliche Legaldefinition des Kreditgeschäfts in § 1 I 2 Nr. 2 KWG: „Gewährung von Gelddarlehen und Akzeptkrediten“
3. Frühere Legaldefinition in § 1 II VerbrKrG: Kreditvertrag = Oberbegriff für Darlehen, Zahlungsaufschub und sonstige Finanzierungshilfe
4. Seit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
  - Gelddarlehen (§§ 488 ff. BGB) und Sachdarlehen (§§ 607 ff. BGB)
5. Sonderform: Verbraucherdarlehen (§§ 491 ff. BGB)
6. Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie (seit 11.6.2010)
  - Eingeräumte Überziehungsmöglichkeit (§ 504 BGB) und geduldete Überziehung (§ 505 BGB)

## 7. Zwei Grundformen des Kredits

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

## 8. Risikoverteilung

- keine Zug-um-Zug-Abwicklung ⇒ Vorleistungsrisiko der Bank

### § 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 + Belassung der Valuta = Erfüllung des Darlehensvertrags durch Kreditgeber
- Verschaffung von Buchgeld ist ausreichend (⇔ Übereignung)
- Synallagma: Kapitalüberlassung + Zinszahlung; nicht: Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens (§ 488 I 2 BGB)

- 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
    - ebenso BGH ZIP 2017, 67 für Darlehensgebühr bei Bauspardarlehen
    - ebenso BGH ZIP 2017, 73 für pauschales laufzeitunabhängiges Mindestentgelt bei geduldeter Kontoüberziehung
    - ebenso BGH ZIP 2017, 1313 (Rn. 28, 36) für Kontogebühr in der Darlehensphase des Bausparvertrags
  - ❖ BGHZ 203, 115 = ZIP 2014, 2334 zur Verjährung für Rückforderung unzulässig erhobener Entgelte

- ❖ *Bitter*, JZ 2015, 170 ff. m.w.N.
  - Aufspaltung in Einmalentgelt und laufzeitabhängiges Entgelt entspricht der zugrunde liegenden Kostenstruktur und verhindert Quersubventionierungen der kurzfristig kündigenden durch die langfristig am Vertrag festhaltenden Kreditnehmer
  - kein Aufschub des Verjährungsbeginns wegen unklarer/klarer Rechtslage
- ❖ 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 (BGH ZIP 2017, 1610, für BGHZ vorgesehen; 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])

- Anerkennung laufzeitunabhängiger Bearbeitungs- oder Abschlussgebühren neben dem laufenden Darlehenszins im Ausnahmefall auch durch den BGH:
  - ❖ BGHZ 187, 360 = ZIP 2011, 263 für Abschlussgebühr bei Bauspardarlehen
  - ❖ BGH ZIP 2016, 810 für laufzeitunabhängiges Entgelt in einem besonders günstigen KfW-Förderdarlehen (Gesamtabwägung)
    - Aber Achtung: Unwirksamkeit nach § 307 BGB sowie Nichtigkeit nach § 134 BGB bei Anwendbarkeit der §§ 500 II, 502 BGB (BGH ZIP 2016, 814); insoweit zutreffende Argumentation des BGH, beruhend auf einer rechtspolitisch falschen Entscheidung des Gesetzgebers zur Begrenzung der Vorfälligkeitsentschädigung unter den zur Kostendeckung der Kreditinstitute erforderlichen Betrag

Hinweis: Weitere Details finden sich beim Vortrag auf der BuB-Tagung am 23.11.2017 in Köln.

### 1. Anfechtung durch die Bank

- Täuschung über Kreditwürdigkeit oder Werthaltigkeit von Sicherheiten

### 2. Anfechtung durch den Kreditnehmer

- Offenbarungspflicht der Bank hinsichtlich des finanzierten Geschäfts nur im Ausnahmefall
  - ggf. auch Anspruch aus c.i.c. (s.u. Folien 199 ff.)
- Problem: Vermittler als Dritter i.S.v. § 123 II BGB
  - (+) echte Kreditmakler
  - (-) Verhandlungsgehilfe und -führer / „Repräsentant“ der Bank
  - (-) Vermittler bei verbundenem Geschäft (s.u. Folie 198)

1. Wuchertatbestand des § 138 II BGB verdrängt nicht den Rückgriff auf § 138 I BGB
  - ⇒ Praxis: i.d.R. Rückgriff auf § 138 I BGB ⇒ Vorlesung BGB AT
2. Objektive Komponente: auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung
  - effektiver Vertragszins übersteigt den marktüblichen Effektivzins relativ um 100 % oder absolut um 12 % (Richtwerte)
  - BGH ZIP 2012, 67: Restschuldversicherungskosten nicht zu berücksichtigen
3. Subjektive Komponente: Bank nutzt die schwächere Lage des Kreditnehmers bewusst aus oder verschließt sich leichtfertig der Erkenntnis, dass dieser sich nur aufgrund der schwächeren Lage auf die drückende Belastung einlässt
  - bei Verbraucher: tatsächliche Vermutung aus objektiver Komponente

1. Festzins im Vertrag: Anpassung nach Auslaufen der Zinsfestschreibung = neue Vereinbarung
2. Variabler Zins im Vertrag
  - a) Zinsgleitklausel: Bindung an Referenzgröße (z.B. EURIBOR oder Basiszins + x)
    - Bestimmtheit + Verfügbarkeit der Referenzgröße (§ 492 VII BGB n.F.)
  - b) Zinsanpassungsklausel (Änderung der Refinanzierungskosten)
    - Ermächtigung an die Bank, den Zins nach billigem Ermessen anzupassen (§ 315 BGB)
      - (1) Kontrollfähigkeit der Klausel (§ 307 III BGB)
        - ❖ EuGH WM 2016, 14 zu Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 93/13/EWG
      - (2) Inhaltskontrolle: b.w.



(2) Inhaltskontrolle:

- auch in AGB vereinbar, wenn **Anpassungssymmetrie** besteht
  - Anlass, aus dem das Bestimmungsrecht entsteht, sowie Richtlinien und Grenzen seiner Ausübung sind im Vertrag anzugeben ⇨ Transparenz
  - Ergänzende Vertragsauslegung bei unwirksamer Klausel (BGHZ 185, 166 = ZIP 2010, 1023; BGH ZIP 2011, 317)
- Problem: Zinsanpassung nach Basel II  
(*Kersting*, ZIP 2007, 56; *Linden*, WM 2008, 195)

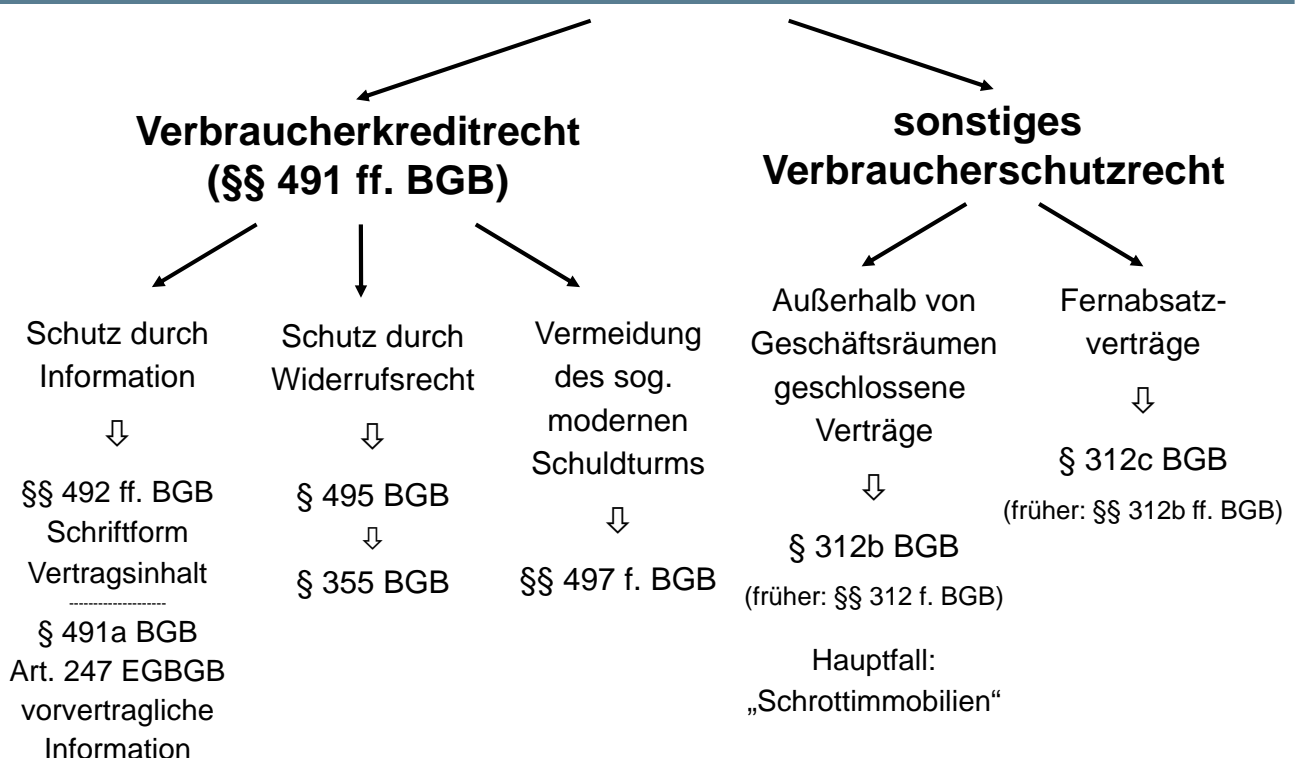
1. Fälligkeitskündigung bei Darlehen auf unbestimmte Zeit (§ 488 III BGB): 3-Monats-Frist
2. Ordentliches Kündigungsrecht des Darlehensnehmers (§ 489 BGB)
  - Abs. 1: Darlehen mit gebundenem Sollzins: zum Auslaufen der Zinsbindung und jedenfalls nach 10 Jahren
    - ❖ BGH, 21.2.2017 – XI ZR 185/16 und XI ZR 272/16: Kündigungsrecht gilt auch für eine Bausparkasse in der Ansparphase (= Darlehen des Bausparers an die Bausparkasse)
  - Abs. 2: Darlehen mit veränderlichem Zins: 3-Monats-Frist

### 3. Außerordentliches Kündigungsrecht (§ 490 I BGB)

- Abs. 1 für Darlehensgeber: Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Darlehensnehmers oder der Werthaltigkeit einer Sicherheit
- Abs. 2 für Darlehensnehmer: berechtigtes Interesse, insbes. an der anderweitigen Verwertung einer beliebigen Sache

### 4. §§ 313, 314 BGB

5. Siehe auch Nr. 18 + 19 AGB Banken ⇒ Folien 40 f.



## 1. Anwendungsbereich gemäß § 312 BGB

- Verbrauchervertrag i.S.v. § 310 III BGB, der eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand hat
  - Existenzgründer ≠ Verbraucher (BGHZ 162, 253)
    - Wortlaut des § 13 BGB: Zweckrichtung entscheidend
    - Gründer begibt sich bewusst in den unternehmerischen Verkehr
    - Umkehrschluss aus § 512 BGB
  - Aber: Verbraucher bei Vorbereitung der Existenzgründung (BGH ZIP 2008, 27)
  - Anwendbarkeit auf die Bürgschaft str. ("entgeltliche Leistung")
    - ⇒ BGHZ 165, 363 ⇒ Vorlesung "Kreditsicherungsrecht" (dort Folien 170 ff.)
    - ⇒ zum neuen Recht *Meier*, ZIP 2015, 1156; *Schinkels*, WM 2017, 113

## 1. Anwendungsbereich gemäß § 312 BGB

- partielle Bereichsausnahmen für bestimmte Vertragstypen (Absätze 2 bis 6), u.a.
  - notariell beurkundete Verträge (Abs. 2 Nr. 1)
  - bei Vertragsverhältnissen über Bank- und Finanzdienstleistungen für die auf den Erstvertrag folgenden Vorgänge (Abs. 5)

**2. Voraussetzungen gemäß § 312b I 1 BGB** (früher: § 312 I BGB, § 1 I HWiG)

- Vertragsschluss außerhalb des Geschäftsraums des Unternehmers bei körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers + Unternehmers (Nr. 1)
  - ❖ anders zum früheren Recht BGHZ 165, 363 = NJW 2006, 845: kein Haustürgeschäft bei Vertragsschluss durch Ehefrau in Geschäftsräumen des Ehemanns, die im selben Haus wie die Privatwohnung liegen
- Abgabe des Angebots des Verbrauchers außerhalb des Geschäftsraums des Unternehmers bei körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers + Unternehmers (Nr. 2)
- Vertragsschluss im unmittelbaren Anschluss an eine (bei körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers + Unternehmers erfolgende) persönliche Ansprache des Verbrauchers außerhalb des Geschäftsraums des Unternehmers (Nr. 3)
- Vertragsschluss auf einem Ausflug, sog. „Kaffeefahrt“ (Nr. 4)

**3. Widerrufsrecht gemäß § 312g BGB** (früher: § 312 I BGB, § 1 I HWiG)

- Grundsatz der Widerruflichkeit (§ 312g I BGB)
  - ❖ Ausnahmen gemäß § 312g II BGB
- Widerrufsfrist: 14 Tage ab Vertragsschluss (§ 355 II BGB)
- kein Beginn der Widerrufsfrist bei fehlender oder fehlerhafter Belehrung (§ 356 III 1 BGB)
- aber Erlöschen des Widerrufsrechts spätestens nach 12 Monaten und 14 Tagen (§ 356 III 2 BGB)
  - ❖ Ausnahme: Finanzdienstleistungen (§ 356 III 3 BGB)
- Widerrufsrecht tritt gegenüber den Widerrufsrechten nach Verbraucherkreditrecht zurück (§ 312g III BGB)

1. Abzahlungsgesetz 1896
2. Richtlinie 87/102/EWG zum Verbrauchercredit 1987
3. Umsetzung + Erweiterung: Verbrauchercreditgesetz 1991
4. Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts v. 27.6.2000 (ab 1.10.2000)
  - Einstellung des Widerrufs- und Rückgaberechts bei Verbraucherverträgen in §§ 361a, 361b BGB a.F.
  - Verweise im (gekürzten) HWiG und VerbrKrG

5. Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (ab 1.1.2002)
  - Haustürwiderrufsrecht ⇒ §§ 312, 312a BGB
  - Verbrauchercreditrecht ⇒ §§ 491 ff. BGB
  - Widerrufs- und Rückgaberecht ⇒ §§ 355 ff. BGB
  - Verbundene Verträge ⇒ § 358 BGB (früher § 9 I, II VerbrKrG)
  - Einwendungsdurchgriff ⇒ § 359 BGB (früher § 9 III VerbrKrG)
6. Umsetzung der EG-Verbrauchercreditrichtlinie  
(Richtlinie 2008/48/EG v. 23.4.2008, Amtsbl. der EU L 133/66 v. 22.5.2008)
  - Gesetz v. 29.7.2009; Inkrafttreten zum 11.6.2010 ⇒ Folie 171
7. Umsetzung der EU-Wohnimmobiliencreditrichtlinie  
(Richtlinie 2014/17/EU v. 4.2.2014, Amtsbl. der EU L 60/34 v. 28.2.2014)
  - Gesetz v. 11.3.2016; Inkrafttreten zum 21.3.2016 ⇒ Folien 172 ff.

1. Erhöhung der Transparenz durch
  - Standardinformationen in der Werbung – Art. 4 (§ 6a PreisangabenVO)
  - vorvertragliche Informationspflichten – Art. 5 ff. – mit EU-einheitlichem Formular – Anhang II (§ 491a BGB ⇒ Art. 247 EGBGB)
  - Erweiterung der erforderlichen Angaben ⇒ Folie 180
2. Verpflichtung der Kreditinstitute zur Bewertung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers – Art. 8 (§ 18 II KWG, § 509 BGB; EuGH ZIP 2014, 1873) – und Zugang zu entsprechenden Datenbanken in anderen Mitgliedstaaten – Art. 9 (§ 29 VI, VII BDSG)
3. Recht zur vorzeitigen Kreditrückzahlung – Art. 16 I (§ 500 II BGB) und Begrenzung der Vorfälligkeitsentschädigung – Art. 16 II-V (§§ 502, 504 I 2 BGB); dazu BGH ZIP 2016, 810 und 814 (KfW-Förderdarlehen)
4. Einbindung von Kreditvermittlern gem. Art. 3 lit. f) in das Pflichtenprogramm der Richtlinie (§§ 655a II, 655b II BGB ⇒ Art. 247 EGBGB)

Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie und zur Änderung handelsrechtlicher Vorschriften (BGBl. 2016 I S. 396; dazu *Spitzer*, MDR 2016, 425)

1. Einführung der Differenzierung in Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge und Immobilial-Verbraucherdarlehensverträge (§ 491 BGB n.F.)
  - a) Keine Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge sind Verträge, die Immobilial-Verbraucherdarlehensverträge sind (§ 491 II 2 Nr. 6 BGB n.F.)
  - b) Kennzeichen des Immobilial-Verbraucherdarlehensvertrags:
    - durch ein Grundpfandrecht oder eine Reallast besichert oder
    - für Erwerb/Erhaltung des Eigentumsrechts an Grundstücken/Gebäuden/ grundstücksgleichen Rechten gewährt (“Erhaltung” z.B. Umschuldungskredit; Kredit zur Abwendung der Zwangsversteigerung ⇔ Renovierungskredit)

Achtung: Im deutschen Umsetzungsgesetz keine Begrenzung auf Wohnimmobilien; Geltung auch für gemischt genutzte Immobilien

2. Einführung der Differenzierung in entgeltliche (§ 491 II, III BGB n.F.) und unentgeltliche Darlehensverträge (vgl. §§ 356d, 514, 515 BGB n.F.)
  - Korrektur von BGHZ 202, 302 = ZIP 2014, 2119 („0 %-Finanzierung“)
  - zu unentgeltlichen Kreditverträgen siehe *Bülow/Artz*, ZIP 2016, 1204
3. Erhöhung der vorvertraglichen Informationspflichten (§ 491a BGB n.F.); u.a. Pflicht zur Aushändigung eines Vertragsentwurfs (§ 491a II BGB n.F.)
4. Grundsätzlich unzulässige Koppelungsgeschäfte (§§ 492a, 492b BGB n.F.)
  - Abgrenzung vom zulässigen Bündelungsgeschäft (= separater Abschluss ist möglich)
5. Bedenkzeit statt Widerrufsrecht bei bestimmten Immobilier-Verbraucherdarlehensverträgen, insbes. Umschuldungsdarlehen (§ 495 III BGB n.F.)
6. Einschränkung des Kündigungsrechts des Darlehensgebers bei unrichtiger Kreditwürdigkeitsprüfung (§ 499 III BGB n.F.)

7. Beratungspflicht bei andauernder Kontoüberziehung (§ 504a BGB n.F.)
  - Hinweis auf kostengünstigere Alternativen zur Überziehung
8. Neuregelung der Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung (§§ 505a - 505d BGB n.F.)
  - Einführung einer allgemeinen zivilrechtlichen Regelung mit Eingriff in die Vertragsabschlussfreiheit (§ 505a I 2 BGB n.F.)
  - Einführung einer Sanktionsregel für Verstöße (§ 505d BGB n.F.)
  - Streichung des § 18 II KWG a.F. und Einführung des § 18a KWG n.F.
9. Beratungsleistungen beim Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrag (§ 511 BGB n.F.)
10. Abschaffung des “ewigen Widerrufsrechts” beim Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrag (§ 356b II 4 BGB n.F.)

## 1. Darlehensnehmer

- Verbraucher i.S.v. § 13 BGB
- Existenzgründer (§ 513 BGB n.F. = § 512 BGB a.F.)
  - Ausnahme: Nettodarlehensbetrag/Barzahlungspreis > 75.000 €
- nicht gewerblich tätige GbR
  - BGHZ 149, 80, 83 = NJW 2002, 368: Die GbR ist (trotz ihrer Rechtsfähigkeit) Verbraucher, wenn sie der Verwaltung eigenen Vermögens dient
  - Anderes gilt, wenn der Kredit der gewerblichen Tätigkeit der GbR dient; dann auch kein Schutz des akzessorisch mithaftenden Gesellschafters
    - ❖ BGH, 18.7.2006 – XI ZR 143/05, NJW 2006, 2980 (Rn. 30)
    - ❖ BGH, 26.6.2007 – XI ZR 287/05, ZIP 2007, 1650 (Rn. 22 ff.)

## 2. Darlehensgeber

- Unternehmer i.S.v. § 14 BGB
  - ❖ BGHZ 179, 126 = ZIP 2009, 261: auch bei sonstiger gewerblicher Tätigkeit

## 1. Grundsatz für Verbraucherdarlehensverträge (§ 491 II 1, III BGB): entgeltliche Darlehensverträge i.S.v. § 488 BGB

- BGHZ 202, 302 = ZIP 2014, 2119: nicht bei „0 %-Finanzierung“
  - Reaktion des Gesetzgebers: §§ 356d, 514, 515 BGB n.F.
- BGHZ 133, 71: analoge Anwendung bei Schuldbeitritt zu Kreditvertrag, wenn Beitretender = Verbraucher
  - BGH ZIP 2007, 1850: auch bei GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer
- BGHZ 142, 23: analoge Anwendung bei Übernahme eines Kreditvertrags durch Verbraucher (jedenfalls bei dreiseitiger Vereinbarung)
- BGHZ 138, 321: Unanwendbarkeit bei Bürgschaften für gewerbliche Kredite
- EuGHE I 2000, 1741 = NJW 2000, 1323: Bürgschaft unterfällt generell nicht der Verbraucherkreditrichtlinie



## 2. Ausnahmen für Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge (§ 491 II 2 BGB)

- Bagatellklausel: Darlehen ≤ 200 € (Nr. 1)
- Haftung auf eine Pfandsache beschränkt (Nr. 2)
- Rückzahlung innerhalb von 3 Monaten + geringe Kosten (Nr. 3)
- Arbeitnehmerdarlehen unter marktüblichen Sätzen (Nr. 4)
- Förderdarlehen unter marktüblichen Sätzen (Nr. 5)

## 1. Schriftform i.S.v. § 492 I BGB (früher § 4 I VerbrKrG)

- einfache Schriftform (Satz 1)
- getrennt schriftliche Erklärungen möglich (Satz 2)
- qualifizierte Schriftform (Abs. 2, Art. 247 EGBGB) ⇒ Folien 179 ff.
- gilt auch für spätere Änderungsvereinbarungen
  - ❖ BGHZ 165, 213 = NJW 2006, 681 (Rn. 11 f.)
- gilt nicht für Konditionenanpassung bei unechter Abschnittsfinanzierung
  - ❖ BGH ZIP 2013, 1372

## 2. Ausnahme für Überziehungskredit (§§ 504, 505 BGB)

## 3. Rechtsfolge fehlender Schriftform

- Nichtigkeit des Vertrags – § 494 I BGB (früher § 6 I VerbrKrG)
- aber möglicherweise Heilung durch Auszahlung ⇒ Folien 182 ff.

## 1. Erforderliche Angaben i.S.v. § 492 II BGB, Art. 247 EGBGB

- ⇒ Vielzahl von Angaben nach Art. 247 EGBGB, §§ 6 bis 13, u.a.
  - (anfänglicher) effektiver Jahreszins
  - Nettodarlehensbetrag
  - Sollzinssatz und alle sonstigen Kosten
  - Betrag, Zahl und Fälligkeit der einzelnen Teilzahlungen
  - Gesamtbetrag aller Teilzahlungen
    - ❖ BGHZ 167, 239 (Rn. 13) + 252 (Rn. 25 ff.): Finanzierung über Lebensvers.
  - Angaben zum Widerrufsrecht aus § 495 BGB
    - ❖ BGHZ 209, 86 = ZIP 2016, 856: Hervorhebung nicht erforderlich
  - vom Darlehensgeber verlangte Sicherheiten + Versicherungen

## 1. Erforderliche Angaben i.S.v. § 492 II BGB

- ⇒ Erweiterung der erforderlichen Angaben seit Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie 2008, z.B.
  - Recht auf Tilgungsplan
  - Entgelt für Kreditabwicklungskonten
  - Verzugszinssatz + Regeln der Anpassung
  - Warnhinweis zu Folgen ausbleibender Zahlungen
  - Recht auf vorzeitige Rückzahlung
  - Modalitäten bei Kreditkündigung
  - Aufsichtsbehörde

## 2. Ausnahme für Überziehungskredite (§§ 504, 505 BGB)

- ⇒ Information in regelmäßigen Abständen (Art. 247 EGBGB, § 16)

### 3. Angaben in einer Vollmacht zum Abschluss des Kreditvertrags

- § 492 IV BGB (Ausnahme zu § 167 II BGB)
- ❖ anders früher BGHZ 161, 15, 32 f. = NJW 2005, 664, 668

### 4. Rechtsfolge fehlender Angaben

- Nichtigkeit des Vertrags (§ 494 I BGB)
- aber möglicherweise Heilung durch Auszahlung (s.u. Ziff. 6)

### 5. Rechtsfolge fehlerhafter Angaben

- keine Nichtigkeit gemäß § 494 I BGB, da Wortlaut nur auf „fehlende“ Angaben abstellt
- ❖ BGHZ 167, 239 = NJW 2006, 1955 = WM 2006, 1066 (Rn. 14)
- ❖ BGH, 9.5.2006 – XI ZR 119/05, NJW-RR 2006, 1419 (Rn. 28)

### 6. Heilung der Nichtigkeit

- a) durch Auszahlung der Valuta (§ 494 II 1 BGB)
- Darlehensnehmer empfängt das Darlehen oder nimmt es in Anspruch
  - Definition: Darlehensgegenstand scheidet aus dem Vermögen des Darlehensgebers aus und wird dem Vermögen des Darlehensnehmers in der vereinbarten Form endgültig zugeführt
  - weisungsgemäße Auszahlung an einen Dritten = Auszahlung an den Darlehensnehmer (Ausnahme: Dritter ist „verlängerter Arm“ des Darlehensgebers)
  - ❖ BGHZ 167, 252 = NJW 2006, 1788 = WM 2006, 1003 (Rn. 30 f.) u.a.
- Achtung: kein „Empfang“ bei Nichtigkeit der Auszahlungsweisung
- ❖ BGH, 21.3.2006 – XI ZR 204/03, ZIP 2006, 846

## 6. Heilung der Nichtigkeit

- a) durch Auszahlung der Valuta (§ 494 II 1 BGB)
- Verletzung des Schriftformerfordernisses insgesamt wird auch durch Inanspruchnahme des Kredits geheilt
    - ❖ BGHZ 165, 213 = NJW 2006, 681 (Leitsatz 2 + Rn. 16 f.)
  - Fortsetzung der Darlehensnutzung bei bereits ausgezahltem Darlehen reicht aus (auch bei früherer weisungsgemäßer Auszahlung an Dritte)
    - ❖ BGHZ 165, 213 = NJW 2006, 681 (Rn. 18)
    - ❖ BGH, 18.12.2007 – XI ZR 76/06, ZIP 2008, 357 (Rn. 26)

## 6. Heilung der Nichtigkeit

- b) Ermäßigung des Zinssatzes auf den gesetzlichen Zins, wenn Sollzinssatz, effektiver Jahreszins oder Gesamtbetrag fehlt (§ 494 II 2 BGB, siehe zusätzlich: Abs. 3 bis 7)
- keine Ermäßigung des Zinssatzes bei Nichtangabe der Anzahl der Raten und Nichtangabe der Kosten einer Versicherung
    - ❖ BGH, 18.12.2007 – XI ZR 76/06, ZIP 2008, 357 (Rn. 27)
  - keine Ermäßigung des Zinssatzes bei Nichteinhaltung der Schriftform wegen fehlenden förmlichen Zugangs der Annahmeerklärung des Kreditgebers, aber vollständiger Vertragserklärung des Kreditnehmers
    - ❖ BGHZ 165, 213 = NJW 2006, 681 (Leitsatz 3 + Rn. 19 ff.)
  - sogar eine gänzliche Zinsfreiheit wäre europarechtlich zulässig regelbar
    - ❖ EuGH NJW 2017, 45

## 6. Heilung der Nichtigkeit

- c) keine Ausnahme bei verbundenem Geschäft
- Wortlaut deutet nicht auf ein anderes Verständnis des Empfangs bei verbundenen Geschäften hin
  - Schutz des Verbrauchers durch günstige Zinskonditionen
  - Securenta-Rechtsprechung zum HWiG (BGHZ 133, 254, 259 ff.: bei Widerruf des Darlehensvertrags ist auch das finanzierte Geschäft unwirksam und der Darlehensgeber kann nur vom Vertragspartner des finanzierten Geschäfts Rückzahlung verlangen) ist nicht übertragbar, da es keine Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers zu sichern gilt; die Wirksamkeit des Vertrags tritt kraft Gesetzes mit den dort geregelten Rechtsfolgen ein (insbes. verminderter Zins)
  - ❖ BGHZ 167, 252 = NJW 2006, 1788 (Rn. 32 ff.) u.a. (XI. Senat)
  - ❖ a.A. noch BGHZ 159, 294, 306 f. = NJW 2004, 2736, 2739 f. (II. Senat)

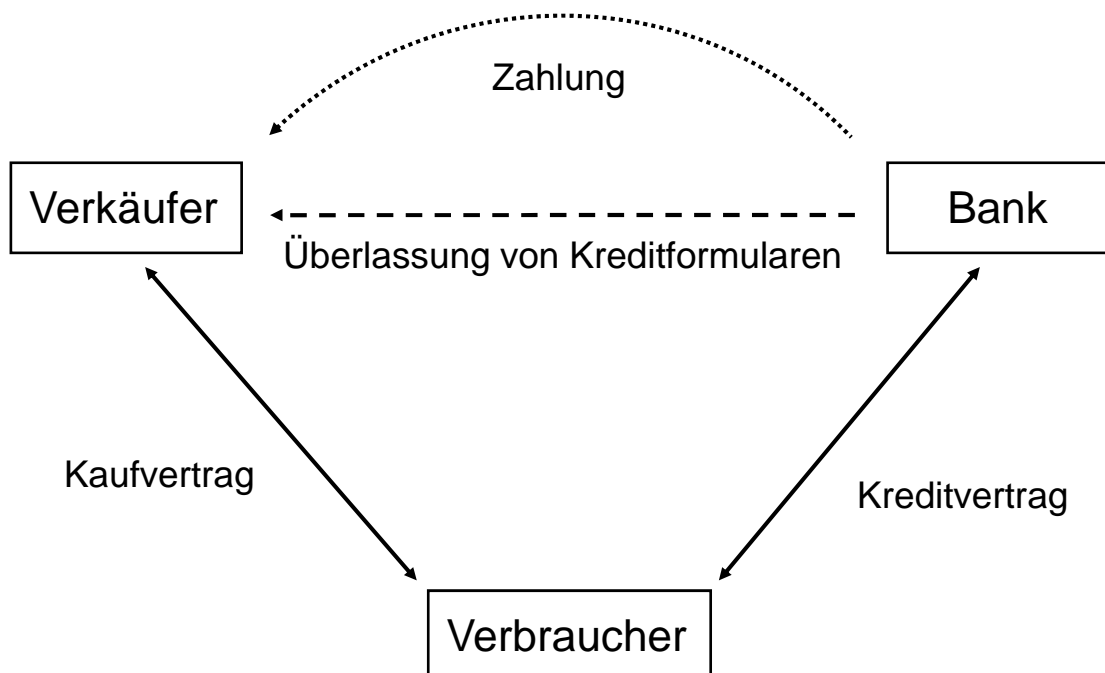
## 1. Grundsatz: Widerrufsrecht bei Verbraucherdarlehensvertrag

- Widerrufsrecht gemäß § 495 I BGB ⇔ § 355 BGB
  - Frist: grundsätzlich 14 Tage nach Vertragsschluss (§ 355 II BGB)
  - aber weitere Voraussetzungen des § 356b BGB zu beachten, u.a.
    - ❖ Übergabe der Vertragsurkunde, des Kreditantrags o. einer Kopie mit den Pflichtangaben gemäß § 492 II BGB (⇔ Folien 179 f.)
    - ❖ Maximalzeit des Widerrufsrechts bei Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrag: 12 Monate + 14 Tage (§ 356 II 4 BGB n.F.)
    - ❖ BGHZ 211, 123 = ZIP 2016, 1958 (Rn. 31 ff.): bei "ewigem Widerrufsrecht" Verwirkung + Missbrauch nur unter engen Voraussetzungen
  - Widerrufsrecht steht bei mehreren Darlehensnehmern jedem Kreditnehmer selbstständig zu; Konsequenzen der isolierten Ausübung für den Gesamtvertrag: § 139 BGB (BGHZ 212, 207 = ZIP 2016, 2306)

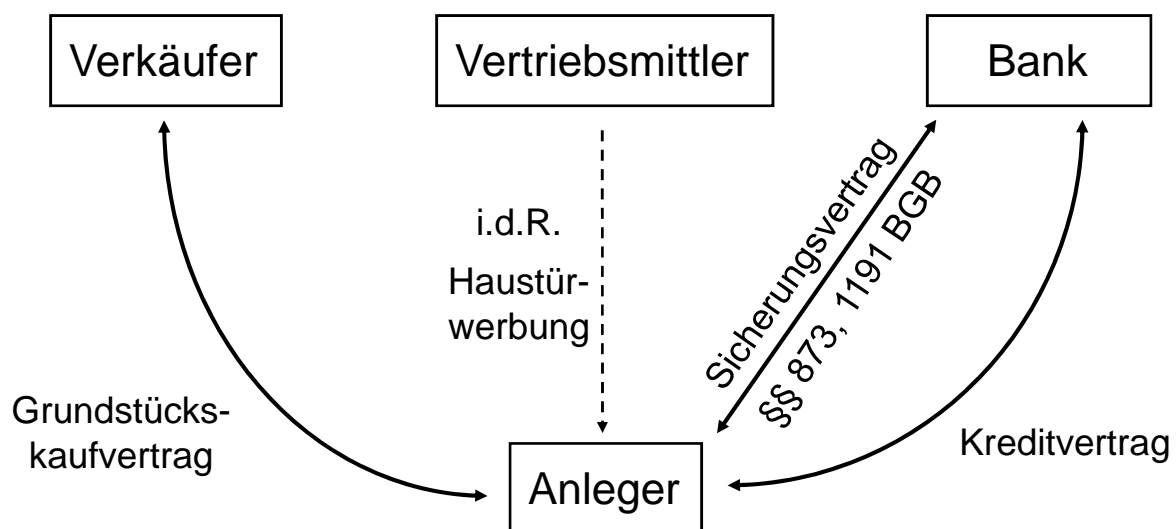
**1. Fortsetzung: Widerrufsrecht bei Verbraucherdarlehensvertrag**

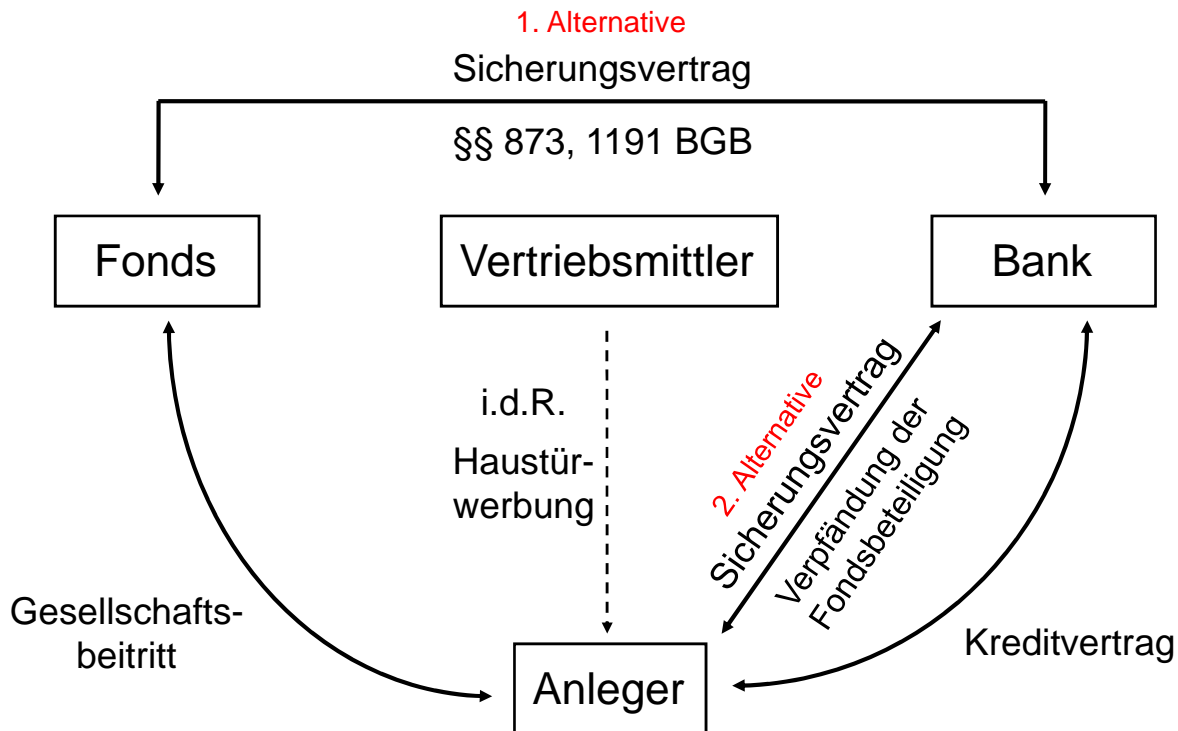
- kein Widerrufsrecht, wenn bei unechter Abschnittsfinanzierung lediglich die Zinskonditionen angepasst werden
  - ❖ BGH ZIP 2013, 1372

**2. Ausnahme vom Widerrufsrecht bei jederzeit rückzahlbarem Kontokorrentkredit (§ 495 II Nr. 3 i.V.m. §§ 504 II, 505 BGB)**



1. „Schrottimmobilien“ als gesellschaftliches Problem
  - Steuersparmodell für Jedermann
  - Vollfinanzierung als Konstruktionsmerkmal: Eingang der Mieteinnahmen zur Finanzierung unabdingbar (aber oft wertlose Mietgarantie)
  - (Haustür-)Vertrieb über Finanzvermittler an finanzschwache Anleger
2. Häufung von Klagen seit Mitte der 1990er Jahre
3. Wende zugunsten der Anleger durch die Rechtsprechung des II. Senats betr. Erwerb von Fondsanteilen (2004)
4. Abgabe aller Fälle an den XI. Senat (2006)
5. Enorme wirtschaftliche Bedeutung (Wertberichtigungsbedarf)





## 1. Verbundenes Geschäft i.S.v. § 358 BGB

- Vertrag über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung
- Kredit dient der Finanzierung des anderen Vertrags + beide Verträge bilden eine wirtschaftliche Einheit (Abs. 3)
- unwiderlegliche Vermutung wirtschaftlicher Einheit (Abs. 3 Satz 2)
  - Unternehmer finanziert selbst die Gegenleistung
  - bei Drittfinanzierung: Kreditgeber bedient sich bei Vorbereitung und Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags der Mitwirkung des Unternehmers
- Sonderregel für den Erwerb von Grundstücken (Abs. 3 Satz 3)  
[dazu *Merz/Rösler*, ZIP 2011, 2381, 2390 f.]
- jetzt auch bei „0 %-Finanzierung“ anwendbar (§§ 358 II, III 1, 515 BGB  
[bei § 515 BGB irrelevant wegen 2-Personen-Verhältnis]) ⇒ Folie 143

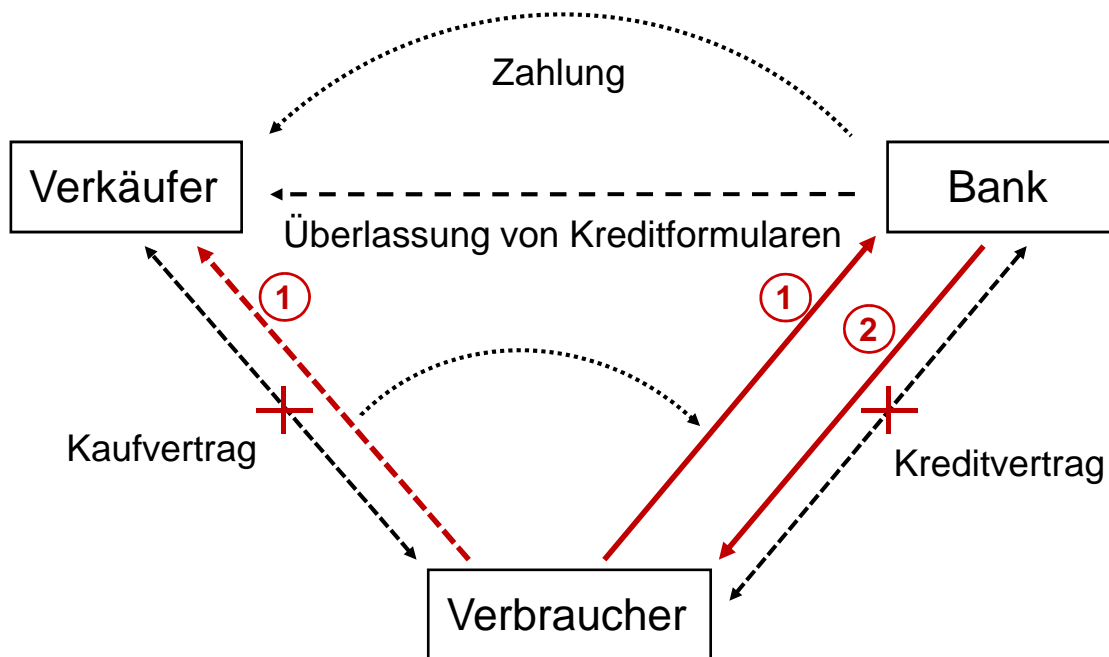


## 2. Wechselseitiges Entfallen der Bindung an die verbundenen Geschäfte nach Widerruf eines Vertrags – § 358 I, II BGB

- keine Bindung an den Kreditvertrag bei Widerruf des verbundenen Vertrags über die Lieferung einer Ware oder Erbringung einer anderen Leistung (Abs. 1)
- keine Bindung an den verbundenen Vertrag über die Lieferung einer Ware oder Erbringung einer anderen Leistung bei Widerruf des Kreditvertrags (Abs. 2)

## 3. Rückforderungsdurchgriff bei Widerruf – § 358 IV 5 BGB

- a) bei Zufluss des Kreditbetrags zum Unternehmer vor dem Widerruf tritt der Kreditgeber im Verhältnis zum Verbraucher in die Rechte und Pflichten des Unternehmers ein
- b) Rechtsfolgen:
  - Verbraucher kann den Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises mit dem Anspruch des Kreditgebers auf Rückzahlung des Kredits verrechnen ⇒ Folie 195
  - Anspruch Verbraucher → Kreditgeber auf Rückzahlung einer an den Unternehmer geleisteten Anzahlung (BGHZ 180, 123 – LS 2) + der an den Kreditgeber geleisteten Zins- und Tilgungszahlungen



① = Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises      ② = Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta

#### 4. Einwendungsdurchgriff – § 359 BGB

- Verbraucher kann Kreditrückzahlung verweigern, soweit ihm Einwendungen gegen den Unternehmer des verbundenen Geschäfts zustehen
  - Hauptfall: Mängel der Kaufsache / des finanzierten Werks
  - Nacherfüllungsverlangen: Verweigerung der Kreditrückzahlung erst nach Fehlschlagen der Nacherfüllung (Satz 3)
  - Rücktritt: Recht, die Zahlungen einzustellen
  - Minderung: Minderung des Betrags oder der Anzahl der Raten
  - Schadens- / Aufwendungsersatz: ZBR in Höhe des Anspruchs; Aufrechnungsmöglichkeit str.
  - Nichtigkeit des finanzierten Vertrags: Fehleridentität ist vorrangig vor Einwendungsdurchgriff (Beispiel: Folie 198)

## 5. Rückforderungsdurchgriff bei Einwendungen

- Beispiel: Nichtigkeit des verbundenen Kaufvertrags wegen Anfechtung (arglistige Täuschung des Verkäufers)
- Lösung des II. Senats: Rückforderungsdurchgriff analog § 358 IV 5 BGB (früher: § 9 II 4 VerbrKrG, später § 358 IV 3 BGB)
  - ❖ BGHZ 156, 46, 52 ff. = NJW 2003, 2821, 2823 f.
- Lösung des XI. Senats: Rückforderung wegen dauernder Einrede gemäß § 813 I 1 BGB (⇒ keine Regelungslücke)
  - ❖ BGH, 4.12.2007 – XI ZR 227/06, NJW 2008, 845 (Rn. 25 ff.)
  - ❖ BGHZ 183, 112 = NJW 2010, 596 (Leitsatz 2)
  - ❖ BGH, 7.12.2010 – XI ZR 53/08, ZIP 2011, 319 (Rn. 21 ff.)
- Anspruch Verbraucher → Kreditgeber auf Rückzahlung geleisteter Zins- und Tilgungszahlungen
- zusätzlicher Anspruch auf Rückzahlung einer ggf. an den Unternehmer geleisteten Anzahlung nur über die Lösung des II. Senats

## 6. Anfechtung des Darlehensvertrags

- Darlehensvertrag kann gemäß § 123 BGB angefochten werden, wenn die Täuschung des Vermittlers auch für den Abschluss des Darlehensvertrags kausal war
  - Vermittler sowohl der Fondsbeteiligung als auch des Darlehensvertrags ist nicht Dritter i.S.v. § 123 II BGB
  - Kausalität liegt regelmäßig bei verbundenem Geschäft vor
- ❖ BGHZ 167, 239 = NJW 2006, 1955 = WM 2006, 1066 (Rn. 29)
- ❖ BGH, 5.6.2007 – XI ZR 348/05, NJW 2007, 2407 (Rn. 14 ff.)
- ❖ BGH, 19.6.2007 – XI ZR 142/05, NJW 2007, 3200 (Rn. 25)
- ❖ BGH, 19.10.2010 – XI ZR 376/09, ZIP 2010, 2394: fahrlässige Aufklärungspflichtverletzung reicht nicht aus

## 7. Alternative: Anspruch aus c.i.c. gegen die Bank

- praktisch wichtig, wenn Anfechtungsfrist des § 124 I BGB verstrichen
- Bank muss sich das täuschende Verhalten des Vermittlers zurechnen lassen, da dieser nicht Dritter i.S.v. § 123 II BGB ist
- Rechtsfolge: Naturalrestitution (§ 249 BGB) ⇒ Herstellung des Zustands bei fehlendem Beitritt zum Fonds + fehlender Kreditaufnahme
  - ⇒ Kreditnehmer: Abtretung des Fondsanteils bzw. des Abfindungsanspruchs nach Kündigung
  - ⇒ Bank: Rückerstattung der Zins- und Tilgungsleistungen  
./.. Vorteilsausgleich: Fondsausschüttungen + Steuerersparnis
- ❖ BGHZ 167, 239 = NJW 2006, 1955 = WM 2006, 1066 (Rn. 30)
- ❖ BGH, 5.6.2007 – XI ZR 348/05, NJW 2007, 2407 (Rn. 14 ff.)
- ❖ BGH, 19.6.2007 – XI ZR 142/05, NJW 2007, 3200 (Rn. 25 ff.)

## 1. Risikoaufklärung der Bank über finanziertes Geschäft nur unter besonderen Bedingungen:

- Bank geht über die Rolle als Kreditgeberin hinaus
- Schaffung besonderen Gefährdungstatbestands für den Kunden
- Verwicklung in schwerwiegende Interessenkonflikte
- konkreter Wissensvorsprung in Bezug auf spezielle Risiken
  - (+) Kenntnis von Überschuldung des Mietgaranten (BGHZ 159, 294, 316 f.)
  - (+) Sittenwidrige Übervorteilung des Käufers durch versteckte Innenprovision
    - ⇒ Kaufpreis = 2 x Wert des Objektes
- ❖ BGHZ 168, 1 = NJW 2006, 2099 = WM 2006, 1194 (Rn. 40 ff.)

Hinweis: Detaillierte Darstellung im Vortrag v. 10.7.2009 – Deutsche Richterakademie (Folien 73 ff.)

2. **Seit 2006: Beweiserleichterung in der Fallgruppe des konkreten Wissensvorsprungs** ⇒ Kenntnis der Bank von einer arglistigen Täuschung durch Verkäufer, Fondsinitiatoren oder Vermittler wird widerleglich vermutet, wenn
- a) Bank und Verkäufer/Vertreiber institutionell zusammenwirken
    - (–) bei allgemeiner Finanzierungszusage
    - (+) bei ständiger Geschäftsbeziehung = Vertriebsvereinbarung
    - (+) bei Überlassung von Büroräumen oder Formularen an Vermittler
    - (+) bei ständiger Vermittlung von Finanzierungen
  - b) die Unrichtigkeit der Angaben evident ist, so dass sich aufdrängt, die Bank habe sich der Kenntnis der arglistigen Täuschung geradezu verschlossen.
    - (+) bei grob falscher Darstellung, z.B. 46 % überhöhte Mietkalkulation
- ❖ BGHZ 168, 1 = NJW 2006, 2099 = WM 2006, 1194 (Rn. 50 ff.)

3. **Rechtsfolge: § 249 BGB – Naturalrestitution**
- Kreditnehmer ist so zu stellen, wie er ohne die schuldhaftes Aufklärungspflichtverletzung gestanden hätte
    - ⇒ kein Erwerb des überteuerten Objektes, oder
    - ⇒ Anfechtung des Kaufvertrags wegen arglistiger Täuschung
  - Grundsatz: umfassender Rückabwicklungsanspruch
    - ❖ BGHZ 168, 1 = NJW 2006, 2099 = WM 2006, 1194 (Rn. 61)
    - ❖ BGH, 20.3.2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876 (Rn. 27 f.)
  - Ausnahme: Differenzschaden bei Isolierbarkeit des aus der Auskunftspflichtverletzung resultierenden Schadens
    - ❖ BGH, 20.3.2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876 (Rn. 21 f. + 43)
    - ❖ BGH, 24.4.2007 – XI ZR 340/05, NJW 2007, 2404 (Rn. 35 f.)

© 2018

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel

68131 Mannheim

[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)