

Institut für Bankrecht, Universität Bern

SBT 2018 – Schweizerische Bankrechtstagung 2018

# Zahlungsverkehr

herausgegeben von Susan Emmenegger

mit Beiträgen von

Marianne Wildi

Susan Emmenegger

Fabian Schmid

Cornelia Stengel

Bettina Hürlimann-Kaup

Martin Hess/Stephanie Lienhard

Harald Bärtschi/Nicolas Jacquemart/Stephan D. Meyer

Helbing Lichtenhahn Verlag

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Die Druckvorlagen wurden von der Herausgeberin reprofertig geliefert.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 978-3-7190-4138-0

© 2018 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

[www.helbing.ch](http://www.helbing.ch)

# PSD2: Eckpunkte und Relevanz für Schweizer Finanzdienstleister

Susan Emmenegger\*

## Inhaltsverzeichnis

I.	Einführung .....	19
II.	Relevanz der PSD2 für Schweizer Finanzdienstleister .....	22
1.	Wettbewerb, technische Standards und europäische Kunden .....	23
2.	Single Euro Payments Area (SEPA).....	25
a)	Die Akteure .....	25
aa)	Die EU-Kommission und das Eurosystem .....	26
bb)	Der European Payment Council.....	27
b)	Teilnahme der Schweizer Finanzinstitute an den SEPA-Schemes .....	28
c)	Teilnahmevoraussetzung: PSD-Äquivalenz .....	29
aa)	PSD-Äquivalenz des allgemeinen Rechtsrahmens.....	29
bb)	PSD-Äquivalenz im Bank-Kundenverhältnis .....	30
d)	Rechtswirkung der SEPA-Teilnahme .....	32
aa)	Vertrag zugunsten Dritter .....	32
bb)	Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter .....	34
III.	Struktur der PSD2 .....	37
1.	Titel I: Gegenstand, Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen.....	38
2.	Titel II: Zahlungsdienstleister .....	38

---

\* Prof. Dr. iur., LL.M., ordentliche Professorin an der Universität Bern, Direktorin des Instituts für Bankrecht.

3.	Titel III: Transparenz der Vertragsbedingungen und Informationspflichten .....	39
4.	Titel IV: Rechte und Pflichten bei der Erbringung und Nutzung von Zahlungsdiensten .....	39
5.	Titel V: Delegierte Rechtsakte und Technische Regulierungsstandards .....	41
6.	Titel VI: Schlussbestimmungen .....	41
IV.	Ausgewählte Eckpunkte in Titel III der PSD2 .....	41
1.	Generelle Informationspflichten und Vertragsbedingungen.....	41
a)	Regelung in der PSD2.....	41
b)	Regelung in den AGB der Schweizer Banken.....	43
c)	Fazit.....	43
2.	Kontorelevante Bestimmungen .....	43
a)	Regelung in der PSD2.....	43
b)	Regelung in den AGB der Schweizer Banken.....	44
c)	Fazit.....	45
V.	Ausgewählte Eckpunkte in Titel IV der PSD2 .....	47
1.	Nicht erfolgte, fehlerhafte oder verspätete Ausführung des Zahlungsvorgangs.....	47
a)	Regelung in der PSD2.....	47
b)	Regelung in den AGB der Schweizer Banken.....	49
c)	Fazit.....	49
2.	Fehlerhafte Kundenidentifikatoren .....	49
a)	Regelung in der PSD2.....	50
b)	Regelung in den AGB der Schweizer Banken.....	51
c)	Fazit.....	52
3.	Legitimationsmängel (nicht autorisierte Zahlungsvorgänge) .....	52
a)	Regelung in der PSD2.....	53
aa)	Erstattungspflicht der Bank .....	53
bb)	Schadenersatzanspruch gegenüber dem Kunden .....	55
cc)	Fazit .....	56
b)	Regelung in den AGB der Schweizer Banken.....	57
aa)	Legitimationsabreden .....	57
bb)	Schadenersatzansprüche der Bank .....	59
cc)	Schadensabwälzungsklauseln .....	59
c)	Fazit.....	61
VI.	Zusammenfassung und Ausblick .....	62

LITERATURVERZEICHNIS ..... 63  
MATERIALIEN ..... 65

## I. Einführung

Seit dem 13. Januar 2018 gilt in der EU die zweite Zahlungsdiensterichtlinie, besser bekannt unter ihrem englischen Namen, *Second Payment Services Directive*, PSD2.<sup>1</sup> Ihr Ausgangspunkt bildet der europäische Binnenmarkt als Grundbaustein der Europäischen Union: Ein Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren und Dienstleistungen gewährleistet ist.<sup>2</sup> Der Binnenmarkt sprengt die Grenzen nationalstaatlicher Räume, er impliziert als Ziel einen intensiveren Markt und damit verbunden ein grösseres Wirtschaftswachstum.

Damit sich freier Verkehr von Waren und Dienstleistungen effektiv entfalten kann, müssen die damit verbundenen Geldleistungen effizient abgewickelt werden können. Es braucht also einen funktionierenden Zahlungsverkehr.<sup>3</sup> Die EU hat in diesem Zusammenhang verschiedene Massnahmen ergriffen. Zu den wichtigsten gehören:<sup>4</sup>

- Der flächendeckende Zugang zu einem Zahlungskonto. Verwirklicht wird dies mit der Zahlungskontenrichtlinie.<sup>5</sup> Sie will sicherstellen, dass alle

---

<sup>1</sup> Richtlinie (EU) 2015/2366 vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt [...] (ABl Nr. L 337 v. 23.12.2015, S. 35).

<sup>2</sup> Siehe Art. 26 Abs. 2 AEUV.

<sup>3</sup> So bereits das Weissbuch der Kommission an den Europäischen Rat, KOM(85) 310 endg., Rz. 125: «Freizügigkeit, freier Waren- und Dienstleistungsverkehr setzen im übrigen voraus, dass Unternehmen und Privatpersonen überall in der Gemeinschaft Zugang zu gut funktionierenden Finanzdienstleistungen haben.» In diesem Sinne auch LINARDATOS, WM 2014, S. 300.

<sup>4</sup> Siehe dazu auch die Übersicht bei BÖGER, Neue Rechtsregeln, S. 195 ff.; HESS, Euro-Zahlungen, S. 54 ff.

<sup>5</sup> Richtlinie 2014/92/EU vom 23. Juli 2014 über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontentgelten, den Wechsel von Zahlungskonten und den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen (ABl Nr. L 257 v. 28.08.2014, S. 214). Zur Richtlinie siehe

Verbraucher<sup>6</sup> Zugang zu einem Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen haben.<sup>7</sup> Weiter zielt die Richtlinie auf die Verbesserung der Transparenz von Entgelten für Zahlungskonten für Verbraucher, namentlich durch Informationspflichten und Vergleichswebsites.<sup>8</sup> Zur Förderung des Wettbewerbs werden Zahlungsdienstleister zu Unterstützungsleistungen verpflichtet, damit dem Verbraucher der Wechsel von Zahlungskonten erleichtert wird.<sup>9</sup>

- Die rechtliche Gleichwertigkeit von Bar- und Buchgeldzahlungen. Der Wettbewerb für Waren und Dienstleistungen im gesamten Binnenmarkt kann nur gelingen, wenn Waren und Dienstleistungen im Fernabsatz bezogen werden können. Das wird erreicht durch eine weitgehende Entgeltfreiheit von Buchgeldzahlungen im Valutaverhältnis, die dem faktischen Status quo bei Bargeldzahlungen entspricht. Geregelt wird dies in der Verordnung zu den Interbankentgelten bei Kartenzahlungen<sup>10</sup> und der SEPA-Verordnung.<sup>11</sup> Letztlich spielt hier aber auch die PSD2 eine Rolle, denn sie schreibt in Art. 62 Abs. 4 vor, dass der Zahlungsempfänger keine Entgelte für die Nutzung von Kartenzahlungen sowie bei Überweisungen und Lastschriften verlangen kann.<sup>12</sup> Er darf also seine eigenen Kosten nicht auf den Zahler abwälzen.

---

LINARDATOS, WM 2015, S. 755 ff. Zur Umsetzung in Deutschland siehe FINDEISEN, WM 2016, S. 1765 ff.

- <sup>6</sup> Die europäischen Rechtsakten (und auch das deutsche und österreichische Recht) benutzen den Begriff «Verbraucher». In der Schweiz wird dagegen primär der Begriff «Konsument» verwendet. Da es sich hier um einen Beitrag über ein europäisches Regelwerk handelt, wird grundsätzlich der Begriff «Verbraucher» verwendet.
- <sup>7</sup> Siehe Art. 16 ff. sowie EG 36 ff. der Zahlungskonten-RL.
- <sup>8</sup> Art. 1 Abs. 1 sowie Art. 3 ff. der Zahlungskonten-RL.
- <sup>9</sup> Art. 9 ff. der Zahlungskonten-RL.
- <sup>10</sup> MIF-VO: Verordnung (EU) 2015/751 vom 29. April 2015 über Interbankenentgelte für kartengebundene Zahlungsvorgänge (ABl Nr. L 123 v. 19.05.2015 S. 1). Zur MIF-Verordnung siehe OECHSLER, WM 2016, S. 540 ff.
- <sup>11</sup> Zur SEPA-Verordnung siehe weiter unten im Text.
- <sup>12</sup> Art. 62 Abs. 4 PSD2. Die Vorschrift gilt für Zahlungen im Bereich der VO-Interbankenentgelte und der SEPA-VO. Siehe dazu OMLOR, ZIP 2016, S. 561, wonach dies positiv gewendet bedeutet, dass «der Zahlungsempfänger keine Entgelte mehr für Kartenzahlungen sowie für jegliche Überweisungen und Lastschriften erheben» darf. Siehe zum Surcharging und der deutschen Umsetzung in § 270a BGB auch OMLOR, WM 2018, S. 941 f.

- Die preisliche Gleichbehandlung von Inland- und Auslandzahlungen. Diesem Ziel ist die Verordnung über die grenzüberschreitende Zahlungen verpflichtet.<sup>13</sup>
- Die Entwicklung von einheitlichen Standards und technischen Anforderungen für Überweisungen und Lastschriften in Euro. Das wird mittels der SEPA-Verordnung gewährleistet.<sup>14</sup>

SEPA ist allerdings mehr als nur eine Verordnung. SEPA steht für *Single Euro Payments Area*, den einheitlichen Euro-Zahlungsverkehrsraum.<sup>15</sup> SEPA soll die Unterschiede zwischen nationalen und grenzüberschreitenden bargeldlosen Euro-Zahlungen eliminieren. Diese Zahlungen sollen nach denselben Standards und gleich sicher und effizient wie im innerstaatlichen Bereich von irgendwo im SEPA-Gebiet ausgelöst und empfangen werden können.<sup>16</sup>

Die PSD2 spielt im SEPA-Projekt eine zentrale Rolle.<sup>17</sup> Sie schafft ein einheitliches Aufsichtsregime für die Anbieter von Zahlungsdienstleistungen. Sie schafft zudem einheitliche Rechte und Pflichten im Zahlungsdienstvertrag zwischen dem Anbieter von Zahlungsdienstleistungen (vereinfacht: der Bank) und den Nutzern von Zahlungsdienstleistungen (vereinfacht: den Bankkunden).<sup>18</sup> Dieser Vertrag ist in der PSD2, wie schon in der Vorgänger-

---

<sup>13</sup> Verordnung (EG) Nr. 924/2009 vom 16. September 2009 über grenzüberschreitende Zahlungen in der Gemeinschaft und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2560/2001 (ABl Nr. L 266 v. 09.10.2009, S. 11). Zur Gesetzgebungsgeschichte des EU-Überweisungsrechts siehe WERNER, WM 2014, S. 243 ff.

<sup>14</sup> Verordnung (EU) Nr. 260/2012 vom 14. März 2012 zur Festlegung der technischen Vorschriften und der Geschäftsanforderungen für Überweisungen und Lastschriften in Euro und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 924/2009 (ABl Nr. L 94 v. 30.03.2012, S. 22).

<sup>15</sup> Zur Geschichte von SEPA siehe das (sehr lesenswerte) Buch von WANDHÖFER, EU Payments Integration, passim. Siehe weiter WERNER, WM 2014, S. 243 ff.

<sup>16</sup> Ausführlich zu SEPA HESS, Euro-Zahlungen, S. 60 ff.

<sup>17</sup> Dasselbe galt bereits für die PSD1, siehe hierzu WANDHÖFER, EU Payments Integration, S. 33 ff.

<sup>18</sup> Zu anderen Leitmotiven der PSD2 siehe OMLOR, ZIP 12/2016, S. 559 f.: Förderung des Binnenmarktgedankens und Förderung der Vollendung eines integrierten Marktes für bargeldlose Zahlungen; rechtliche Gleichwertigkeit von Bargeld und Buchgeld; Ausrichtung auf den digitalen Zahlungsverkehr; verbesserter Verbraucherschutz.

richtlinie von 2007,<sup>19</sup> als Verbraucherschutzvertrag ausgestaltet. Das zeigt sich auch daran, dass die Risiken für Bankkunden weiter abgebaut wurden, indem die Haftungsregelungen den Grossteil der Risiken für unautorisierte Zahlungen den Banken zuweisen.

Eine Revision der PSD1 wurde notwendig, weil die Digitalisierung den Zahlungsverkehr in den letzten Jahren grundlegend verändert hat. Heute bezahlen wir im Wesentlichen elektronisch; entsprechend sind neue Sicherheitsstandards notwendig. Die Digitalisierung hat aber auch viele neue Anbieter hervorgebracht, die im Gegensatz zu den Banken als traditionelle Zahlungsdiensteanbieter nicht reguliert sind. Die PSD2 reguliert diese Anbieter, die sogenannten Dritten Zahlungsdienstleister.

## II. Relevanz der PSD2 für Schweizer Finanzdienstleister

Warum besteht in der Schweiz Anlass, sich mit der PSD2 zu beschäftigen? Die Schweiz ist nicht Mitglied der EU; die vorgenannten Regelwerke sind in der Schweiz also nicht geltendes Recht und es besteht auch kein Umsetzungszwang. Zudem hat sich die Schweizerische Bankiervereinigung in ihrem Positionspapier vom September 2017 dagegen ausgesprochen, eine PSD2-äquivalente Regulierung einzuführen.<sup>20</sup> Der Fokus des Positionspapiers richtet sich auf einen – allerdings durchaus zentralen Punkt – der PSD2, nämlich die Verpflichtung der Banken, sich gegenüber Drittzahlungsdienstleistern zu öffnen. Die SBVg macht im Wesentlichen geltend, eine Regulierung sei erstens *unnötig*, weil kein Handlungsbedarf bestehe, da die Banken schon heute zahlreiche innovative Lösungen anbieten; ein regulatorischer Zwang zur Öffnung der Banken gegenüber Drittanbietern sei ein unnötiger Eingriff in einen funktionierenden Markt und würde zu Wettbewerbsverzerrungen zu Ungunsten der Banken führen. Zweitens sei eine erzwungene Öffnung gefährlich, weil sie zu *Sicherheitslücken* führen könne. Drittens würden auf Seiten der Bank *zusätzliche Aufwände und Kosten* in den

---

<sup>19</sup> Richtlinie 2007/64/EG vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG (ABl Nr. L 319 v. 5.12.2007, S. 1).

<sup>20</sup> SBVg, Positionspapier (PSD2), September 2017.



Bereichen Sicherheitsstruktur und Compliance entstehen, die letztlich die Kundinnen und Kunden bezahlen müssten.<sup>21</sup>

Die Beschäftigung mit der PSD2 anlässlich einer *Schweizerischen* Bankrechtstagung rechtfertigt sich aber dennoch aus verschiedenen Gründen:<sup>22</sup>

## 1. Wettbewerb, technische Standards und europäische Kunden

Relevant ist die PSD2 für die Schweizer Banken *erstens* aus Wettbewerbsgründen. Die Schweiz ist ein führender Finanzplatz, der geographisch im Herzen von Europa liegt. Die Schweizer Banken haben deshalb gute Gründe, bei den Rahmenbedingungen des Zahlungsverkehrs mit den Konkurrenten aus dem EU-Raum Schritt zu halten.

*Zweitens* spielt die PSD2 für die Schweizer Banken sowohl aus aufsichtsrechtlicher als auch aus privatrechtlicher Perspektive eine Rolle, weil sie technische Standards setzt. Wenn die EU im Rahmen der PSD2 Sicherheitsstandards für das Online-Banking und für die Schnittstellen der Banken zu externen Dienstleistern festlegt, dann ist dies eine Regelung zu den operativen Risiken der Bank. Die FINMA wird solche Standards zur Kenntnis nehmen. Wenn es das Rad schon gibt, muss man es nicht neu erfinden. Man kann es mit weniger Speichen versehen, man kann es kleiner oder grösser machen. Das Rad selber ist aber schon da und es definiert die Ausgangslage für die weiteren regulatorischen Überlegungen, die sich eine schweizerische Aufsichtsbehörde machen wird – spätestens nach dem nächsten publikumswirksamen Hackerangriff auf Kundenkonten. Für das Privatrecht gilt Entsprechendes: Wenn es neue Sicherheitsstandards für das Online-Banking gibt, dann indizieren diese Standards die geschäftsübliche Sorgfalt der Bank – und zwar auch einer *Schweizer* Bank. Es ist dann eben der Standard, der auf den europäischen Finanzplätzen gilt. Das schliesst die Schweiz mit ein.

*Drittens* ist die PSD2 für Schweizer Banken relevant, weil im Streit zwischen einem EU-Kunden und der Schweizer Bank die PSD2 regelmässig zur

---

<sup>21</sup> SBVg, Positionspapier PSD2, September 2017, S. 1. Zusammengefasst lautet das Fazit der SBVg wie folgt: «Eine einseitige Öffnung der Zugriffsrechte für Dritte, wie es die PSD2 innerhalb der EU verlangt, ist ein *Experiment auf Kosten der Bankkunden, das gefährliche Verwirrung schafft und die Datensicherheit der Kunden untergräbt.*» (Hervorhebung im Original). *Id.*, S. 1.

<sup>22</sup> Im Ergebnis gleich SCHMID, *Starke Kundenauthentifizierung*, S. 83 f.

Anwendung kommen wird.<sup>23</sup> Im Retailbereich sind Verträge der Schweizer Bank mit ihren EU-Kunden Verbraucherverträge im Sinne des Lugano-Übereinkommens. Aufgrund des zwingenden Verbrauchervertragsstandes können die EU-Kunden gegen die Schweizer Bank an ihrem Wohnsitz in der EU klagen,<sup>24</sup> sofern die Bank ihre Tätigkeit auf diesen Staat ausgerichtet hat – wobei die Gerichte und der EuGH die Hürden ausserordentlich tief legen. Ist das Gericht in einem EU-Mitgliedstaat mit der Sache befasst, kommt es aufgrund der Günstigkeitsregel in der Rom I-Verordnung zur Anwendung des nationalen Rechts des mit der Sache befassten Mitgliedstaates – und damit zur Anwendung der (national umgesetzten) PSD2. Auch die Günstigkeitsregel ist zwingendes Recht; anderslautende Rechtswahlklauseln in den AGB der Schweizer Banken sind unbeachtlich.<sup>25</sup> Der Streit des Drogeriekönigs und Multimillionärs Erwin Müller gegen die Bank Safran Sarasin hat diesbezüglich reichlich und für die Banken unangenehmes Anschauungsmaterial geliefert.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Siehe EMMENEGGER/FRITSCHI, Schweizer Banken: EU-Recht für EU-Kunden, S. 75 ff.

<sup>24</sup> Art. 17 i.V.m. Art. 23 Abs 5 LugÜ.

<sup>25</sup> Unter dem Günstigkeitsprinzip (Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO) ist die Rechtswahl ausgeschlossen, wenn im Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes des Verbrauchers Bestimmungen gelten, deren Schutzniveau höher ist als im gewählten Recht. Angesichts des hohen Verbraucherschutzniveaus bei Finanzdienstleistungen in der EU wird damit die Anwendbarkeit des Schweizer Rechts faktisch ausgeschlossen.

<sup>26</sup> Siehe EMMENEGGER/FRITSCHI, Schweizer Banken: EU-Recht für EU-Kunden, S. 76 ff. In Kürze: Müller erlitt im Zusammenhang mit den skandalträchtigen Cum-Ex-Geschäften einen (Total-)Verlust von EUR 50 Mio, worauf er die Bank an seinem Wohnsitz in Ulm verklagte. Die Zuständigkeit wurde vom BGH bereits bejaht. Das LG Ulm hat mittlerweile entschieden, die Rechtswahlklausel zugunsten der Schweiz sei ungültig. In Anwendung deutschen Rechts hat es die Bank zur Rückabwicklung des gesamten Geschäfts und damit zur Rückzahlung der Investition verpflichtet, weil die Bank Erwin Müller nicht rechtsgenügend über den Erhalt von Retrozessionen aufgeklärt hatte. Zu den bisherigen Entscheiden siehe BGH, XI ZR 223/15 vom 26. Juli 2016, zusammengefasst in EMMENEGGER/THÉVENOZ, SZW 2017, S. 242, r36. Vorentscheid des OLG Stuttgart zusammengefasst in EMMENEGGER/THÉVENOZ, SZW 2015, S. 410, r39. Sachentscheid: LG Ulm, 4 O 66/13 vom 22. Mai 2017 (Urteilstenor). Zusammenfassung des Entscheides bei EMMENEGGER/THÉVENOZ, SZW 2018, S. 207 r31.

## 2. Single Euro Payments Area (SEPA)

SEPA spielt für die Schweiz im Zusammenhang mit der PSD2 eine besondere Rolle.<sup>27</sup> Denn die Schweizer Banken nehmen seit 2007 an der technischen Seite von SEPA teil und führen Euro-Zahlungen nach den SEPA-Standards durch. Die Teilnahme an einem technisch einheitlichen Zahlungssystem für Euro ist für die Schweizer Banken zentral, weil damit der Aufwand für Euro-Überweisungen reduziert werden kann. Die Teilnahme an SEPA ist auch faktische Voraussetzung für die Nutzung des EBA-Clearings, also der Clearing-Dienste der European Banking Association. Das EBA-Clearing ist kostengünstiger und schneller und verlangt weniger Liquidität – auch dies ist ein Vorteil für die teilnehmenden Banken.

Die technische Seite von SEPA ist allerdings kein rechtsfreier Raum: Die Schweizer Banken haben sich im Zuge ihres SEPA-Beitritts verpflichtet, die Bestimmungen der PSD2 (und vorher der PSD1) im Bank/Kundenverhältnis zu beachten.

### a) Die Akteure

Damit SEPA verwirklicht werden kann, braucht es entsprechende *rechtliche* Rahmenbedingungen. Es braucht aber auch die *technische* Entwicklung eines Zahlungsverkehrssystems, das nach einheitlichen Standards funktioniert; es braucht also Prozesse, Datenformate und Softwarelösungen – kurz: SEPA-Produkte. An der Bereitstellung dieser Rahmenbedingungen sind drei Akteure beteiligt: Erstens die EU-Kommission, welche die rechtlichen Rahmenbedingungen schafft. Zweitens der European Payments Council (EPC), also die Organisation der Kreditinstitute und Branchenverbände. Sie sollen SEPA auf der technischen Seite verwirklichen. Und schliesslich das Eurosystem, also der Zusammenschluss der Euro-Zentralbanken mit der EZB. Das Eurosystem formuliert in enger Abstimmung mit der EU-Kommission die Erwartungen an den ECP hinsichtlich der Umsetzung des SEPA-Prozesses. Die Arbeiten der drei Akteure sind eng verzahnt.

---

<sup>27</sup> Ausführlich WANDHÖFER, EU Payments Integration, S. 33 ff.; HESS/KEISER, SZW 2009, S. 153 ff.; HESS, Euro-Zahlungen, S. 60 ff.

**aa) Die EU-Kommission und das Eurosystem**

Von der EU-Kommission kam der eigentliche Startschuss zur Verwirklichung des SEPA mit der Publikation der Verordnung über grenzüberschreitende Zahlungen im Dezember 2001;<sup>28</sup> diese verlangte die preisliche Gleichbehandlung von Inland- und Binnenmarktzahlungen, zudem forcierte sie die Umstellung auf IBAN und BIC.<sup>29</sup> Damit waren zwei Meilensteine auf dem Weg zu SEPA erreicht. Mit der ersten Zahlungsdiensterichtlinie vom November 2007 folgte der nächste Meilenstein.<sup>30</sup>

Die EU-Kommission zögerte sodann nicht, den Fahrplan für den SEPA-Prozess durch zusätzliches Verordnungsrecht auf Kurs zu halten. Vorgesehen war, dass die SEPA-Instrumente die nationalen Instrumente bis im Jahr 2010 ersetzen würden. Als sich herausstellte, dass dies nicht der Fall war, publizierte sie im März 2012 die SEPA-Migrationsverordnung.<sup>31</sup> Darin werden die Zahlungsdienstleister verpflichtet, die Eckpunkte von SEPA umzusetzen, namentlich die SEPA-Standards (IBAN) für Überweisungen und Lastschriften.

Das Eurosystem publiziert jährliche Fortschrittsberichte über den SEPA-Prozess. Die Fortschrittsberichte sind eng mit der EU-Kommission abgestimmt.<sup>32</sup> In den Berichten erfolgt eine Würdigung der bisherigen Umsetzung des SEPA, gleichzeitig werden aber auch die Erwartungen an die Zahl-

---

<sup>28</sup> Verordnung (EG) Nr. 2560/2001 vom 19. Dezember 2001 über grenzüberschreitende Zahlungen in Euro (ABl Nr. L 344 v. 18.12.2001 S. 0013) (nicht mehr in Kraft). Zuvor schon: Mitteilung zum Massenzahlungsverkehr im Binnenmarkt, 31. Januar 2000, KOM (2000) 36 endg.

<sup>29</sup> Siehe E. 11 und Art. 5, VO Nr. 2560/2001.

<sup>30</sup> Die PSD1 ist schon von der Konzeption her keine reine SEPA-Richtlinie, sondern es geht bei der PSD1 um eine umfassende Regulierung des Zahlungsverkehrs. Aber die PSD1 ist z.B. relevant für SEPA, weil sie das Lastschriftenverfahren forciert hat.

<sup>31</sup> Siehe die Erwägung Nr. 5 der Verordnung (EU) Nr. 260/2012 vom 14. März 2012 zur Festlegung der technischen Vorschriften [...] (ABl Nr. L 94 v. 30.03.2012, S. 22) («Die Selbstregulierung des europäischen Bankensektors im Rahmen der SEPA-Initiative hat sich als nicht ausreichend erwiesen ...»).

<sup>32</sup> Siehe etwa EZB, SEPA-Fortschrittsbericht 2006, S. 12 («Mit diesem Bericht, der mit der Europäischen Kommission abgestimmt ist, möchte das Eurosystem diese Unterstützung genauer und umfassender gestalten.»).

ungsdienstleister und insbesondere an den ECP hinsichtlich der weiteren Arbeiten formuliert.<sup>33</sup>

#### **bb) Der European Payment Council**

SEPA geht nicht ohne die Banken. Sie müssen letztlich die SEPA-Produkte bereitstellen. Das wichtigste koordinierende Beschlussorgan für das Bankgewerbe im Zusammenhang mit dem SEPA ist der European Payment Council, der 2002 gegründet wurde.<sup>34</sup> Seine Mitglieder sind Banken oder Branchenorganisationen der EU, des EWR und der Schweiz.<sup>35</sup> Die Anzahl der Sitze der einzelnen Länder ist abhängig von der Anzahl der Zahlungsverkehrstransaktionen in Euro des jeweiligen Landes und dessen Bevölkerung sowie einer angemessenen Repräsentanz aller Bankensektoren.<sup>36</sup>

Der ECP vertritt die Branche in den Diskussionen mit den EU-Organen, er entwickelt aber auch die verschiedenen technischen Standards und Instrumente zur Abwicklung der grenzüberschreitenden Zahlungen.<sup>37</sup> Von der Grundkonzeption her sollte die Kreditindustrie die Instrumente für ein paneuropäisches Zahlungssystem entwickeln, das – wegen seiner technischen Vorteile – die nationalen Zahlungssysteme ablösen würde. Der ECP sollte die Gesamtverantwortung für die Umsetzung des Migrationsprozesses übernehmen.<sup>38</sup> Es liegt auch in der Verantwortung des ECP, Kriterien festzulegen, anhand derer die SEPA-Konformität beurteilt werden kann.<sup>39</sup>

Man vertraute mit anderen Worten auf den Wettbewerb. Die EU-Kommission hat sich jedoch angesichts der Bedeutung von SEPA vorbehalten, die zu seiner Verwirklichung notwendigen Rechtsvorschriften vorzuschla-

---

<sup>33</sup> Beispielhaft EZB, SEPA-Fortschrittsbericht 2006, S. 18: «Das Eurosystem erwartet, dass bis zum 1. Januar 2008 ...[es folgt eine Liste mit Umsetzungsprojekten]»).

<sup>34</sup> Zum ECP siehe HESS, Euro-Zahlungen, S. 62 f.

<sup>35</sup> Schweizer Mitglied des ECP ist die UBS, siehe ECP-Website, Membership.

<sup>36</sup> HESS/KEISER, SZW 2009, S. 158.

<sup>37</sup> Z.B. bildet das einheitliche Datenformat für die Übermittlung von Zahlungsnachrichten (ISO 20022) die Grundlage für die Interoperabilität von Zahlungsverkehrsinfrastrukturen in SEPA und soll eine vollautomatisierte Abwicklung von Zahlungen ermöglichen. Erarbeitet wurde das Datenformat vom europäischen Kreditgewerbe, siehe HESS/KEISER, SZW 2009, S. 156. Für das Datenformat siehe SEPA Data Model, Version 2.2., approved on 13 December 2006 (EPC029-06).

<sup>38</sup> EZB, SEPA-Fortschrittsbericht 2006, S. 13.

<sup>39</sup> EZB, SEPA-Fortschrittsbericht 2006, S. 13.

gen oder einzuführen.<sup>40</sup> Das hat sie letztlich mit der SEPA-Migrationsverordnung dann auch getan.

Der ECP entwickelte in der Folge die Verfahren für die wesentlichen Zahlungsinstrumente: Die Buchgeldüberweisung (SEPA Credit Transfer), die Lastschrift (SEPA Direct Debit) und die Kartenzahlung (SEPA Cards Framework). Hinzu kommen das Verfahren für den SEPA Instant Credit Transfer und für den SEPA Direct Debit Business-to-Business. Die Datenformate von SEPA sind standardisiert, so dass eine vollautomatisierte Abwicklung möglich ist. Der ECP hat in Dokumenten die Funktionsweise der verschiedenen Zahlungsinstrumente (SEPA Schemes) festgelegt. Zentral sind dabei die sogenannten Regelwerke (Rule Books). Die Finanzdienstleister verpflichten sich vertraglich, die Regeln einzuhalten.<sup>41</sup> Der Beitritt zu den Schemes erfolgt über privatrechtliche Verträge, den sogenannten SEPA Adherence Agreements. Sie beinhalten die SEPA Rulebooks und die Pflicht, diese zu befolgen. Mit der Unterzeichnung der SEPA Adherence Agreements schliessen die teilnehmenden Finanzinstitute multilaterale Verträge mit dem European Payments Council und den anderen an SEPA teilnehmenden Finanzinstituten ab.<sup>42</sup> Vertragsparteien sind nicht Staaten, sondern die unterzeichnenden Finanzinstitute.

## **b) Teilnahme der Schweizer Finanzinstitute an den SEPA-Schemes**

Die Schweiz wurde 2006 in den Kreis der SEPA-Mitgliedstaaten aufgenommen.<sup>43</sup> Die Teilnahmeberechtigung erlaubt es den Schweizer Instituten, die entsprechenden SEPA Adherence Agreements zu unterzeichnen.<sup>44</sup> Sie

---

<sup>40</sup> Siehe EZB, Einheitliche Euro-Zahlungsverkehrsraum (SEPA), Pressemitteilung vom 4. Mai 2006, S. 2.

<sup>41</sup> Für Einzelheiten zu den Inhalten siehe HESS, Euro-Zahlungen, S. 69 ff.

<sup>42</sup> Siehe BAUMBACH/HOPT HGB-HOPT, Bankgeschäfte, Rn. C/18: Das Beitrittsabkommen untersteht belgischem Recht, für die einzelnen Vertragsverhältnisse gilt IPR, für die Kundenbeziehung gilt das nationale Recht (AGB). Siehe weiter HESS, Euro-Zahlungen, S. 73.

<sup>43</sup> Siehe die Angaben auf der Webseite <[www.sepa.ch](http://www.sepa.ch)>: Die Schweiz als Teil des Sepa-Raums.

<sup>44</sup> Im November 2007 unterzeichneten die ersten Banken das SEPA Adherence Agreement (u.a. die UBS), ab Januar 2008 wurden erste SEPA-konforme Zahlungen

verpflichten sich damit gegenüber dem ECP und gegenüber den anderen teilnehmenden Finanzinstituten, die SEPA-Rulebooks zu befolgen.

Tatsächlich zeigt die Liste der teilnehmenden Institute, dass praktisch alle Schweizer Banken dem SEPA-Verfahren für Überweisungen beigetreten sind.<sup>45</sup> Für das Lastschriftenverfahren sind es lediglich deren dreizehn. Am B2B-Lastschriftenverfahren nehmen 10 Institute teil.<sup>46</sup> Das SEPA Instant Credit Transfer-Verfahren zeigt keine Schweizer Beteiligung. Die Ausführungen konzentrieren sich deshalb auf das SEPA-Überweisungsverfahren.

### **c) Teilnahmevoraussetzung: PSD-Äquivalenz**

#### **aa) PSD-Äquivalenz des allgemeinen Rechtsrahmens**

Im SEPA-Projekt sind Regulierung und Selbstregulierung eng verzahnt. Grundlage für die SEPA-Regelwerke ist der gemeinsame Rechtsrahmen. Entsprechend stellt das SEPA-Rulebook für Überweisungen (Credit Transfer Scheme Rule Book, CTSR) in seinen Einleitungsartikeln klar, dass eine Teilnahme die Umsetzung der PSD (in ihrer geltenden Fassung) voraussetzt.<sup>47</sup> Für Finanzinstitute ausserhalb der EU musste diesbezüglich eine Lösung gefunden werden. Man hat sich für das Konzept der Äquivalenz entschieden, wobei davon nur die zivilrechtlichen Teile und nicht die aufsichtsrechtlichen

---

ausgeführt. Siehe dazu JURI, ClearIT 2007, S. 7. Zu den Teilnahmevoraussetzungen siehe Punkt c) Teilnahmevoraussetzungen.

<sup>45</sup> Die teilnehmenden Banken können auf der ECP-Webseite (Register of Participants) eingesehen werden. <<https://www.europeanpaymentscouncil.eu/what-we-do/participating-schemes/register-participants/registers-participants-sepa-payment-schemes>>.

Der Abgleich zwischen den von der FINMA bewilligten Banken und den am Credit Transfer Scheme beteiligten Banken (179) zeigt, dass die ausländisch beherrschten Banken das Adherence Agreement nicht unterzeichnet haben bzw. dass in diesen Fällen (wohl) die ausländische Mutterbank Teilnehmerin ist.

<sup>46</sup> Besonders hervorzuheben ist die grosse Spannweite der teilnehmenden Institute. Neben den grossen Instituten wie Credit Suisse, UBS, Postfinance, Raiffeisen und den grossen ausländischen Banken JP Morgan Chase und BNP Paribas sind drei mittelgrosse Banken vertreten: Die Luzerner Kantonalbank, die Neue Aargauer Bank und die Bank CIC. Die zehnte Bank ist die Banca Popolare di Sondrio, eine Kleinbank.

<sup>47</sup> Für die Teilnahme am Credit Transfer Scheme muss zusätzlich die Verordnung (EG) Nr. 1781/2006 vom 15. November 2006 über die Übermittlung von Angaben zum Auftraggeber bei Geldtransfers (ABl Nr. L 345 v. 8.12.2006, S. 1) betreffend Abgabe des Absenders eingehalten werden. Siehe dazu auch HESS/KEISER, SZW 2009, S. 150.

Teile der PSD betroffen sind. Verlangt wird mithin die Äquivalenz im Hinblick auf die Titel III und IV der PSD:

«It is a prerequisite for the use of the Scheme that the Payment Services Directive (or provisions or binding practice substantially equivalent to those set out in Title III and IV of the Payment Services Directive) is implemented or otherwise in force in the national law of SEPA countries.»<sup>48</sup>

Die Schweizer Kreditinstitute mussten als Voraussetzung für ihren Beitritt nachweisen, dass in der Schweiz für den Bereich des Euro-Zahlungsverkehrs das Gesetz oder die Gerichtspraxis für die Rechtsbeziehung zwischen den Banken untereinander und den Banken und ihren Kunden einen Rechtsrahmen vorgeben, der mit den Regeln in der PSD im wesentlich gleichwertig ist. Die Finanzbranche hat ein solches Gutachten eingereicht, der ECP hat im September 2007 die Äquivalenz bejaht und gestützt darauf die Teilnahmemöglichkeit der Schweizer Finanzinstitute beschlossen.<sup>49</sup>

#### **bb) PSD-Äquivalenz im Bank-Kundenverhältnis**

Mit der abstrakten Äquivalenz des Rechtsrahmens ist es aber für die Schweizer Kreditinstitute nicht getan. Weitergehend enthält das SEPA-Rulebook eine Sonderbestimmung für Banken aus Nicht-EU-Staaten mit dem Titel «Application of EU legislation between Participants». Danach verpflichten sich die Banken aus den Nicht-EU-Staaten gegenüber ihren Kunden zu einer Leistungserbringung, die als wesentlich gleichwertig mit der von der PSD geforderten Leistungserbringung anzusehen ist:

«Each Participant that is not subject to the Payment Services directive under its national law shall vis-à-vis other Participants and vis-à-vis its Customers and to the the extent permitted by the national law applicable to such participant, comply with and perform obligations that are substantially equivalent to those provisions in Title III and IV of the Payment Services Directive which are relevant for SEPA Credit Transfers.»<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> CTSR 2017, Art. 1.8.

<sup>49</sup> HESS, Euro-Zahlungen, S. 75, Besprechung der relevanten Aspekte auf S. 76 ff.; HESS/KEISER, SZW 2009, S. 160.

<sup>50</sup> CTSR 2017, Art. 5.14, erster Absatz.



Gemäss Rule Book sind zudem alle teilnehmenden Dienstleister verpflichtet, auf die Ausübung von national verankerten Rechten zu verzichten, sofern diese effektiv oder möglicherweise mit den Bestimmungen im Titel III und IV der PSD in Konflikt stehen könnten.<sup>51</sup> Anders gesagt: Rechtspositionen, die sich aus dem nationalen Recht ergeben, sollen nur soweit ausgeschöpft werden, als sie sich innerhalb des SEPA-Rahmens bewegen.

Eine Ausnahme vom Äquivalenzerfordernis gilt im Hinblick auf diejenigen Bestimmungen in der PSD2, die sich mit den «Dritten Zahlungsdienstleistern» befassen. Dabei handelt es sich um Anbieter, die für ihre Dienstleistung einen direkten Zugriff auf die Konten ihrer Nutzer benötigen, ohne dass sie selbst diese Konten führen. Konkret handelt es sich um Drittemittenten von Zahlungskarten, Kontoinformationsdienste und Zahlungsauslösedienste.<sup>52</sup> Die PSD2 verpflichtet die Banken, mit den Dritten Zahlungsdienstleistern zu kooperieren, und gibt dem Bankkunden einen entsprechenden Anspruch. Im Gegenzug werden die Dritten Zahlungsdienstleister in das Pflichtenheft der PSD2 eingebunden und beaufsichtigt. Das Rule Book stellt diesbezüglich klar, dass der Kooperationszwang der Banken nur in Kombination mit einer Regulierung der Dritten Zahlungsdienstleister besteht. Soweit die Nicht-EU-Staaten ein solches Aufsichtsregimes nicht einführen, sind die Banken von einer zwangsweisen Öffnung ihrer Kontoinfrastruktur befreit.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass sich die Schweizer Banken gegenüber dem ECP und gegenüber den anderen SEPA-Teilnehmerbanken verpflichtet haben, im Euro-Überweisungsverkehr gegenüber ihren Kundinnen und Kunden die einschlägigen Vorgaben der PSD2 einzuhalten. Eine Ausnahme gilt für diejenigen Vorgaben, welche die Dritten Zahlungsdienstleister betreffen.

---

<sup>51</sup> CTSR 2017, Art. 5.14, zweiter Absatz: «Further, each Participant (whether or not subject to the Payment Services Directive) shall refrain, to the extent reasonably possible, from exercising any rights accorded to it under its national law vis-à-vis other Participants and vis-à-vis its Customers that either conflict or that could potentially conflict with the Provisions in Title III and IV of the Payment Services Directive.».

<sup>52</sup> Für Einzelheiten siehe EMMENEGGER, Dritte Zahlungsdienstleister, S. 88 ff.

#### **d) Rechtswirkung der SEPA-Teilnahme**

Wenn sich die Banken zur Einhaltung der PSD2 im Falle von Euro-Überweisungen verpflichtet haben, so stellt sich die Frage, ob sich die Kundin in einer SEPA-relevanten Bankbeziehung auf eine der PSD festgelegten Pflichtenkatalog stützen kann. Im Vordergrund stehen der echte Vertrag zugunsten Dritter und der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

##### **aa) Vertrag zugunsten Dritter**

Ein direktes Forderungsrecht des Dritten auf eine versprochene Leistung kann gesetzlich, vertraglich oder gestützt auf eine Übung begründet werden.<sup>53</sup> Einschlägig für das direkte Forderungsrecht der Kunden im Rahmen der PSD ist die vertragliche Grundlage. Im Adherence Agreement verpflichtet sich die Bank (jede Bank) gegenüber ihren Vertragspartnern (die anderen teilnehmenden Banken und der EPC) zur Einhaltung des einschlägigen SEPA Rule-Books. Dort wiederum ist für Nicht-EU-Banken die Verpflichtung geregelt, gegenüber den Kunden die bankvertragsrechtlichen Regeln der PSD2 substantiell-äquivalent einzuhalten. Zwar enthalten weder das Adherence Agreement noch das Rule-Book eine ausdrückliche Klausel zum direkten Forderungsrecht des Kunden. Dieses ergibt sich aber aus dem Vertrauensprinzip:

SEPA ist ein EU-Projekt, an dem Banken aus wenigen Nicht-EU-Ländern teilnehmen können. Die privatrechtliche Verpflichtung der Nicht-EU-Banken zur Einhaltung der PSD2 soll den fehlenden Rechtsrahmen ersetzen, der für die EU-Banken zwingend gesetzt ist. Dieser Rechtsrahmen enthält in den einschlägigen Titeln III und IV der PSD2 flächendeckende, detaillierte und vor allem zwingende Vorgaben zum Zivilrecht des Zahlungsverkehrs. Innerhalb der EU ist völlig klar, dass die dort geregelten Ansprüche von den Kunden zivilrechtlich durchgesetzt werden können. Das PSD2-Privatrecht findet sich nicht nur als zwingendes Privatrecht in den Zivilgesetzbüchern,<sup>54</sup> sondern es findet sich in wörtlicher Widergabe in den AGB der europäischen Banken zum Zahlungsverkehr. Das ist kein Zufall: Die PSD2 schreibt

---

<sup>53</sup> Siehe dazu im Einzelnen KRAUSKOPF, Der Vertrag zugunsten Dritter, S. 224 ff., 228 ff., 242 ff. und 248 f.

<sup>54</sup> Beispielhaft: §§ 375c – 376c BGB.

in Titel III den Banken vor, über welche Punkte sie die Kundinnen und Kunden im Hinblick auf ihre Zahlungsdienstleistung informieren müssen. Im EU-Raum führt das zu harmonisierten AGB im Zahlungsverkehr. Wenn die Schweizer Banken den EU-Banken und dem European Payments Council zusichern, dass sie im Bank/Kunden-Verhältnis das PSD-Privatrecht substantiell-äquivalent einhalten, so können ihre SEPA-Vertragspartner diese Zusicherung nach Treu und Glauben nur dahingehend verstehen, dass den Kunden der Schweizer Banken die wesentlich gleichen Ansprüche zustehen, die auch im EU-Raum gelten, und zwar als direkter Anspruch gegenüber den Banken. Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil das Prinzip der gleichen Wettbewerbsbedingungen zu den tragenden Säulen des SEPA-Agreements gehört.<sup>55</sup> Insgesamt ergibt also die Auslegung von Rule 5.14 des SEPA Rulebooks anhand des Vertrauensprinzips, dass in der dort festgelegten Verpflichtung zur Einhaltung des PSD2-Privatrechts eine echte Vereinbarung zugunsten Dritter (Art. 112 OR) zu sehen ist. Entsprechend sind die Kunden im Falle von Euro-Überweisungen berechtigt, von der Bank die (substantiell äquivalente) Einhaltung des PSD2-Privatrechts zu verlangen.

Gegen dieses Resultat lässt sich auch nicht einwenden, dass die PSD2 eine Richtlinie ist und somit von den Mitgliedstaaten zunächst einmal in rechtlich einforderbare Regeln umgesetzt werden muss. Wie bereits ausgeführt wurde, operiert die PSD2 auf der Grundlage der Vollharmonisierung<sup>56</sup> und sie statuiert sehr konkrete und genaue Pflichten. Entsprechend übernehmen die nationalen Umsetzungsgesetze die Richtlinie praktisch wörtlich und auch die AGB der EU-Banken enthalten praktisch wörtliche Wiedergaben der PSD2-Pflichten für den Zahlungsdienstvertrag. Insofern steht einer direkten Anwendbarkeit der PSD2-Pflichten nichts entgegen. Hinzu kommt, dass es Vertragsparteien freisteht, die Einhaltung von jedwelchen Pflichten zu statuieren. Einigen sie sich auf die Einhaltung der Pflichten gemäss PSD2, so sind diese Pflichten für die Parteien verbindlich. Soweit sich ein Auslegungsbedarf ergibt, ist das Vertrauensprinzip heranzuziehen.

---

<sup>55</sup> Siehe dazu Rule 5.1 CTSR 2017, erstes Lemma.

<sup>56</sup> Siehe Art. 107 Abs. 2 PSD2. Zur Regeldichte siehe auch GRUNDMANN, WM 2009, S. 1110, der die Regelung als «flächendeckend» im Bank-Kunden-Verhältnis bezeichnet.

Nicht stichhaltig wäre schliesslich der Einwand, es bestehe für die Schweizer Banken als Nicht-EU-Mitgliedsbanken gemäss Rule 5.14 CTSR nur eine Pflicht zur im Wesentlichen gleichwertigen (substantially equivalent) Umsetzung der PSD2-Pflichten im Zahlungsdienstevertrag. Das ist richtig; es bedeutet, dass man die PSD2-Pflichten nicht auf jeden Punkt und jedes Komma umsetzen muss. Es bedeutet aber, dass man ein gleichwertiges Schutzniveau einhalten muss. Unterschreitet man erkennbar das Schutzniveau, liegt eine Pflichtverletzung vor. Ob eine solche Unterschreitung vorliegt, lässt sich anhand der AGB-Regelungen der Schweizer Banken relativ einfach feststellen.

Im Ergebnis liegt in der Zusicherung der Schweizer Banken, bei Euro-Überweisungen die Bestimmungen der PSD2 in der Bank-Kundenbeziehung substantiell-äquivalent umzusetzen, ein echter Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 OR). Der Kunde kann also von der Bank eine PSD2-konforme Ausgestaltung der Vertragsbeziehung verlangen und er kann sich in einer allfälligen Auseinandersetzung der Bank auf seine Rechte gemäss PSD2 berufen.

#### **bb) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**

Eine weitere Grundlage für direkte Ansprüche der Kunden von Schweizer Banken liegt in der Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Bei diesem steht – im Unterschied zum echten Vertrag zugunsten Dritter – die Hauptleistung allein dem Gläubiger zu. Der Dritte ist aber insofern in die vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten eingebunden, als er bei deren Verletzung Schadenersatzansprüche geltend machen kann.<sup>57</sup> Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter dient in diesem Sinne als Auffangordnung für Schadenersatzklagen, wenn man das Vorliegen eines echten Vertrages zugunsten Dritter verneint.

Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist im Obligationenrecht nicht ausdrücklich geregelt. Er wird aber als Rechtsfigur von der Lehre ganz überwiegend anerkannt.<sup>58</sup> Das Bundesgericht hat in mehreren Ent-

---

<sup>57</sup> Siehe etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT II, Rn. 3913.

<sup>58</sup> Siehe die Nachweise bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT II, Rn. 3913 und sodann FOUNTOLAKIS, AJP 2018, S. 97.

scheiden die Anwendungsvoraussetzungen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter geprüft. Es ist aber jeweils zum Schluss gekommen, die Voraussetzungen seien im konkreten Fall nicht erfüllt.<sup>59</sup> Es gibt also noch keinen *Leading Case*. Der Vertrag über die SEPA-Teilnahme weist indessen alle Ingredienzen auf, um – *when tested in court* – zu einem erfolgreichen Grundsatzentscheid zu avancieren.

Die Anwendungsvoraussetzungen können mit folgenden Stichworten umschrieben werden: Leistungsnähe, Schutzinteresse, Erkennbarkeit:<sup>60</sup>

- Das Kriterium der Leistungsnähe erfordert, dass der *Dritte bestimmungsgemäss mit der Hauptleistung des Vertrages in Berührung kommt*. Das ist im Fall des SEPA Adherence Agreements für Überweisungen (der für den konkreten Pflichteninhalt auf das Rule Book verweist) zweifellos der Fall: Die Banken verpflichten sich gegenseitig und gegenüber dem ECP zu Verhaltenspflichten gegenüber Kunden im Überweisungsverkehr. Der Kunde kommt mit diesen Verhaltenspflichten im Rahmen seines Überweisungsauftrags an die Bank unmittelbar in Berührung.
- Das Kriterium des Schutzinteresses erfordert, dass die Gläubigerin der Hauptleistungspflicht ein *schutzwürdiges Interesse an der Einbeziehung des Dritten in die vertragliche Sorgfaltspflicht* hat. Auch dies ist im Falle des SEPA Adherence Agreements gegeben: Wenn die Banken sich im Rule Book ausdrücklich zur Einhaltung des PSD2-Privatrechts und der dort geregelten Pflichten gegenüber den Kunden verpflichten,<sup>61</sup> so haben sie

---

<sup>59</sup> In BGE 130 III 345 E. 1 S. 348 hat es zudem ausgeführt, es habe die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritten noch nie grundsätzlich bejaht. Der spätere BGer 4A\_226/2010 E. 3.2.1 verzichtet beim Verweis auf BGE 130 III 345 auf diese Formulierung und hält lediglich fest, die Anwendungsvoraussetzungen seien bislang nicht erfüllt gewesen.

<sup>60</sup> Siehe BGer 4C.194/1999 E. 4: Voraussetzung, wonach «*le tiers soit touché, ou concerné, par l'exécution de la prestation principale, que le créancier de celle-ci ait avantage à l'inclusion du tiers dans les intérêts contractuellement protégés, et que le débiteur puisse reconnaître cela.*» Siehe auch die Nachweise bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT II, Rn. 3913. Die Kriterien entsprechend den anerkannten Anwendungsvoraussetzungen in der deutschen Lehre und Rechtsprechung, siehe zuletzt BGH, Urteil vom 07.12.2017 – VII ZR 204/14.

<sup>61</sup> Das Rule Book führt zudem weitergehend aus, dass die Vertragsparteien – unabhängig von ihrer Unterstellung unter die PSD2 – von der Ausübung von Rechten untereinander *und gegenüber den Kunden*, die ihnen kraft nationalen Rechts zustehen,

ein offensichtliches und schutzwürdiges Interesse daran, dass diese Pflichten gegenüber den Kunden auch effektiv eingehalten werden. Die Kunden sind explizit Gegenstand der vereinbarten Sorgfaltspflichten. Also sind sie notwendigerweise in diese Verpflichtungen eingebunden. Hier zeigen sich auch grundlegende Unterschiede zu den bisherigen Fällen, die dem Bundesgericht vorgelegen haben, insbesondere der Fällen der Gutachterhaftung bei Liegenschaftsschätzungen.<sup>62</sup> Im Liegenschafts-Entscheid wurde das Gutachten explizit für einen Kunden (Hauseigentümer) und für einen bestimmten Zweck (Liegenschaftsschätzung für Versicherungspolice) erstellt. Deshalb durfte sich der Dritte (Hauskäufer) nicht auf das Gutachten berufen, denn der Gutachter hatte sich nicht zur Erstellung eines Gutachtens für einen Hausverkauf verpflichtet und die potentiellen Käufer waren nicht Gegenstand seiner Sorgfaltspflichten.

Schliesslich ergibt sich das schutzwürdige Interesse an der Einbeziehung der Kunden in die vertraglich vereinbarten Sorgfaltspflichten daraus, dass die Beteiligung am SEPA-Mechanismus auf der Grundlage beruht, dass für alle dieselben Wettbewerbsbedingungen gelten und dass alle Beteiligten sich in gleicher Weise an das Rule Book halten.<sup>63</sup> Der Grundsatz der gleichen Wettbewerbsbedingungen führt dazu, dass alle ein schutzwürdiges Interesse daran haben, dass für alle derselbe Pflichtenkatalog und die gleichen (direkten) Durchsetzungsmöglichkeiten gelten.

- Das Kriterium der Erkennbarkeit besteht darin, dass das *Drittschutzinteresse für die haftende Vertragspartei erkennbar* gewesen sein muss. Auch dieses Kriterium ist im Fall des Adherence Agreements erfüllt. Wenn die Vertragsparteien sich gegenseitig verpflichten, gegenüber den Kunden

---

soweit zumutbar absehen, sofern diese effektiv oder möglicherweise mit den Bestimmungen im Titel III und IV der PSD in Konflikt stehen könnten. Siehe CTSR 2017, Art. 5.14, zweiter Absatz oben Fn. 51.

<sup>62</sup> BGE 130 III 345 E. 1 S. 348.

<sup>63</sup> SEPA Instant Credit Transfer Scheme Rulebook, Version 1.1., approved on 18 October 2017 (EPC 004-16), Rule 5.1. (Participation in the SEPA Credit Transfer Scheme is on the basis of compliance with the following principles: Scheme Participants from all countries in SEPA participate on the basis that the level playing field is respected. All adhering Scheme Participants shall comply with the SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook on the same basis as other Participants.)

gewisse Verhaltenspflichten einzuhalten, dann ist für sie das Interesse der Kunden an dieser Einhaltung ohne Weiteres erkennbar.

Als Fazit lässt sich Folgendes festhalten: Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass das SEPA Adherence Agreement keinen echten Vertrag zugunsten der Schweizer Bankkunden bei SEPA-Überweisungen beinhaltet, so besteht ein Auffangtatbestand mit dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Denn in der Verpflichtung der Schweizer Banken zur Einhaltung der Verhaltenspflichten im Bank/Kundenverhältnis im Rahmen des SEPA Adherence Agreements liegt eine solche Schutzwirkung. Erleidet der Kunde einen Schaden, weil die Bank ihre Pflichten gemäss PSD2 verletzt hat, so kann er diesen geltend machen. Im Hinblick auf mögliche Einwände bezogen auf den Richtliniencharakter der PSD2 und die substantielle Äquivalenz (im Gegensatz zur wörtlichen Übernahme) kann auf die Ausführungen im Zusammenhang mit dem Vertrag zugunsten Dritter verwiesen werden.

### **III. Struktur der PSD2**

Die PSD2 umfasst 93 Seiten, fünf Titel und 117 Artikel. Sie wird eingeleitet durch 113 Erwägungen des Europäischen Parlaments und des Rats der Europäischen Union. Wie ihre Vorgängerversion operiert die PSD2 auf der Grundlage der Vollharmonisierung.<sup>64</sup> Sie ist zudem – wie praktisch alle Rechtsakte der EU – als Einheitsgesetz konzipiert: Sie enthält also einen aufsichtsrechtlichen (Titel II) und einen zivilrechtlichen Teil (Titel III und IV).<sup>65</sup> Hervorzuheben ist beim zivilrechtlichen Teil, dass die PSD2 darin mit

---

<sup>64</sup> Art. 107 Abs. 1 PSD2; Art. 86 PSD1.

<sup>65</sup> Siehe dazu und zur Umsetzung im deutschen Recht durch das ZAG (Aufsichtsrecht) und das BGB, EGBG und UKlaG (Zivilrecht): BAUMBACH/HOPT HGB-HOPT, Bankgeschäfte Rn. C/2 ff. Hilfreich insb. auch die in Rn. C/5 enthaltene Konkordanztafel zur PSD2 und den BGB-Bestimmungen. Zu den Schwierigkeiten einer einwandfreien Zuweisung zu den Rechtsgebieten und insgesamt zur (gespaltenen) Umsetzung siehe OMLOR, WM 2018, S. 57 ff.

beachtlicher Detaildichte einen neuen Nominatvertrag gestalten, nämlich den Zahlungsdienstevertrag.<sup>66</sup>

## 1. Titel I: Gegenstand, Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen

Titel I (Art. 1-4) regelt den *Gegenstand, Anwendungsbereich und die Begriffsbestimmungen* der Richtlinie. Hier wird unter anderem festgehalten, dass die Richtlinie für alle Zahlungsdienste gilt, die innerhalb der Union erbracht werden. Die zivilrechtlichen Teil (Titel III und IV) sind anwendbar, wenn die Dienstleister in der Union ansässig sind (Art. 2 Abs. 2). Sie finden darüber hinaus (mit Ausnahmen) Anwendung, wenn eine Drittwährung verwendet wird, solange ein beteiligter Dienstleister in der Union ansässig ist (Art. 2 Abs. 3 und 4). Auf diese «One-Leg-Transactions» gilt die Richtlinie allerdings nur für die in der Union getätigten Bestandteile des Zahlungsvorgangs.<sup>67</sup>

## 2. Titel II: Zahlungsdienstleister

Titel II (Art. 5-37) befasst sich mit den *Zahlungsdienstleistern* und regelt die wesentlichen aufsichtsrechtlichen Fragen. Sie betreffen das Zulassungsverfahren, die Zulassungsvoraussetzungen und die laufende Überwachung einschliesslich des Zulassungsentzugs (Art. 5 - Art. 18).<sup>68</sup> Die Regelungen sind von ihrem Inhalt her ähnlich gestaltet wie die Bewilligungsverfahren für die Zulassung von Finanzinstituten nach BankG, allerdings angepasst auf die Breite möglicher Zahlungsdienste und die entsprechende Vielfalt der Marktakteure.<sup>69</sup> Aus der Unionsperspektive stechen zudem die Einschränkungen im Hinblick auf die Freizügigkeit (single passport) hervor. So wurde die Stellung der Behörden des Aufnahmestaates im Hinblick auf eine mögliche Ablehnung der Niederlassung gestärkt (Art. 28). Auch bestehen

---

<sup>66</sup> So schon zur PSD1, siehe dazu GRUNDMANN, WM 2009, S. 1110 ff. Im deutschen BGB findet sich der Zahlungsdienstevertrag im Wesentlichen in § 675c - 676c BGB.

<sup>67</sup> Siehe hierzu auch OMLOR, ZIP 12/2016, S. 560; TERLAU, ZBB 2016, S. 125.

<sup>68</sup> Für einen Überblick siehe TERLAU, ZBB 2016, S. 128 ff.

<sup>69</sup> Beispielsweise beträgt das Mindest-Anfangskapital für Zahlungsauslösedienste € 50'000.-- (Art. 7 lit. b i.V.m. Anhang I Nr. 7 PSD2).



Berichtspflichten des ausländischen Zahlungsinstituts an die Behörde des Aufnahmestaates, und diese ist auch zur Überwachung der zivilrechtlichen Vorschriften durch das ausländische Zahlungsinstitut befugt (Art. 29 Abs. 2). Anlass dazu gaben offenbar die zahlreichen Fälle regelwidriger Tätigkeiten von Agenten oder Zweigniederlassungen von Instituten mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat.<sup>70</sup>

### **3. Titel III: Transparenz der Vertragsbedingungen und Informationspflichten**

Titel III (Art. 38-60) enthält den ersten zivilrechtlichen Teil der Richtlinie. Er trägt den Titel *Transparenz der Vertragsbedingungen und Informationspflichten der Zahlungsdienste*. Darin schreibt die Richtlinie im Ergebnis vor, welche Inhalte in den AGB der Zahlungsdienstleister enthalten sein müssen.<sup>71</sup> Die Inhaltsvorgaben selbst sind zu wesentlichen Teilen in Titel IV geregelt. Vereinzelt enthält Titel III aber auch inhaltliche Pflichten für Zahlungsdienste und ihre Nutzer, etwa die Regeln zur Vertragsänderung und zur Kündigung des Rahmenvertrags (Art. 54, 55).

### **4. Titel IV: Rechte und Pflichten bei der Erbringung und Nutzung von Zahlungsdiensten**

Titel IV (Art. 61-103) enthält den zweiten zivilrechtlichen Teil der Richtlinie. Er konkretisiert die *Rechte und Pflichten bei der Erbringung und Nutzung von Zahlungsdiensten*. Hier wird der Zahlungsdienstevertrag inhaltlich abgesteckt. Entsprechend umfangreich gestaltet sich in diesem Teil auch die Richtlinie. Im ersten Kapitel geht es um die verschiedenen Aspekte des Entgelts für die Erbringung von Zahlungsdienstleistungen (Art. 62, 63). Das zweite Kapitel regelt die Rahmenbedingungen für die Autorisierung von Zahlungsvorgängen (Art. 64, 65), den Kontozugang von und die Verpflichtungen seitens dritter Zahlungsdienstleister (Art. 66, 67), die Sorgfaltspflichten im Hinblick auf die Zahlungsinstrumente (Art. 69, 70), das Verfahren

---

<sup>70</sup> So TERLAU, ZBB 2016, S. 129.

<sup>71</sup> Für die Umsetzung im deutschen Recht siehe § 675d BGB und Artikel 248 §§ 1 ff. EGBGB.

und die Haftung bei unautorisierten Zahlungsvorgängen (Art. 71-75) und die Erstattungspflichten im Lastschriftenverfahren (Art. 76, 77). Das dritte Kapitel befasst sich mit der Ausführung von Zahlungsvorgängen und statuiert unter anderem die Unwiderruflichkeit von Zahlungsaufträgen, die Verpflichtung zum Transfer des vollen Betrages, die Ausführungsfristen und Wertstellungsdaten (Art. 82-87) und schliesslich die Haftung bei fehlerhaften Kundenidentifikatoren und bei nicht erfolgter, fehlerhafter oder verspäteter Ausführung von Kundenaufträgen (Art. 88-91). Das vierte Kapitel regelt den Datenschutz (Art. 94). Das fünfte Kapitel befasst sich mit den operationellen und sicherheitsrelevanten Risiken und der Authentifizierung. So sind die Zahlungsdienstleister für angemessene Sicherheitsmassnahmen verantwortlich.<sup>72</sup> Geregelt ist auch die starke Kundenauthentifizierung (Art. 97, 98). Darüberhinaus werden hier Meldepflichten bei schwerwiegenden Betriebs- oder Sicherheitsvorfällen festgelegt, einschliesslich einer Meldepflicht gegenüber dem Nutzer, sofern sich der Vorfall auf die finanziellen Interessen des Nutzers auswirkt oder auswirken könnte.<sup>73</sup> Das abschliessende sechste Kapitel regelt die verschiedenen Rechtsbehelfe im Zusammenhang mit Zahlungsdienstleistungen (Art. 99-103). So können beispielsweise Zahlungsdienstnutzer und andere interessierte Parteien (einschliesslich Verbraucherverbänden) bei den zuständigen Behörden Beschwerde wegen mutmasslicher Verstösse der Zahlungsdienstleister gegen diese Richtlinie einlegen. Damit werden die Aufsichtsbehörden in die Einhaltung der zivilrechtlichen Bestimmungen der Richtlinie eingebunden. Auch werden die Banken durch die PSD2 verpflichtet, Kundenbeschwerden innerhalb von 15 Arbeitstagen zu beantworten.<sup>74</sup> Sie informieren die Kunden auch über mindestens eine Stelle zur alternativen Streitbeilegung.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> Art. 95 PSD2.

<sup>73</sup> Art. 96 Abs. 1 PSD2.

<sup>74</sup> Art. 101 PSD2.

<sup>75</sup> Art. 101 Abs. 3 PSD2.

## 5. Titel V: Delegierte Rechtsakte und Technische Regulierungsstandards

Titel V (Art. 104-106) trägt den Titel *Delegierte Rechtsakte und Technische Regulierungsstandards*. Er regelt die Befugnis der Kommission, bestimmte Anpassungen der Richtlinie vorzunehmen, beispielsweise die Anpassung des Höchstbetrages der Haftung des Kunden bei unautorisierten Transaktionen (Art. 73 Abs. 1), sodann verpflichtet er die Kommission zur Erstellung eines benutzerfreundlichen elektronischen Merkblatts über die Rechte der Verbraucher gemäss der PSD2.

## 6. Titel VI: Schlussbestimmungen

Titel VI enthält die *Schlussbestimmungen*. Er bestimmt unter anderem, dass die Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht bis am 13. Januar 2018 zu erfolgen hat, wobei die Sicherheitsmassnahmen 18 Monate nach dem Inkrafttreten der Regulierungsstandards anzuwenden sind.

# IV. Ausgewählte Eckpunkte in Titel III der PSD2

## 1. Generelle Informationspflichten und Vertragsbedingungen

### a) Regelung in der PSD2

Während Titel IV der PSD2 die Rechte und Pflichten des Zahlungsdienstvertrags festlegt, stellen die Informationspflichten des Titels III sicher, dass diese in den (allgemeinen) Vertragsbedingungen des Zahlungsdienstes auch effektiv so festgehalten werden. Die Richtlinie unterscheidet zwischen Einzelzahlungen und Zahlungen im Kontext von Rahmenverträgen.<sup>76</sup> In beiden Fällen bestehen generelle Informationspflichten.<sup>77</sup> Es handelt sich erstens um Informationen hinsichtlich der *Dienstleistung*, etwa notwendige Zahlungsinformationen<sup>78</sup>, die maximale Ausführungsfrist,<sup>79</sup> die Entgelte und deren

---

<sup>76</sup> Art. 43 ff. (Einzelzahlungen), Art. 50 ff. (Rahmenverträge).

<sup>77</sup> Art. 45, 52 PSD2. Diese Informationen müssen vorgängig zugänglich sein: Art. 44, 51 PSD2.

<sup>78</sup> Art. 45 Abs. 1 lit. a, Art. 52 Ziff. 1 lit. b PSD2.

Aufschlüsselung,<sup>80</sup> allfällige Wechselkurse.<sup>81</sup> Zweitens werden Informationspflichten mit Bezug auf den *Zahlungsauftrag bzw. Zahlungsausführung* statuiert, z.B. die Transaktionsreferenz, den Betrag der Belastung bzw. der Gutschrift, die Entgelte, den allfälligen Wechselkurs und das Wertstellungsdatum der Belastung bzw. der Gutschrift.<sup>82</sup>

Weitere Informationspflichten betreffen die Schutz- und Abhilfemassnahmen, unter anderem Vorkehrungen zur sicheren Aufbewahrung von Zahlungsinstrumenten, die Anzeigepflichten bei Verlust, Diebstahl etc., die Risikoverteilung bei unautorisierten Zahlungen und die Haftung bei fehlerhafter Ausführung.<sup>83</sup> Informiert werden muss sodann über die Möglichkeiten eines Beschwerdeverfahrens und die zuständigen Behörden.<sup>84</sup>

Gewisse Informationspflichten sind für die Schweizer Banken im Zusammenhang mit dem hier interessierenden SEPA-Überweisungssystem nicht relevant. Das gilt für die Informationspflichten im Lastschriftenverfahren,<sup>85</sup> die eben nur für diejenigen Banken beachtlich sind, die dem SEPA-Lastschriften-Scheme beigetreten sind. Auch die Informationspflichten, welche die Drittzahlungsdienstleister, namentlich die Zahlungsauslösedienste betreffen,<sup>86</sup> sind nicht von der Äquivalenzverpflichtung erfasst; das SEPA-Rulebook stellt in Rule 5.1 klar, dass die diesbezüglichen Bestimmungen aufgrund der fehlenden Aufsicht über die Drittzahlungsdienstleister in den Nicht-EU-Staaten nicht zur Anwendung kommen.

---

<sup>79</sup> Art. 45 Abs. 1 lit. b, Art. 52 Ziff. 2 lit. e PSD2.

<sup>80</sup> Art. 45 Abs. 1 lit. c, Art. 52 Ziff. 2 Ziff. 3 PSD2.

<sup>81</sup> Art. 45 Abs. 1 lit. d, Art. 52 Ziff. 2 Ziff. 3 PSD2.

<sup>82</sup> Art. 48 lit. a-e (Zahler, Einzelzahlung, nach Eingang Zahlungsauftrag), Art. 49 lit. a-e (Zahlungsempfänger, Einzelzahlung, nach Ausführung Zahlungsvorgang); Art. 57 lit. a-e (Zahler, Rahmenvertrag, nach Kontobelastung), Art. 58 lit. a-e PSD2 (Zahlungsempfänger, Rahmenvertrag, nach Ausführung Zahlungsvorgang).

<sup>83</sup> Art. 45 Abs. 3 i.V.m. Art. 52 Ziff. 5 PSD2 (für Einzelzahlungen), Art. 52 Ziff. 5 PSD2 (für Rahmenverträge).

<sup>84</sup> Art. 52 Ziff. 7 lit. b PSD2.

<sup>85</sup> Art. 52 Ziff. 5 lit. g PSD2 unter Hinweis auf Art. 76 und 77 PSD2.

<sup>86</sup> Art. 45 Abs. 2 lit. a und b, Art. 46, Art. 47 PSD2.

## **b) Regelung in den AGB der Schweizer Banken**

Die AGB-Praxis der Banken nimmt nicht deckungsgleich alle Punkte auf, über die in Titel III eine Information gefordert wird. Gewisse Punkte fehlen sodann, weil es in der Schweiz keine entsprechenden Verfahren gibt, etwa das in der PSD2 vorgesehene Beschwerdeverfahren. Zahlreiche Punkte sind aber standardmässig enthalten, so etwa die Informationen über die Dienstleistung, die Informationen über den Zahlungsauftrag und die Zahlungsausführung, und die Haftung bei unautorisierten Transaktionen.

## **c) Fazit**

Hinsichtlich der Informationen, welche in den AGB zum Zahlungsverkehr enthalten sind, gibt es weitgehende Überschneidungen mit den Vorgaben der PSD2, auch wenn die Detaillichte teilweise geringer ist. In der Gesamtschau kann man von einem äquivalenten Informationsniveau sprechen.<sup>87</sup> Wenn sich die Zahlungsverkehrs-AGB der Schweizer Banken von den entsprechenden AGB der EU-Banken unterscheiden, so liegt es in erster Linie am *Inhalt* der Regelungen und nicht an der Liste der Regelungspunkte.

## **2. Kontorelevante Bestimmungen**

### **a) Regelung in der PSD2**

Im Zusammenhang mit den Rahmenverträgen enthält Titel III auch inhaltliche Vorgaben zum Kontovertrag.<sup>88</sup> So darf etwa bei Zahlungskonten für die monatliche Kontoübersicht keine Gebühr verlangt werden.<sup>89</sup> Geregelt werden auch die Änderungen der zahlungsrelevanten Vertragsbedingungen.<sup>90</sup> Sie müssen zwei Monate vor Inkrafttreten angezeigt werden,<sup>91</sup> wobei

---

<sup>87</sup> So auch HESS, Euro-Zahlungen, S. 80.

<sup>88</sup> So auch GRUNDMANN, WM 2009, S. 1113 (zur diesbezüglich gleich aufgebauten PSD1).

<sup>89</sup> Art. 57 Abs. 2 PSD2. Gemäss Art. 57 Abs. 3 PSD2 können die Mitgliedstaaten als weitergehende Regelung verlangen, dass die Information in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger mindestens einmal monatlich kostenlos mitgeteilt wird.

<sup>90</sup> Art. 54 PSD2.

<sup>91</sup> Art. 54 Abs. 1 PSD2.

die Banken eine Genehmigungsfiktion vorsehen können, falls der Kunde die Ablehnung nicht vor dem vorgeschlagenen Tag des Inkrafttretens der Änderung angezeigt hat.<sup>92</sup> Im Falle der Ablehnung der Änderungen hat der Kunde das Recht, den Rahmenvertrag jederzeit bis zum Tag der Anwendung der Änderungen kostenlos zu kündigen.<sup>93</sup>

Geregelt wird in Titel III auch die Kündigung des Zahlungsdienst-Rahmenvertrags – und damit des Zahlungskontovertrags. Der Kunde kann den Vertrag jederzeit und kostenlos<sup>94</sup> kündigen, wobei die Vereinbarung einer Höchstkündigungsfrist von einem Monat zulässig ist. Das Kündigungsrecht der Bank bedarf demgegenüber der besonderen Regelung (wobei eine AGB-Regelung zulässig ist). Sie beträgt zwei Monate.<sup>95</sup> In der (deutschen) Lehre wird darauf hingewiesen, dass eine Kündigung aus wichtigem Grund möglich bleibt.<sup>96</sup>

## **b) Regelung in den AGB der Schweizer Banken**

In der Schweiz sind Gebühren für die Führung eines Zahlungskontos durchaus üblich. Sie beziehen sich aber nicht spezifisch auf die Zusendung der Kontoübersicht, weshalb die Praxis den Vorgaben der PSD2 jedenfalls formell entspricht.

Vertragsänderungen sind in den AGB durchweg über die Genehmigungsfiktion geregelt, was die PSD2 auch ausdrücklich vorsieht. Hingegen fehlt jeweils eine Bestimmung über die zweimonatige Ankündigungsfrist – was Folgen hat für die weitere Regelung der Zustimmung bzw. Ablehnung der Änderung. Ohne einen festen Zeitpunkt für die Vertragsänderung mit (mindestens) zweimonatiger vorheriger Ankündigungsfrist ist es nicht möglich, dem Kunden bis zu dieser Änderung ein Widerspruchsrecht einzuräumen. Stattdessen wird dem Kunden meist eine 30-tägige Widerspruchsfrist

---

<sup>92</sup> Art. 54 Abs. 1 PSD2 Unterabsatz 2.

<sup>93</sup> Art. 54 Abs. 1 PSD2 Unterabsatz 2.

<sup>94</sup> Eine Ausnahme von der Kostenlosigkeit gilt für Verträge, die weniger als sechs Monate in Kraft waren (Art. 55 Abs. 2 PSD2).

<sup>95</sup> Art. 55 Abs. 3 PSD2.

<sup>96</sup> GRUNDMANN, WM 2009, S. 1114. Der Autor weist zudem darauf hin, dass im Falle einer fehlenden Kündigungsabrede ein ewiger Vertrag nach deutschem Recht sittenwidrig wäre. Allerdings ist nicht anzunehmen, dass die Banken eine Kündigungsklausel weglassen.

eingräumt, nach deren Ablauf die Genehmigungsfiktion greift. Das ist allerdings nur halb so lang wie die Frist in der PSD2. Darüberhinaus sehen gewisse AGB vor, dass die erste Nutzung seit Bekanntgabe der Änderung als Genehmigung gilt. Das widerspricht nicht nur der PSD2, sondern es verstösst auch gegen Art. 8 UWG. Denn jedenfalls im E-Banking – und dieses bildet in der Schweiz den Standardfall – wird der Kunde über die Änderung informiert, wenn er eine Zahlung auslösen will. In diesem Moment ist er aber in seiner Entscheidungsfreiheit massiv beeinträchtigt, denn er will die geplante Zahlung fristgerecht auslösen, und nicht zuerst bei einer anderen Bank ein Konto eröffnen, um dann die Zahlung vorzunehmen. Ihm aufgrund der Nutzung des Zahlungsdienstes eine Zustimmung zu unterstellen, ist treuwidrig.

Unterschiedlich geregelt sind schliesslich die Kündigungsfristen. Die AGB der Schweizer Banken sehen ein jederzeitiges, beidseitiges Kündigungsrecht vor. Es gibt also keine einmonatige Höchstfrist für den Kunden und es gibt auch keine zweimonatige Mindestfrist für die Banken. Beides wäre ein Verstoß gegen das zwingende sofortige Kündigungsrecht in Art. 404 Abs. 1 OR. Soweit die Kundenseite betroffen ist, kann man den Widerspruch auflösen, denn die PSD2 sieht vor, dass die Mitgliedstaaten Vorschriften erlassen können, die für den Zahlungsdienstnutzer vorteilhafter sind.<sup>97</sup> Damit bleibt es beim Unterschied hinsichtlich der zweimonatigen Mindestfrist für die bankseitige Kündigung, die in den AGB der Schweizer Banken nicht abgebildet ist und nach schweizerischem Recht auch nicht zulässig wäre.

### **c) Fazit**

Während die AGB-Praxis der Schweizer Banken hinsichtlich der Informationspflichten zum Überweisungsverkehr im Grossen und Ganzen den Vorgaben der PSD2 entspricht, zeigen sich bei den kontorelevanten Bestimmungen des dritten Titels der PSD2 deutliche Unterschiede.

Allerdings stellt sich die Frage, ob sich die Schweizer Banken überhaupt zur Einhaltung dieser Vorgaben verpflichtet haben. Denn das Rule Book verlangt die Einhaltung der Vorgaben der PSD (Titel III und IV) nur inso-

---

<sup>97</sup> Art. 55 Abs. 6 PSD2.

fern, als sie «relevant für SEPA Credit Transfers» sind – also nur für Euro-Überweisungen.<sup>98</sup> Die Verpflichtung betrifft also die *transaktionsbezogenen* Bestimmungen in Titel III und IV, und nicht diejenigen, die sich auf die Kontoführung beziehen. Dafür sprechen auch der Gegenstand und die Zielsetzung des SEPA-Regelwerks für den Überweisungsverkehr. Das Regelwerk (Scheme) soll Euro-Überweisungsverkehr regeln (Rule 1.1., Vision) und es soll die Unterschiede zwischen nationalen und grenzüberschreitenden Zahlungen eliminieren. Das Regelwerk, dem die Schweizer Banken beigetreten sind, fokussiert also auf die Transaktion und nicht auf die Kontoführung. Die beiden Bereiche sind zwangsläufig eng verknüpft und für die Teilnehmenden aus den EU-Mitgliedstaaten spielt die Unterscheidung auch keine Rolle. Für die teilnehmenden Kreditinstitute aus Nicht-EU-Ländern ist diese Einschränkung aber von Bedeutung.

Allerdings ist zu beachten, dass selbst die kontobezogenen Regelungen sich auf den Zahlungsverkehr beschränken. Art. 54 PSD2 über die Vertragsänderung bezieht sich ausdrücklich nur auf die Informations- und allgemeinen Vertragspflichten in Art. 52 PSD2. Andere Kontovertragsänderungen sind davon (theoretisch) nicht erfasst. Auch bei der Kündigung geht es um den Rahmenvertrag über die Zahlungsdienste – auch wenn sie regelmässig Teil des Kontovertrages bilden. Weiter ist zu bedenken, dass die Teilnahme am Scheme voraussetzt, dass alle die gleichen Wettbewerbsbedingungen vorfinden (Rule 5.1), und dass dies nur der Fall ist, wenn die Zahlungsdienstleister, die sich an SEPA beteiligen, auch im Hinblick auf die Kontoführung denselben Bedingungen unterliegen. Zudem enthält Rule 5.14 die Verpflichtung, soweit möglich von der Ausübung von Rechten abzusehen, die der PSD widersprechen. Der Wortlaut von Rule 5.14 Abs. 2 enthält – anders als Rule 5.14 Abs. 1 – keine Einschränkung im Hinblick auf das SEPA-Überweisungssystem. Es besteht also die Erwartung eines *best effort* zur Einhaltung aller Bestimmungen in Titel III und IV der PSD2. Soweit es also die Schweizer Banken selbst in der Hand haben und nicht aufgrund der regulatorischen Strukturen daran gehindert sind, PSD-konform zu agieren, kann man darin eine Verpflichtung sehen, auch die kontobezogenen Bestimmungen in Titel III und IV der PSD2 einzuhalten.

---

<sup>98</sup> CTSR 2017 Rule 5.14.



Insgesamt ist wohl davon auszugehen, dass die SEPA-Verpflichtung der Schweizer Banken auch die (wenigen) kontorelevanten Bestimmungen der PSD2 mit umfasst. Damit bleibt es bei den Unterschieden zwischen den AGB der Schweizer Banken und den Vorgaben der PSD2 bei den kontorelevanten Bestimmungen.

## **V. Ausgewählte Eckpunkte in Titel IV der PSD2**

Titel IV der PSD2 enthält den Kern des PSD-Privatrechts, nämlich die Regeln über die inhaltliche Ausgestaltung des Zahlungsdienstvertrages. Es ist im Wesentlichen ein privatrechtliches Verbraucherschutzrecht für die Rechtsbeziehung im Zahlungsverkehr.

Um die Stossrichtung der PSD2 zu verdeutlichen, sollen nachfolgend drei typische Störfälle und deren Lösung in der PSD2 vorgestellt werden. Dies erlaubt einen Vergleich mit den schweizerischen Lösungen. Da es insgesamt um Zahlungsvorgänge geht und auf der Dienstleisterseite die Banken stehen, wird der Einfachheit halber von Banken (statt Zahlungsdiensteanbieter) und Kunden (statt Zahlungsdienstnutzer) gesprochen.

### **1. Nicht erfolgte, fehlerhafte oder verspätete Ausführung des Zahlungsvorgangs**

Im ersten Störfall geht es darum, dass ein Zahlungsvorgang ordnungsgemäss in Auftrag gegeben wurde, anschliessend aber ein Fehler passiert: Die Zahlung wird nicht<sup>99</sup>, fehlerhaft<sup>100</sup> oder verspätet ausgeführt.

#### **a) Regelung in der PSD2**

Die Grundregel der PSD2 lautet: Wenn auf der Ebene der Banken ein Fehler passiert ist, so ist dieser auf der Ebene der Banken zu beheben, und zwar unverzüglich.

---

<sup>99</sup> Nicht erfolgt ist die Zahlung, wenn mit ihrer Ausführung nicht begonnen wurde oder wenn der Zahlungsbetrag innerhalb der Zahlungskette verloren gegangen ist. MüKo-BGB ZETSCHKE, § 675y BGB N 9.

<sup>100</sup> Fehlerhaft ist z.B. eine Zahlung, bei der eine unberechtigte Kürzung erfolgt ist, oder wenn sie an eine falsche Person erfolgt ist. MüKo-BGB ZETSCHKE, § 675y BGB N 10.

Die PSD2 stellt klar, dass in diesen Fällen die kontoführende Bank haftet, ausser sie könne nachweisen, dass der Betrag bei der Empfängerbank ordnungsgemäss eingegangen ist.<sup>101</sup> Kann sie dies nicht, so hat die kontoführende Bank im Falle einer nicht oder fehlerhaft vorgenommenen Zahlung den Betrag unverzüglich zu erstatten bzw. wieder gutschreiben, mit Wertstellung zum Datum der Belastung.<sup>102</sup> Kann sie die ordnungsmässige Zahlung nachweisen, haftet die Empfängerbank, und sie muss dem Zahlungsempfänger den Betrag unverzüglich gutschreiben, mit Wertstellung auf den Zeitpunkt der ordnungsgemässen Gutschrift.<sup>103</sup>

Bei einer verspäteten Ausführung des Zahlungsauftrags<sup>104</sup> muss die Empfängerbank auf Verlangen der Zahlerbank sicherstellen, dass der Betrag auf dem Zahlungskonto des Zahlungsempfängers spätestens zu dem Datum wertgestellt wird, zu dem der Betrag bei korrekter Ausführung wertgestellt worden wäre. Mit anderen Worten: Den Banken wird die Verantwortung übertragen, dass Fehler bei der Erfüllung der Dienstleistung auf der Dienstleisterstufe behoben werden.

Die Banken haften darüberhinaus für alle von ihnen zu verantwortenden Entgelte und für Zinsen, die dem Kunden infolge einer nicht erfolgten, einer fehlerhaften oder einer verspäteten Ausführung in Rechnung gestellt werden.<sup>105</sup> Zu den Entgelten gehören die in Rechnung gestellten Entgelte für die Transaktion oder die Entgelte, die aufgrund der fehlerhaften Zahlung sonst entstehen können, z.B. Kontoüberziehungsgebühren.<sup>106</sup>

Die nationalen Rechtsordnungen können weitergehende Entschädigungsansprüche vorsehen.<sup>107</sup> Unabhängig von dieser Haftung ist die Bank verpflichtet, sich auf Verlangen des Kunden zu bemühen, den Zahlungsvorgang zurückzuverfolgen und den Zahler über das Ergebnis zu unterrichten. Er darf dem Zahler dafür kein Entgelt in Rechnung stellen.<sup>108</sup>

---

<sup>101</sup> Art. 89 Abs. 1 PSD2.

<sup>102</sup> Art. 89 Abs. 1 Unterabsatz 1.

<sup>103</sup> Art. 89 Abs. 1 Unterabsatz 4 und 5.

<sup>104</sup> Nach der PSD2 (und schon der PSD1) ist die Ausführungsfrist T+1, der Zahlungsbetrag muss also spätestens am Ende des auf den Zugangszeitpunkt des Zahlungsauftrags folgenden Geschäftstags bei der Empfängerbank eingehen, Art. 83 Abs. 1 PSD2.

<sup>105</sup> Art. 89 Abs. 3 PSD2. Siehe dazu LINARDATOS, WM 2014, S. 305.

<sup>106</sup> PALANDT BGB-SPRAU, § 675y N 17.

<sup>107</sup> Art. 91 PSD2.

<sup>108</sup> Art. 89 Abs. 1 Unterabsatz 7.

## **b) Regelung in den AGB der Schweizer Banken**

In der Schweiz lautet die Standardklausel für die fehlerhafte Ausführung der Zahlungsaufträge wie folgt: «Werden Aufträge (ausgenommen Börsenaufträge) mangelhaft oder zu Unrecht nicht bzw. nicht rechtzeitig ausgeführt und entsteht ein Schaden, haftet [die Bank] für den Zinsausfall, es sei denn, dass sie im Einzelfall auf die drohende Gefahr eines darüber hinausgehenden Schadens aufmerksam gemacht worden ist.»

Die Handlungspflicht der Bank reduziert sich also im Regelfall auf die Erstattung des Zinsschadens. Es gibt keine Handlungspflicht zur unverzüglichen Gutschrift und vor allem gibt es keine interne Kompensations- und Abstimmungspflicht zwischen den Banken bei einer verspäteten Zahlung. Schliesslich fehlt auch die Pflicht zur unverzüglichen kostenlosen Nachforschung.

## **c) Fazit**

Vergleicht man die Pflichtenlage bei nicht erfolgten, fehlerhaften oder verspäteten Zahlungsausführungen, so lässt sich nicht übersehen, dass der Pflichtenkatalog gemäss PSD2 für die Banken deutlich umfangreicher ausfällt. Die Pflichten könnten auch im schweizerischen Recht ohne Weiteres aus der auftragsrechtlichen Treuepflicht abgeleitet werden. Aber im Blueprint für die Bank/Kundenbeziehung, nämlich in den AGB, sind diese Pflichten nicht ausdrücklich festgehalten. Im Ergebnis bestehen also für den hier behandelten Störfall noch einige Unterschiede zwischen der Regelung in der PSD2 und dem schweizerischen Lösungsansatz.

## **2. Fehlerhafte Kundenidentifikatoren**

Der zweite Störfall betrifft die fehlerhaften Kundenidentifikatoren, sprich: die Eingabe einer falschen IBAN. Der Hintergrund dieser Regel ist, dass die Abgleichung der IBAN des Empfängers mit dessen Namen nicht mehr vorgeschrieben ist, weil sonst die kurzen Ausführungsfristen (Gutschrift bis Ende des folgenden Geschäftstages)<sup>109</sup> nicht eingehalten werden könnten.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> Art. 83 Abs. 1 PSD2.

Ein solcher Fehler wird allerdings ausserordentlich selten auftreten, weil die IBAN eine Prüfziffer enthält und einfache Verschreiber vom Banksystem sofort erkannt werden.<sup>111</sup>

Kommt es allerdings trotzdem zur Zahlung, weil der Verschreiber zufällig einer tatsächlich existierenden IBAN entspricht, so stellt sich die Frage nach den Rechten und Pflichten der involvierten Parteien.

#### a) **Regelung in der PSD2**

Wie oben erwähnt, gilt nach der PSD2, dass die Bank die Überweisung allein anhand der Kundenkennung vornehmen kann und eine solche Überweisung als ordnungsgemäss ausgeführt gilt<sup>112</sup> – mit der Konsequenz, dass der Bank ein Aufwendungsersatz gegenüber der anweisenden Kundin zusteht. Hat die Kundin eine falsche IBAN angegeben und ist die Zahlung erfolgt,<sup>113</sup> hat sie den Fehler zu vertreten. Sie hat weder einen Anspruch gegen ihre Bank,<sup>114</sup> noch gegen die Bank des (fehlerhaft genannten) Empfängers. Ihr bleiben nur bereicherungsrechtliche Ansprüche gegen den (falschen) Empfänger,<sup>115</sup> von dem sie aber lediglich die IBAN kennt. Einer Auskunft zur Identität des Empfängers steht aber das Bankgeheimnis der Empfängerbank entgegen, das diese auch gegenüber der kontoführende Bank geltend machen kann, falls letztere die Anfrage für die Kundin vornimmt.<sup>116</sup> Vor diesen Hintergrund trifft die PSD2 folgende Lösung:

Die kontoführende Bank wird verpflichtet, sich im Rahmen des Zumutbaren um die Wiedererlangung des Geldbetrages zu bemühen.<sup>117</sup> Sodann

---

<sup>110</sup> So die Begründung der Bundesregierung zum Umsetzungsgesetz für die PSD1, BT-Drucksache 16/11643 vom 21.01.2009, S. 110 (Die Ausführung nach der Kundenkennung sei erforderlich, um die verkürzten EWR-weiten Ausführungsfristen zu ermöglichen). Zu dieser Begründung auch HOFFMANN, WM 2016, S. 1110.

<sup>111</sup> Hoffmann, WM 2016, S. 1111. Zu den Prüfzifferberechnungsverfahren siehe die Nachweise bei BAUMBACH/HOPT HGB-HOPT, Bankgeschäfte, Rn. C/44.

<sup>112</sup> Art. 88 Abs. 1 PSD2.

<sup>113</sup> Zu den anderen Konstellationen siehe HOFFMANN, WM 2016, S. 1111 ff.

<sup>114</sup> Art. 88 Abs. 1 und 2 PSD2.

<sup>115</sup> So Auch PSD2 Erw. 88.

<sup>116</sup> Für die Einzelkonstellationen im Rahmen der deutschen Regelung siehe BAUMBACH/HOPT HGB-HOPT, Bankgeschäfte, Rn. C/43 ff.

<sup>117</sup> Art. 88 Abs. 3 PSD2. Siehe auch § 675y Abs. 5 Satz 2 BGB. Hierfür kann die Bank ein Entgelt verlangen, siehe Art. 88 Abs. 4 PSD2 und § 675y Abs. 5 Satz 5 BGB.

sieht die Richtlinie vor, dass die Bank des Zahlungsempfängers sich an den Bemühungen zur Wiedererlangung beteiligt, und zwar unter anderem dadurch, dass er der kontoführenden Bank alle für die Wiedererlangung massgeblichen Informationen mitteilt.<sup>118</sup> Mit anderen Worten wird für die Fälle einer Zahlung mit falscher Kundenkennung das Bankgeheimnis zurückgedrängt und die Empfängerbank wird zur «Zusammenarbeit» mit der Zahlerbank verpflichtet.<sup>119</sup> Diese Zusammenarbeit besteht «auch» in der Weitergabe der Empfängerinformationen. Daraus wird geschlossen, dass die Mitwirkungspflichten der Empfängerbank sich auf weitere Mitwirkungshandlungen erstreckt, wobei deren Umfang noch nicht abschliessend geklärt ist.<sup>120</sup>

Die Informationen bleiben in diesem Rahmen bei der Bank des Kunden und werden nicht an diesen weitergegeben. Nur für den Fall, dass die Wiedererlangung des Geldbetrages scheitert, hat der Kunde einen Anspruch darauf, dass ihm seine Bank alle ihr verfügbaren Informationen mitteilt, damit der Kunde selbst seine Ansprüche gegen den (falschen) Empfänger geltend machen kann.<sup>121</sup> Aus den Mitwirkungspflichten der Empfängerbank schliessen einige Autoren sodann auf eine rechtliche (Sonder-)verbindung zwischen der anweisenden Kundin und der Empfängerbank.<sup>122</sup>

## **b) Regelung in den AGB der Schweizer Banken**

Ein Blick auf die AGB von mehreren Schweizer Banken zeigt, dass zwar die SEPA-Überweisung geregelt ist. Sie beschränkt sich allerdings regelmässig auf die notwendigen Angaben für eine SEPA-Überweisung. Die Frage der falschen IBAN-Kennung wird nur zum Teil geregelt. Wo sich eine Regel

---

<sup>118</sup> Art. 88 Abs. 3 PSD2. Noch weitergehend § 675y Abs. 5 Satz 3 BGB, der von einer «Verpflichtung» des Zahlungsdienstleisters des Zahlungsempfängers spricht.

<sup>119</sup> PSD2, Erw. 88.

<sup>120</sup> Die Umsetzung in § 675y Abs. 5 Satz 3 BGB sieht nur die Mitwirkungspflicht i.S.d. Informationslieferung vor. Für weiterführende Mitwirkungspflichten aber BÖGER, Neue Rechtsregeln, S. 292 und HOFFMANN, WM 2016, S. 1115 f. Die Pflichten sollen etwa die Aufforderung an den Zahlungsempfänger beeinhaltend, der Rückleitung des Betrags zuzustimmen. Einem Stornorecht der Empfängerbank stehen beide Autoren kritisch gegenüber.

<sup>121</sup> Art. 88 Abs. 3 Unterabsatz 2 PSD2.

<sup>122</sup> HOFFMANN, WM 2016, S. 1114; zustimmend BÖGER, Neue Rechtsregeln, S. 292.

findet, lautet sie wie folgt: «Bei Verwendung der IBAN ist der Kunde sowohl als Auftraggeber als auch als Zahlungsempfänger damit einverstanden, dass die Verarbeitung des Zahlungsauftrages einzig anhand der IBAN erfolgt.» Unterstützungspflichten seitens der Zahlerbank oder der Empfängerbank sind nicht vorgesehen.<sup>123</sup>

### c) **Fazit**

Die Grundregeln im Störfall «falsche Kundenidentifikationen» sind unter der PSD2 und den AGB von Schweizer Banken dieselben. Eine Zahlung unter Verwendung einer gültigen IBAN darf ausgelöst werden. Die AGB der Schweizer Banken machen hier halt, während die PSD2 explizit eine Pflicht der Banken statuiert, den Kunden bei der Wiedererlangung seiner Gelder zu unterstützen.

## 3. **Legitimationsmängel (nicht autorisierte Zahlungsvorgänge)**

Der letzte Störfall betrifft die Legitimationsmängel. Das ist gleichzeitig der zentrale Störfall, weil mit der Verbreitung des Online-Banking die Betrugsfälle zunehmen. Nach der PSD gilt ein Zahlungsvorgang nur dann als autorisiert, wenn der Zahler der Ausführung des Zahlungsvorgangs zugestimmt hat. Fehlt die (vorgängige oder nachträgliche) Zustimmung, so gilt der Zahlungsvorgang als nicht autorisiert.<sup>124</sup> Nicht autorisiert sind namentlich Zahlungen, die einen Legitimationsmangel aufweisen, die also aufgrund einer unbefugten Nutzung der Legitimationsinstrumente des Zahlers erfolgen (z.B. Hacking, Diebstahl oder sonstige unbefugte Nutzung der Kontozugangsmittel).<sup>125</sup>

---

<sup>123</sup> Anders bei Anwendbarkeit des SWIFT-Verfahrens, siehe dazu BGE 126 III 20.

<sup>124</sup> Art. 64 Abs. 1 und 2 PSD2. Das bedeutet auch, dass im Privatrecht der Mitgliedstaaten (namentlich in Deutschland) Rechtsscheinsgrundsätze wie die Duldungs- und Anscheinsvollmacht wegen des Vorrangs des europäischen Rechts zurücktreten müssen. Siehe BAUMBACH/HOPT HGB-HOPT, Bankgeschäfte, Rn. C/35 m.w.N. (insb. auch BGH XI ZR 91/14 vom 26. Januar 2016 = BGH, NJW 2016, 2024 Rn. 58 ff.).

<sup>125</sup> Die PSD2 spricht in diesem Zusammenhang von «Zahlungsinstrumenten», siehe Art. 74 Abs. 1 PSD2.

**a) Regelung in der PSD2**

Die PSD2 folgt bei der rechtlichen Erfassung eines Legitimationsmangels folgender Grundstruktur: Wenn die Bank an einen Unbefugten leistet, hat sie nicht richtig erfüllt. Der Kunde hat einen Erstattungsanspruch gegen die Bank, denn diese schuldet ihm nach wie vor ihre Leistung. Konkret: Sie muss den abgebuchten Betrag wieder gutschreiben. Die Bank erleidet dadurch im Normalfall einen Schaden, denn sie hat den Betrag bereits überwiesen und müsste ihn vom Empfänger zurückholen, was schwierig ist, wenn es sich um einen Betrüger handelt. Sie hat aber gegebenenfalls für diesen Schaden einen Ersatzanspruch gegen den Kunden. Dies ist dann der Fall, wenn der Kunde pflichtwidrig zum Schaden der Bank beigetragen hat, zum Beispiel, indem er seine Zugangsdaten nicht sorgfältig aufbewahrt hat.

Die PSD2 konkretisiert das Zusammenspiel von Erstattungspflicht der Bank und Schadenersatzpflicht des Kunden in mehreren Bestimmungen. Die grundsätzliche Stossrichtung des Regelungsansatzes wird folgendermassen zusammengefasst: «Das Risiko für eine nicht autorisierte ('missbräuchliche') Zahlung trägt der Zahlungsdienstleister des Zahlers.»<sup>126</sup>

**aa) Erstattungspflicht der Bank**

Erstens muss die Bank, sobald die Kundin eine nicht autorisierte Belastung geltend macht, den Betrag unverzüglich, nämlich bis zu nächsten Geschäftstag, wieder gutschreiben. Eine Ausnahme gilt nur, wenn die Bank sie berechtigte Gründe für den Verdacht hat, dass seitens des Kunden ein Betrug vorliegt. Selbst in diesem Fall darf sie die Gutschrift nur verweigern, wenn sie der Behörde eine entsprechende Meldung erstattet.<sup>127</sup> Die Schwelle wird also sehr hoch gelegt. Im Ergebnis muss die Bank den Betrag zunächst wieder gutschreiben.

---

<sup>126</sup> BAUMBACH/HOPT HGB-HOPT, Bankgeschäfte, Rn. C/54. Zur Rechtslage im deutschen Recht vor der PSD1 (Bereicherungsansprüche) siehe DIECKMANN, WM 2015, S. 14 ff.; Piekenbrock, WM 2015, S. 797 ff.

<sup>127</sup> Art. 73 Abs. 1 PSD2. Der Absatz stellt zudem auch klar, dass das Konto auf den Zeitpunkt der (unautorisierten) Belastung wertgestellt werden muss. Sodann können gemäss Art. 73 Abs. 3 PSD2 die nationalen Rechtsordnungen weitergehende Ansprüche des Zahlers gegen den Zahlungsdienstleister vorsehen.

Was den weiteren Verlauf der Auseinandersetzung angeht, so muss die Bank gegenüber dem Kunden namentlich nachweisen, dass der Zahlungsvorgang authentifiziert, ordnungsgemäss aufgezeichnet und nicht durch eine technische Panne oder einen anderen Mangel beeinträchtigt wurde.<sup>128</sup> Die Authentifizierung gilt als erfolgt, wenn die Bank die Nutzung der vereinbarten Authentifizierungsinstrumente, namentlich also die Verwendung der persönlichen Sicherheitsmerkmale,<sup>129</sup> ordnungsgemäss überprüft hat. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, gilt die Zahlung als nicht autorisiert.

Selbst wenn die richtigen Legitimationsmittel, also die richtige PIN und TAN verwendet wurde, heisst das nicht automatisch dass die Zahlung autorisiert war. Das ordnungs- und systemgemässe Transaktionsprotokoll erfüllt lediglich die Mindestvoraussetzungen dafür, dass die Zahlung nicht von vornherein als nicht autorisiert qualifiziert wird. Die PSD2 hält ausdrücklich fest, der Nachweis einer ordnungsgemässen Authentifizierung reiche «für sich gesehen nicht notwendigerweise aus», um eine Autorisierung durch den Kunden zu belegen.<sup>130</sup> Die beweisrechtliche Konkretisierung erfolgt durch die Gerichte der Mitgliedstaaten.

Orientiert man sich an der deutschen Rechtsprechung, so ist die Hürde sehr hoch. Die Formel «für sich gesehen nicht notwendigerweise» wurde von einigen Gerichten so ausgelegt, dass die Verwendung der korrekten Zugangsdaten generell keinen prima-facie Beweis (Anscheinsbeweis) für die Autorisierung durch den Kontoinhaber liefert, während andere Gerichte bei gewissen Authentifizierungsverfahren (smsTAN, chipTAN) einen solchen Beweis zuliessen.<sup>131</sup> Der BGH hat sich in einer Entscheidung aus dem Jahr

---

<sup>128</sup> Art. 72 Abs. 1 Unterabsatz 2 PSD2.

<sup>129</sup> Für andere Beispiele siehe PALANDT BGB-SPRAU, § 675w N 3: Eingang des Zahlungsauftrags auf dem vereinbarten Weg, Überprüfung von Sicherheitsmerkmalen, Kundennummer und PIN bei Abhebung am Geldautomaten, Überprüfung von Kundenkennung, PIN und TAN beim Onlinebanking, Abfrage von Kundenkennung und Kennwort im Telephonbanking.

<sup>130</sup> Art. 72 Abs. 2 PSD2.

<sup>131</sup> Übersicht zur Rechtsprechung bei HOEREN/KAIRIES, WM 2015, S. 549 ff. Für eine Kurzfassung HOEREN/KAIRIES, ZBB 2015, S. 35 Fn. 1 (kein Anscheinsbeweis) und S. 37 Fn. 13 und 15 (Anscheinsbeweis für das smsTAN und das chipTAN-Verfahren bejaht, wobei jeweils subsidiär eine grobe Fahrlässigkeit angenommen wurde). Anschaulich – auch im Hinblick auf den Ablauf einer Hacking-Attacke – ist in diesem Zusammenhang ein Entscheid des LG Köln, Urt. v. 26.8.2014 – 3 O 390/13, WM 2014, S. 2372, NJW



2016 aber dahingehend geäußert, dass ein Anscheinsbeweis im Falle der korrekten Authentifizierung nicht gänzlich ausgeschlossen ist. Voraussetzung ist allerdings, dass auf der Grundlage aktueller Erkenntnisse die allgemeine praktische Unüberwindbarkeit des eingesetzten Sicherungsverfahrens sowie dessen ordnungsgemäße Anwendung und fehlerfreie Funktion im konkreten Fall feststehen. Der Kunde muss zur Erschütterung dieses Anscheinsbeweises sodann keinen konkreten und erfolgreichen Angriff gegen das Authentifizierungsinstrument (PIN, TAN) vortragen und beweisen, sondern er kann sich auch auf andere Umstände stützen, die für einen nicht autorisierten Zahlungsvorgang sprechen (z.B. geographische Entfernung vom Computer, von dem aus die Zahlung ausgelöst wurde).<sup>132</sup>

Im Ergebnis kommt es also, wenn der Kunde eine nicht autorisierte Zahlung geltend macht, in einem ersten Schritt zu einer unverzüglichen Erstattungspflicht der Bank. Im zweiten Schritt stellt sich dann die Frage nach dem Schadenersatzanspruch der Bank gegenüber dem Kunden.

#### **bb) Schadenersatzanspruch gegenüber dem Kunden**

Die Bank hat für den Schaden, der ihr aufgrund der unverzüglichen Erstattungspflicht entsteht, grundsätzlich einen Schadenersatzanspruch gegenüber dem Kunden. Diese ist stufenweise geregelt.

---

2014, S. 3735: Der Kunde erhielt eine Meldung, das Online-Konto sei momentan nicht verfügbar. Er liess das Konto sperren, überprüfte seine Firewall-Einstellungen und seine Antiviren-Software. Das Konto wurde wieder freigeschaltet, es enthielt keine Unregelmäßigkeiten. Einige Tage später wollte der Kunde eine Überweisung tätigen. Da erschien auf der Banking-Portal-Seite die Meldung, dass die Sicherheitseinstellungen auf Grund der vorübergehenden Sperrung neu überprüft werden müssen. Dem Kunden wurde «Sicherheitstest jetzt ausführen» angezeigt, die dieser mit «Ja» bestätigte. Danach erschien auf dem Handy des Kunden eine TAN für eine Überweisung im Betrag, den der Kunde vorher hatte überweisen wollen. Die IBAN erwies sich aber im Nachhinein als falsch. Der Kunde führte diese Zahlung aus und danach noch die anfangs geplante Überweisung. Das Gericht hielt dafür, dass die erste Zahlung entweder autorisiert war, oder dass sie grob fahrlässig verursacht wurde, weil der Kunde die IBAN nicht abgeglichen hatte. Zum chipTAN-Verfahren siehe LG Darmstadt, Urt. v. 28.08.2014 - 28 O 36/14, WM 2014, S. 2323 (Beschreibung des chipTAN-Verfahrens).

<sup>132</sup> BGH XI ZR 91/14 vom 26. Januar 2016 = NJW 2016, S. 2024 Rn. 20 ff., insb. Rn. 38. Im Entscheid ging es um ein smsTAN-Verfahren. Der BGH weist diesbezüglich auf bekanntgewordene Sicherheitslücken hin.

Den Kunden trifft eine volle Schadenersatzpflicht, wenn er in betrügerischer Absicht gehandelt hat.<sup>133</sup> In diesem Zusammenhang gilt wiederum die Beweislastregel, wonach die ordnungsgemässe Authentifizierung und die ordnungsgemässe Aufzeichnung des Zahlungsvorgangs nicht genügt, um dem Kunden eine betrügerische Absicht zu unterstellen. Die PSD2 hält weitergehend fest, dass die Bank «unterstützende Beweismittel» vorlegen muss, wenn sie den Betrug des Kunden nachweisen will.<sup>134</sup>

Den Kunden trifft weiter eine volle Schadenersatzpflicht, wenn er grob fahrlässig seine Sicherungs- und Anzeigepflichten verletzt hat.<sup>135</sup> Allerdings verliert die Bank selbst in diesem Fall ihren Schadenersatzanspruch, wenn sie keine starke Kundenauthentifizierung verlangt hat.<sup>136</sup> Man schafft mithin über die Risikoverteilung einen weiteren Anreiz zur Implementierung der geforderten Sicherheitsstandards.

Bei leichtem Verschulden haftet der Kunde für einen Höchstbetrag von 50 Euro.<sup>137</sup> Wenn ihn gar kein Verschulden trifft, so entfällt die Haftung auch im Umfang des Höchstbetrages.<sup>138</sup>

#### cc) Fazit

Die PSD2 geht vom Grundsatz der Erstattungspflicht der Bank aus und richtet dann den Blick auf das Kundenverhalten, um festzustellen, ob die Bank verrechnungsweise einen Schadenersatz geltend machen kann. Sie verknüpft die Erstattungspflicht aber mit den technischen Sicherheitsanforderungen und bestraft über das Haftungsregime diejenigen Banken, welche die vorgesehenen Sicherheitsstandards nicht umsetzen.

---

<sup>133</sup> Art. 74 Abs. 1.

<sup>134</sup> Art. 72 Abs. 2 PSD2.

<sup>135</sup> Art. 74 Abs. 1 Unterabsatz 3.

<sup>136</sup> Art. 74 Abs. 2 PSD2.

<sup>137</sup> Der Maximalbetrag verdeutlicht, dass es nicht um eine effektive Kostenerstattung geht, sondern um eine Präventionsmassnahme, die Anreize für eine Risikobegrenzung seitens des Kunden setzen soll. So auch BÖGER, Neue Rechtsregeln, S. 294. Gemäss LINARDATOS, WM 2014, S. 303, wird sich aufgrund der geringen Summe seitens der Banken ein rationales Desinteresse an der Geltendmachung dieses Anspruchs einstellen.

<sup>138</sup> Art. 74 Abs. 1 lit. a PSD2: «wenn der Verlust, der Diebstahl oder die missbräuchliche Verwendung des Zahlungsinstruments für den Zahler vor einer Zahlung *nicht bemerkbar* war, es sei denn, der Zahler hat selbst in betrügerischer Absicht gehandelt.».

## b) Regelung in den AGB der Schweizer Banken

In der Schweiz ist die Rechtslage im Ausgangspunkt mit der Regelung in der PSD2 vergleichbar. Wenn die Bank an einen Unbefugten leistet, so hat sie nicht mit Befreiungswirkung geleistet. Sie schuldet daher den unbefugt abgezogenen Betrag weiterhin.<sup>139</sup> Sie hat aber ihrerseits einen verschuldensabhängigen Schadenersatzanspruch gegen den Kunden.<sup>140</sup> Diese Regelung wird aber in den Banken-AGB durchweg modifiziert. Das gilt insbesondere auch beim heute praktisch wichtigsten Fall der Legitimationsmängel, also beim Online-Banking.

### aa) Legitimationsabreden

Betrachtet man die Banken-AGB im Online-Banking, so scheidet ein Erstattungsanspruch des Kunden in der frühestmöglichen Phase. Die AGB der Banken sehen durchweg vor, dass Aufträge und Mitteilungen von Personen, die sich mit dem vorgesehenen Legitimationsverfahren Zugang zu den Online-Dienstleistungen der Bank verschafft, als vom Kunden verfasst bzw. als von ihm autorisiert gelten. Die Bank ist ermächtigt, diesen Instruktionen Folge zu leisten.<sup>141</sup> Teilweise wird präzisiert, dass der Kunde vorbehaltlos alle auf seinen Konten verbuchten Transaktionen anerkennt, die mittels E-Banking-Dienstleistungen in Verbindung mit seinen/ihren Le-

---

<sup>139</sup> BGE 112 II 450 E. 4 S. 457; 132 III 450 E. 2 S. 452; BGer Urteil 4C.377/2000 vom 8. März 2001 E. 1b; 4C.28/2003 vom 15. Dezember 2003 E. 3.2.1; 4A\_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 2.2.2. Aus jüngerer Zeit zudem SCHALLER, Legitimationsmängel, S. 46 f. m.w.N.

<sup>140</sup> BGer 4A\_438/2007 vom 29. Januar 2008 E. 5.1; SCHALLER, Legitimationsmängel, S. 46 f. m.w.N.

<sup>141</sup> AGB-Beispiel: «Jede Person, die sich mit den persönlichen Legitimationsmitteln und dem in der «Anleitung» beschriebenen Legitimationsverfahren erfolgreich Zugang zu [Bank] Digital Banking verschafft (Selbstlegitimation), gilt der [Bank] gegenüber als zugriffsberechtigt; dies gilt unabhängig davon, ob es sich bei dieser Person tatsächlich um den Zugriffsberechtigten handelt bzw. diese vom Vertragspartner entsprechend autorisiert wurde. Sämtliche bei [Bank] über [Bank] Digital Banking eingehenden Weisungen und Instruktionen gelten als vom Zugriffsberechtigten verfasst. [Bank] gilt als beauftragt, im Rahmen des üblichen Geschäftsgangs diese Weisungen auszuführen sowie den Mitteilungen nachzukommen, sobald diesen eine korrekte Legitimationsprüfung zugrunde liegt.» (Stand: 1. Juni 2018).

gitimationsverfahren getätigt worden sind.<sup>142</sup> Weitergehende Konkretisierungen zur Legitimationsabrede führen aus, diese bedeute, dass der Zugriffsberechtigte die Risiken trägt, die sich (i) aus Manipulationen an dessen EDV-System durch Unbefugte, (ii) aus missbräuchlicher Verwendung der persönlichen Legitimationsmittel, (iii) aus Verletzung von Sorgfaltspflichten oder (iv) aus Eingriffen unberechtigter Dritter in die Datenübermittlung ergeben. Hier wird also dem Kunden im Rahmen der Legitimationsabrede nicht nur die Sphärenhaftung, sondern auch die Zufallshaftung (Eingriff in Datenübermittlung) übertragen.

Im Online-Banking ist damit für alle erdenklichen Fälle von missbräuchlicher Verwendung der Zugangsdaten eine Erstattungspflicht der Bank ausgeschlossen. Damit endet an sich die Frage nach der Haftungsverteilung bei Legitimationsmängeln im E-Banking, dem heute mit Abstand häufigsten Fall von Legitimationsmängeln.

Nun verstossten allerdings diese absolut formulierten Klauseln gegen Art. 8 UWG. Denn sie lassen den Kunden auch in denjenigen Fällen das Risiko tragen, in denen der Missbrauch der Zugangsdaten in den Verantwortungsbereich der Bank fällt, etwa weil sie eine Sicherheitslücke in ihrer verschlüsselten Kommunikation mit dem Kunden zu verantworten hat, oder weil in ihrem System die Zugangsdaten abgefragt und manipuliert wurden, oder weil es eine erfolgreiche Man-in-the-Middle-Attacke gab und sich der Angreifer vor die Bank geschoben und so die Zahlungen manipuliert hat. In einer solch einseitige Risikoverteilung liegt ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten, das in treuwidriger Weise zum Nachteil des Kunden ausgestaltet ist. Nur muss der Kunde den Verstoss gegen Art. 8 UWG zunächst einmal vor einem Gericht geltend machen.

Falls er erfolgreich ist und die entsprechend Klausel als nichtig erklärt wird, ist aber keineswegs sicher, dass die Bank ihm den unbefugt abgezogenen Betrag wieder erstatten muss. Denn in diesem Fall kommen im Regelfall

---

<sup>142</sup> AGB-Beispiel: «Der Kunde/Die Kundin anerkennt vorbehaltlos alls auf seinen/ihren Konten/Depots verbuchten Transaktionen, welche mittels E-Banking-Dienstleistungen in Verbindung mit seinen/ihren Legitimationsverfahren getätigt worden sind. Instruktionen, Aufträge und Mitteilungen, welche die [Bank] auf diesem Weg erreichen, gelten als vom Kunden/von der Kundin autorisiert.».

die allgemeinen Schadenersatzansprüche des Obligationenrechts zum Tragen. Oder es gelten ausnahmsweise die in den AGB vorgesehenen Schadenabwälzungsklauseln.

#### **bb) Schadenersatzansprüche der Bank**

Fehlt es wegen Nichtigkeit an der Legitimationsabrede, wonach eine Zahlungsanweisung mittels vorgesehener Legitimationsmittel als autorisiert gilt, so kommen die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts zum Tragen. Danach trifft die Bank eine Erstattungspflicht, sie hat aber ihrerseits bei gegebenen Voraussetzungen einen Schadenersatzanspruch gegen den Kunden.

Nach den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts steht ihr ein solcher Schadenersatz bei *jedem* Verschulden des Kunden an der unautorisierten Zahlung zu (Art. 99 Abs. 1 OR) – etwa ein unsorgfältiger Umgang mit seinen Legitimationsmitteln oder eine versäumte Aktualisierung seiner Sicherheits-Updates. Anders als bei der PSD2 gelten also keine Abstufungen. Ein allfälliges eigenes Verschulden der Bank wird dann im Rahmen der Schadensberechnung (Art. 44 OR i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR) relevant. Das führt allenfalls zu einer Herabsetzung oder – im Ausnahmefall – zu einem gänzlichen Verlust des Schadenersatzanspruchs.

#### **cc) Schadensabwälzungsklauseln**

Je nach Ausgestaltung der AGB gelten neben den besonderen Bestimmungen zum Online-Banking die allgemeinen Basisbestimmungen der Bank als Auffangordnung. Dieser Fall wird selten eintreten, denn die Ausgestaltung der Online-Banking-Bestimmungen lassen erkennen, dass diese für Legitimationsmängel eine abschliessende Ordnung aufstellen. Häufig wird sodann bei der Regelung der Legitimationsmängel in den allgemeinen AGB der Banken auf den Fall der Prüfung der Unterschriften verwiesen, was zusätzlich untermauert, dass diese nicht auf das Online-Banking Anwendung finden sollen.

Mit der Schadensabwälzungsklausel, die sich standardmässig in den Banken-AGB findet, überwälzt die Bank den Schaden, der ihr aus einem Legitimationsmangel erwächst, auf den Kunden. Den Schaden erleidet die Bank deshalb, weil sie die unbefugte Zahlung dem Kunden nicht belasten kann und er vom (betrügerisch handelnden) Empfänger nicht erbringbar ist. Moderne Schadensabwälzungsklauseln lauten üblicherweise wie folgt:

«Leistet [die Bank] trotz Anwendung der üblichen Sorgfalt an Nichtberechtigte, haftet der Kunde/die Kunden für den entstandenen Schaden. Die Haftung des Kunden/der Kundin entfällt, wenn der Schaden auf Umstände zurückzuführen ist, die nicht in seinem/ihren Einflussbereich liegen.»<sup>143</sup>

Die Funktionsweise der Schadenabwälzungsklausel ist nicht abschliessend geklärt. Man kann sie dogmatisch verschieden einordnen:

- Sie beinhaltet eine Einschränkung des Erfüllungsanspruchs des Kunden gegenüber der Bank. Diesfalls wird der Erfüllungsanspruch an bestimmte einschränkende Bedingungen geknüpft. Gemäss der oben erwähnten Klausel besteht er nur, wenn man der Bank eine Sorgfaltspflichtverletzung vorwerfen kann oder – bei fehlendem Verschulden der Bank – wenn die unautorisierte Zahlung ihren Ursprung im Einflussbereich (Risikobereich) der Bank hat.
- Sie berührt den Erfüllungsanspruch des Kunden gegen die Bank nicht, hingegen beinhaltet sie einen Erfüllungsanspruch der Bank gegenüber dem Kunden auf Erstattung des Schadens, den die Bank erleidet, weil sie einem Unbefugten geleistet hat und sie denselben Betrag dem Kunden erstatten muss. Konkretisiert durch die obenerwähnte Klausel: Die Bank hat einen Erfüllungsanspruch gegenüber dem Kunden, wenn sie an der unautorisierten Zahlung kein Verschulden trifft, oder – bei fehlendem Verschulden der Bank – wenn die unautorisierte Zahlung in ihrem Einflussbereich (Risikobereich) ihren Ursprung hat.
- Sie berührt den Erfüllungsanspruch des Kunden gegen die Bank nicht. Der Gegenanspruch ist aber kein Erfüllungsanspruch der Bank, sondern ein Schadenersatzanspruch, der allerdings vertraglich modifiziert wird. Konkretisiert anhand der obenerwähnten Klausel: Die Modifikation besteht einerseits darin, dass der Herabsetzungsgrund des Selbstverschuldens der Bank (Art. 44 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR) als Ausschlussgrund für den Schadenersatzanspruch wirkt. Andererseits wird der Schadenersatzanspruch dahingehend modifiziert, dass er auch dann greift, wenn den Kunden kein Verschulden trifft, aber die unautorisierte Zahlung seinem Einflussbereich (Risikosphäre) zuzuordnen ist.

---

<sup>143</sup> Teilweise sehen (überkommene) AGB von Banken vor, dass die Bank den Schaden nur selbst trägt, wenn sie ein grobes Verschulden trifft.

- Sie ist eine Kombination von modifiziertem Schadenersatzanspruch und Erfüllungsanspruch. Konkretisiert anhand der obenerwähnten Klausel: Der modifizierte Schadenersatzanspruch besteht darin, dass die Bank im Falle eines Selbstverschuldens auf den Anspruch verzichtet (Modifikation von Art. 44 i.V.m Art. 93 Abs. 3 OR). Der Erfüllungsanspruch besteht in der vertraglichen Abrede, dass der Kunde der Bank unabhängig von seinem eigenen Verschulden den Schaden ersetzt, sofern sich die unautorisierte Zahlung seinem Risikobereich zuordnen lässt.<sup>144</sup>

Trotz langjähriger Rechtsprechung zu den Legitimationsmängeln sind die Fragen um die dogmatische Einordnung der Schadensabwälzungsklauseln noch weitgehend ungeklärt.<sup>145</sup> Sie bedürfen einer Analyse, die den Rahmen des vorliegenden Beitrags sprengen würde, zumal – wie eingangs erwähnt – die Schadensabwälzungsklauseln bei Legitimationsmängeln im Online-Banking nur im Ausnahmefall als Auffangregeln Anwendung finden.

Relevant ist hier die immer gleichbleibende Schlussfolgerung, dass bei Anwendung der Schadensabwälzungsklauseln die Bank im Ergebnis für die unautorisierte Zahlung nur einstehen muss, wenn sie ein Verschulden trifft oder wenn der Fehler in ihrer Risikosphäre liegt. Es kommt also immer auch auf die Bank und ihr Umfeld an. Das ist bei der PSD2 grundlegend anders.

### c) Fazit

Man kann es drehen und wenden wie man will: Bei den Legitimationsmängeln ist die Stossrichtung der PSD2 eine grundlegende andere als bei dem AGB-Recht der Schweizer Banken.

Zusammengefasst ergibt sich nämlich: Bei der PSD2 gilt der Grundsatz der vollen Erstattungspflicht der Bank. Das ist der Ausgangspunkt. Der Fokus liegt dann auf dem Verhalten des Kunden. Wenn der Kunde sich betrügerisch oder grob fahrlässig verhält, haftet er voll. Wenn er sich leicht fahrlässig verhält, haftet er im Umfang von 50 Euro. Wenn ihn kein Verschulden trifft, haftet er nicht. So steht es auch in den AGB der EU-Banken: «Im Falle einer nicht autorisierten Überweisung ... hat die Bank gegen den

---

<sup>144</sup> Diese Variante trägt der Tatsache Rechnung, dass nach herkömmlicher Auffassung der vertragliche Schadenersatz jedenfalls eine Vertragsverletzung voraussetzt.

<sup>145</sup> So auch EMMENEGGER/THÉVENOZ, SZW 2017, S. 221.

Kunden keinen Anspruch auf Erstattung ihrer Aufwendungen. Sie ist verpflichtet, dem Kunden den Überweisungsbetrag zu erstatten...»<sup>146</sup> Hinzu kommt, dass die Ersatzansprüche der Bank gegen den leicht oder grobfahrlässig handelnden Kunden scheitern, wenn sie die anspruchsvollen Sicherheitsstandards für Online-Zahlungsanweisungen nicht umgesetzt hat. In diesem Fall haftet nur der Kunde, der in betrügerischer Absicht gehandelt hat.

Im AGB-Recht der Schweizer Banken ist der Grundsatz umgekehrt. Grundsätzlich trägt der Kunde den Schaden, denn Zahlungsanweisungen unter Verwendung der vorgesehen Legitimationsmittel gelten als autorisiert. Es bedarf dann zuerst eines Gerichtsentscheids, der diese Klausel wegen eines Verstosses gegen Art. 8 UWG als (voll-)nichtig erklärt. Selbst in diesem Fall bleibt der Bank ein Schadenersatzanspruch gegen den Kunden gestützt auf das allgemeine Schadensrecht, sofern den Kunden am Legitimationsmangel irgendein Verschulden trifft (Art. 99 Abs. 1 OR). Ein allfälliges Eigenverschulden der Bank spielt erst auf der Stufe der Schadenersatzbemessung eine Rolle (Art. 44 OR). An diesem Ergebnis ändert sich nur wenig, falls – ausnahmsweise – die Legitimationsfragen in den Online-AGB nicht abschliessend geregelt sind und die Schadensabwälzungsklauseln der allgemeinen AGB zum Tragen kommen.

Wenn man bedenkt, dass die Schweizer Banken sich für den Bereich der Euro-Überweisungen zur Einhaltung des PSD2-Privatrechts verpflichtet haben, so zeigt sich bei den Legitimationsmängeln ein eklanter Unterschied im Regelungsansatz.

## **VI. Zusammenfassung und Ausblick**

Die EU hat mit der PSD2 ein umfassendes Regelwerk zu den Zahlungsdienstleistungen geschaffen. Was auffällt, ist die Konsequenz, mit der sie in diesem Bereich das Ziel des Binnenmarktes verfolgt. Man spürt förmlich, dass die 500 Mio. EU-Bürger sich an den Computer setzen und EU-weite Waren und Dienstleistungen erwerben sollen. Die konsequente Verfolgung

---

<sup>146</sup> So beispielsweise der deutsche Bankenverband, Mustertext, Bedingungen für den Überweisungsverkehr, Ziff. 2.3.1 (Stand: 13. Januar 2018). Umgesetzt z.B. bei Bank Santander, Bedingungen für den Überweisungsverkehr, Ziff. 2.3.1.



des Binnenmarkt-Ziels zeigt sich auch in der inhaltlichen Ausgestaltung der PSD2: Man forciert hohe Sicherheitsstandards und einen hohen Verbraucherschutz. Der Preis dafür ist ein schwer verdauliches Regelwerk, das im Kundenverhältnis auch wenig individuellen Gestaltungsspielraum lässt. Man überlässt wirklich nichts dem Zufall.

Für die Schweizer Banken gibt es Anpassungsbedarf. Einerseits für den Euro-Überweisungsverkehr. Denn dazu haben sie sich verpflichtet, und die Kundinnen und Kunden können dies auch einfordern. Tatsächlich zeigen sich in diesem Bereich aber eklatante Unterschiede im Regelungsansatz, gerade auch bei möglichen Störfällen im Überweisungsverkehr.

## Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 1. Mai 2018.

- BAUMBACH/HOPT HGB-BEARBEITER, *Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)*, hrsg. von Klaus J. Hopt u.a., 38. Aufl., München 2018.
- BÖGER OLE, *Neue Rechtsregeln für den Zahlungsverkehr*, in: Volker Gross u.a. (Hrsg.), *Bankrechtstag 2016*, Berlin 2017, S. 193–300.
- DIECKMANN ANDREAS, *Die SEPA-Überweisung: eine unterschätzte Gefahr für die Banken*, WM 2015, S. 14–22.
- EMMENEGGER SUSAN, *Unautorisierte Transaktionen im Zusammenhang mit Dritten Zahlungsdienstleistern*, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Zahlungsverkehr*, Basel 2018, S. 87–116.
- EMMENEGGER SUSAN/FRITSCHI MIRJAM, *Schweizer Banken: EU-Recht für EU-Kunden*, in: Alexander R. Markus u.a. (Hrsg.), *Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche*, Bern 2018, S. 75–92.
- EMMENEGGER SUSAN/THÉVENOZ LUC, *Le droit bancaire privé suisse 2017 – Das schweizerische Bankprivatrecht 2017*, SZW 2018, S. 184–214.
- EMMENEGGER SUSAN/THÉVENOZ LUC, *Das schweizerische Bankprivatrecht 2016 – Le droit bancaire privé suisse 2016*, SZW 2017, S. 210–247.
- EMMENEGGER SUSAN/THÉVENOZ LUC, *Das schweizerische Bankprivatrecht 2014–2015 – Le droit bancaire privé suisse 2014–2015*, SZW 2015, S. 386–416.
- FINDEISEN MICHAEL, *Das Zahlungskontengesetz – Auftrieb für den modernen Zahlungsverkehr und den Verbraucherschutz*, WM 2016, S. 1765–1774.
- FOUNTOULAKIS CHRISTINA, *Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, AJP 2018, S. 95–99.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. II, 10. Aufl., Zürich 2014.

- GRUNDMANN STEFAN, Das neue Recht des Zahlungsverkehrs – Teil I – Grundsatzüberlegungen und Überweisungsrecht, WM 2009, S. 1109–1117.
- HESS MARTIN/KEISER BARBARA, Euro Zahlungen gemäss den SEPA-Rulebooks durch Schweizer Finanzinstitute, SZW 2009, S. 153–175.
- HOFFMANN JOCHEN, Die Überweisung anhand fehlerhafter Kundenkennung unter der Neufassung der Zahlungsdiensterichtlinie, WM 2016, S. 1110–1118.
- HOEREN THOMAS/KAIRIES MARIA, Anscheinsbeweis und chipTAN, ZBB 1/2015, S. 35–40.
- HOEREN THOMAS/KAIRIES MARIA, Der Anscheinsbeweis im Bankenbereich – aktuelle Entwicklungen, WM 2015, S. 549–553.
- JURI GABRIEL, Single Euro Payments Area – Registration process is launched, ClearIT December 2007, S. 7.
- KRAUSKOPF PATRICK, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Freiburg 2000.
- LINARDATOS DIMITRIOS, Der Kommissionsvorschlag für eine Zahlungsdiensterichtlinie II – Ein Überblick zu den haftungsrechtlichen Reformvorhaben, WM Heft 7/2014, S. 300–307.
- LINARDATOS DIMITRIOS, Die Basiskonto-Richtlinie – ein Überblick, WM 2015, S. 755–762.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5/2, Schuldrecht, Besonderer Teil III/2, §§ 651a–704 BGB, hrsg. von Martin Henssler, 7. Aufl., München 2017.
- Oechsler Jürgen, Ein neuer wettbewerblicher Ordnungsrahmen für das Kreditkartengeschäft – MIF-VO, Zahlungsdiensterichtlinie 2 und die Mastercard-Entscheidung des EuGH, WM 2016, S. 537–542.
- OMLOR SEBASTIAN, Die zweite Zahlungsdiensterichtlinie: Revolution oder Evolution im Bankvertragsrecht?, ZIP 12/2016, S. 558–564.
- OMLOR SEBASTIAN, Entgelte im Zahlungsverkehr nach Umsetzung der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie (PSD II), WM 2018, S. 937–943.
- OMLOR SEBASTIAN, Zahlungsdiensteaufsichtsrecht im zivilrechtlichen Pflichtengefüge, WM 2018, S. 57–63.
- PALANDT BGB-BEARBEITER, Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, hrsg. von Gerd Brudermüller u.a., 76. Aufl., München 2017.
- PIEKENBROCK ANDREAS, Das Recht der Zahlungsdienste zwischen Unions- und nationalem Recht, WM 2015, S. 979–804.
- SCHALLER JEAN MARC, Legitimationsmängel, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Basel 2017, S. 45–70.
- SCHMID FABIAN, (Starke) Kundenauthentifizierung: Aufsichtsrecht und Zivilrecht, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Zahlungsverkehr, Basel 2018, S. 67–85.
- TERLAU MATTHIAS, Die zweite Zahlungsdiensterichtlinie – zwischen technischer Innovation und Ausdehnung des Aufsichtsrechts, ZBB 2/2016, S. 122–137.
- Wandhöfer Ruth, EU Payments Integration. The Tale of SEPA, PSD and other Milestones along the Road, Palgrave Macmillan 2010.
- WERNER STEFAN, Der Weg zu SEPA und die Auswirkungen auf die Zahlungsdienste – ein Überblick, WM 2014, S. 243–250.

## Materialien

- Bank Santander, Bedingungen für den Überweisungsverkehr, Stand: 1. Juni 2018
- BEKB, Benutzung von E-Banking Dienstleistungen, in: Vertragliche Grundlagen für die Geschäftsbeziehungen mit der Berner Kantonalbank AG, 10 f.
- BT-Drucksache 16/11643, Deutscher Bundestag, Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht, vom 21.01.2009.
- Deutscher Bankenverband, Mustertext, Bedingungen für den Überweisungsverkehr, Stand: 13. Januar 2018.
- Europäische Zentralbank (EZB), Einheitliche Euro-Zahlungsverkehrsraum (SEPA), Pressemitteilung vom 4. Mai 2006.
- Europäische Zentralbank (EZB), SEPA-Fortschrittsbericht, Auf dem Weg zu einem einheitlichen Euro-Zahlungsverkehrsraum, Februar 2006.
- Richtlinie 2014/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontoentgelten, den Wechsel von Zahlungskonten und den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen (ABl Nr. L 257 v. 28.08.2014, S. 214).
- Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36 EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG (ABl Nr. L 337 v. 23.12.2015, S. 35).
- Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG (ABl. L 319 v. 5.12.2007, S. 1).
- Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg), Positionspapier Payment Services Directive (PSD2), September 2017.
- SEPA Data Model, Version 2.2., European Payments Council approved on 13 December 2006 (EPC029-06).
- SEPA Instant Credit Transfer Scheme Rulebook, Version 1.1., European Payments Council approved on 18 October 2017 (EPC 004-16).
- Verordnung (EG) Nr. 924/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über grenzüberschreitende Zahlungen in der Gemeinschaft und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2560/2001 (ABl. Nr. L 266 v. 09.10.2009, S. 11).
- Verordnung (EG) Nr. 1781/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. November 2006 über die Übermittlung von Angaben zum Auftraggeber bei Geldtransfers (ABl Nr. L 345 v. 8.12.2006, S. 1).
- Verordnung (EG) Nr. 2560/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 2001 über grenzüberschreitende Zahlungen in Euro (ABl Nr. L 344 v. 18.12.2001 S. 0013) (nicht mehr in Kraft).

Verordnung (EU) 2015/751 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2015 über Interbankenentgelte für kartengebundene Zahlungsvorgänge (ABl Nr. L 123 v. 19.05.2015 S. 1).

Verordnung (EU) Nr. 260/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 zur Festlegung der technischen Vorschriften und der Geschäftsanforderungen für Überweisungen und Lastschriften in Euro und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 924/2009 (ABl. Nr. L 94 v. 30.03.2012, S. 22).