

## Euro-Zahlungen gemäss den SEPA-Rulebooks durch Schweizer Finanzinstitute

Von Dr. iur. Martin Hess, Rechtsanwalt und lic. iur. Barbara Keiser, beide Zürich

*With the creation of the "Single Euro Payments Area" (SEPA) the European Financial Institutions intended to enable the processing of cross-border payments in the European Economic Area at low prices and standardised terms so that the differences between national and cross-border payments would disappear. The goal has been achieved by the SEPA Schemes which define standards for Euro-payments. The relevant provisions are laid out in so-called SEPA Rulebooks which are private law contracts under Belgian law between the SEPA participants as well as between each participant and the European Payments Council. The SEPA Rulebooks stipulate provisions in the relationship between the participating financial institutions while the relationship between financial institutions and their clients is governed by the EU Directive 2007/64/EC of 13 November 2007 on Payment Services in the Internal Market (Payment Services Directive, PSD).*

*Switzerland is neither a member of the EU nor the EEA and therefore not bound by the PSD. Nonetheless, Swiss financial institutions participate in the SEPA Schemes. In order to achieve this, Swiss financial institutions had to provide evidence that the provisions of Title III and IV of the PSD are implemented in Switzerland either by statutory law or based on a substantially equivalent binding practice. The Swiss financial institutions provided a legal opinion in which they analysed the respective provisions of the PSD by comparing Swiss law and Swiss practice with the PSD regulations. The outcome of this opinion is that Swiss statutory law and binding practice are substantially equivalent with Title III and IV of the PSD. Admittance to the Single Euro Payments Area based on comparative law as well as some of the standards defined in the SEPA Schemes for credit transfer and direct debit are described in the following article.*

### Inhaltsübersicht

- I. Die Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt
  1. Inkrafttreten
  2. Geltungsbereich
  3. Regelungsschwerpunkte der Richtlinie
- II. SEPA
  1. Geltungsbereich
  2. Vision
  3. Mittel zur Umsetzung
  4. Das SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook und das SEPA Core Direct Debit Rulebook
  5. Rechtsnatur des CTRB und DDRB und deren Stellung innerhalb des EU-Rechts
  6. European Payments Council
- III. Die Erfassung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs gemäss Schweizer Recht
- IV. Anforderungen des EPC für die Teilnahme der Finanzinstitute an SEPA
  1. Die Anforderungen der Rulebooks hinsichtlich Beachtung des EU-Rechts
  2. Die Teilnahme der Schweizer Finanzinstitute
- V. Aus der Sicht des Schweizer Rechts relevante Aspekte
  1. Widerruf
  2. Prüfung Übereinstimmung zwischen Name des Begünstigten und IBAN, resp. Kontonummer
  3. Informationspflichten
  4. Sorgfaltsmassstab und Haftung
  5. Nicht-autorisierte Zahlungen

### 6. Lastschriftverfahren

### 7. Der Begriff des Konsumenten

### 8. Umsetzung FATF Special Recommendation VII

### VI. Versuch eines Fazits: Marktzugang durch Rechtsvergleichung

#### Abkürzungsverzeichnis

Selbst Jahre nach Einführung des Euro am 1. Januar 2002 haben sich im innereuropäischen bargeldlosen Zahlungsverkehr noch eine Vielzahl national-spezifischer Eigenheiten gehalten, die zum Teil ineffizient und für die Kunden kostspielig sind. Die europäischen Kreditinstitute und die im Europäischen System der Zentralbanken vertretenen Notenbanken erarbeiteten folglich über mehrere Jahre die Grundlagen einer «Single Euro Payments Area» (SEPA). Dieser einheitliche Euro-Zahlungsverkehrsraum soll einerseits gewährleisten, dass es keine preisliche Differenzierung zwischen nationalen und grenzüberschreitenden Zahlungen in der EU gibt und andererseits Verbesserungen für inner-europäische Zahlungen auf technischer und organisatorischer Ebene bewirken.

Seit dem 28. Januar 2008 bieten die Finanzinstitute ihren Kunden Buchgeldüberweisungen in Euro nach einem einheitlichen europäischen Standard (SEPA Credit Transfer Scheme) an, zusätzlich zu den bereits bestehenden nationalen Zahlungsverkehrsdienstleistungen.

Geplant ist, einen einheitlichen Standard für Lastschriften (*SEPA Direct Debit Scheme*) per 1. November 2009 einzuführen.<sup>1</sup>

## I. Die Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt<sup>2</sup>

In der EU bestanden seit der zweiten Hälfte der 90er-Jahre verschiedene Regelungen betreffend den Zahlungsverkehr.<sup>3</sup> Diese Erlasse erwiesen sich jedoch als unzureichend, um im Zahlungsverkehr einen echten europäischen Binnenmarkt zu schaffen. Zudem führte das Nebeneinander von nationalen Bestimmungen und unvollständigen gemeinschaftlichen Rahmenbestimmungen zu Verwirrung und mangelnder Rechtssicherheit.<sup>4</sup> Am 2. Dezember 2003 legte die Kommission dem Rat und dem Europäischen Parlament einen Bericht zur Vereinheitlichung des Zahlungsverkehrsrechts vor, der einen ersten Formulierungsvorschlag für eine Zahlungsdienstrichtlinie beinhaltete.<sup>5</sup>

### 1. Inkrafttreten

Die Zahlungsdienstrichtlinie «*Directive on Payment Services*» (PSD) wurde vom Europäischen Parlament am 24. April 2007<sup>6</sup> und die endgültige Fassung am 13. November 2007 vom Rat der Europäischen Union verabschiedet. Am 25. Dezember 2007 ist sie in Kraft getreten.<sup>7</sup>

Die EU/EWR-Staaten müssen die PSD bis am 1. November 2009 umsetzen (Art. 94 PSD). An diesem Datum wird die Richtlinie 97/5/EG<sup>8</sup> ausser Kraft gesetzt werden (Art. 93 PSD).

### 2. Geltungsbereich

#### 2.1 Örtlich

Der Anwendungsbereich wird in Art. 2 PSD breit umschrieben: Die Richtlinie gilt gemäss Art. 299 EGV für alle Zahlungsdienste innerhalb der Gemeinschaft. Unter Gemeinschaft ist im EWR-Kontext der EWR-Raum zu verstehen. Mit Ausnahme von Art. 73 PSD gelten die Titel III und IV jedoch nur, wenn sowohl der Zahlungsdienstleister des Zahlers als auch derjenige des Zahlungsempfängers im EWR ansässig sind oder – falls nur ein einziger Zahlungsdienstleister an dem Zahlungsvorgang beteiligt ist – dieser im EWR ansässig ist (Art. 2 PSD).

Hinsichtlich der Länder, die den Schweizer Franken als gesetzliches Zahlungsmittel verwenden, gilt die PSD im Fürstentum Liechtenstein. Sie gilt jedoch nicht für die Schweiz,<sup>9</sup> da die Schweiz weder Mitglied der EU noch des EWR ist und sich auch keine entsprechende Verpflichtung in den bilateralen Abkommen mit der Europäischen Gemeinschaft findet. Damit ist die Schweiz nicht verpflichtet, ihr innerstaatliches Recht anzupassen. Dies entspricht der Ansicht des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, der in seiner Stellungnahme zum PSD-

<sup>1</sup> Die Einführung des komplexeren SEPA Direct Debit Scheme ist allerdings von politischen Misstönen begleitet, s. die abwartende Haltung der französischen Finanzinstitute: [http://www.fbf.fr/Web/internet/content\\_presse.nsf/\(WebPageList\)/Moyens+de+paiement+européens++la+poursuite+du+projet+SEPA+exige+la+clarification+des+modeles+economiques?Open](http://www.fbf.fr/Web/internet/content_presse.nsf/(WebPageList)/Moyens+de+paiement+européens++la+poursuite+du+projet+SEPA+exige+la+clarification+des+modeles+economiques?Open) sowie hinsichtlich der wettbewerbsrechtlichen Konsequenzen der Multilateral Balancing Payments (Rule 5.14 DDRB): *Tumpel-Gugere*, Do you SEPA? The ECB's point of view: <http://www.bis.org/review/r081028e.pdf>.

<sup>2</sup> Richtlinie über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, 2007/64/EG, ABl. 2007 L 319/1, nachfolgend «PSD».

<sup>3</sup> Richtlinie 97/5/EG vom 27. Januar 1997 über grenzüberschreitende Überweisungen, vgl. dazu *Favre-Bulle*, La directive 97/5/CE concernant les virements transfrontaliers, SZW 1997, S. 201 ff.; *Schimansky*, Die EU-Überweisungsrichtlinie und ihre Umsetzung am Beispiel des deutschen Rechts, in: Wiegand (Hrsg.), Rechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs, Berner Bankrechtstag 2000, Bern 2000, S. 1 ff.; Verordnung EG 2560/2001 vom 19. Dezember 2001 über grenzüberschreitende Überweisungen in Euro.

<sup>4</sup> Erwägung Ziff. 3 PSD.

<sup>5</sup> Communication from the Commission to the Council and the European Parliament concerning a New Legal Framework for Payments in the Internal Market (Consultative Document), COM(2003)718 final bzw. Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament: Ein neuer Rechtsrahmen für den Zahlungsverkehr im Binnenmarkt (Konsultationspapier), KOM(2003)718 endg.

<sup>6</sup> Vgl. die gemeinsame Erklärung der EU Kommission und der EZB vom 24. April 2007: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/550&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

<sup>7</sup> Art. 95 PSD.

<sup>8</sup> Vorne Fn. 3.

<sup>9</sup> *Manger-Nestler*, Der einheitliche europäische Zahlungsverkehrsraum vor dem Hintergrund der Payment Service Directive, EuZW 11/2008, S. 332 ff., 335. Unzutreffend der Hinweis auf die Schweiz: Die PSD gilt für die Schweiz nicht, auch nicht aufgrund bilateraler Verträge der Schweiz mit der EU.

Richtlinienvorschlag<sup>10</sup> festhielt, dass der europäische Gesetzgeber nicht sicherstellen kann, dass Drittstaaten korrespondierende Vorschriften erlassen.<sup>11</sup>

## 2.2 Sachlich

Der Anhang zur PSD definiert als Zahlungsdienste alle gängigen Dienstleistungen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs. Für die Zwecke von SEPA relevant sind insbesondere die folgenden Zahlungsdienste:<sup>12</sup> Die Ausführung von Zahlungsvorgängen wie dem Transfer von Geldbeträgen auf ein Zahlungskonto beim Zahlungsdienstleister des Nutzers oder bei einem anderen Zahlungsdienstleister, die Ausführung von Lastschriften, die Ausführung von Zahlungsvorgängen mittels einer Zahlungskarte oder eines ähnlichen Instruments sowie die Ausführung von Überweisungen einschliesslich Daueraufträgen.

## 2.3 Ausschluss des Interbankenverhältnisses

Die PSD fokussiert auf das Verhältnis zwischen Zahlungsdienstanutzer und Zahlungsdienstleister. Das Interbankverhältnis ist grundsätzlich von der PSD nicht geregelt. Nicht von der PSD erfasst werden daher Zahlungsvorgänge, die innerhalb eines Zahlungssystems zwischen Zahlungsausgleichsagenten, zentralen Gegenparteien, Clearingstellen und/oder Zentralbanken und anderen Teilnehmern des Systems und Zahlungsdienstleistern abgewickelt werden (Art. 3 lit. h PSD).

## 3. Regelungsschwerpunkte der Richtlinie

Mit der PSD werden im Wesentlichen zwei Hauptziele verfolgt, zum einen die Liberalisierung (Marktöffnung) und zum anderen die Rechtsangleichung (Harmonisierung).<sup>13</sup>

### 3.1 Harmonisierung

Die EU- und EWR-Mitglieder dürfen in den Bereichen, in denen die PSD harmonisierte Bestimmungen enthält, keine anderen als die in dieser Richtlinie festgelegten Bestimmungen beibehalten oder einführen (Art. 86 Abs. 1 PSD). Die PSD legt einen einheitlichen, aber relativ offen gehaltenen Rechtsrahmen für die in der EU gebräuchlichsten Zahlungsinstrumente (Überweisung, Lastschriften, Kartenzahlungen) fest.<sup>14</sup> Die PSD bildet damit auch den rechtlichen Rahmen für die Schaffung von SEPA.<sup>15</sup> Die detaillierte Regelung der Zahlungsinstrumente findet sich in den SEPA-Rulebooks.

### 3.2 Öffnung des Zahlungsverkehrsmarktes

Die PSD führt eine – neben Kreditinstituten und E-Geld-Instituten – weitere Kategorie von Zahlungsdienstleistern ein, die sog. «Zahlungsinstitute». Die Haupttätigkeit der Zahlungsinstitute besteht primär darin, Zahlungsdienstleistungen zu erbringen. Zahlungsinstitute nehmen grundsätzlich keine Einlagen entgegen und geben kein E-Geld aus.<sup>16</sup>

Bedingung für die Aufnahme des Betriebes als Zahlungsinstitut ist die Erteilung einer Zulassung durch die zuständige Behörde im Herkunftsmitgliedstaat.<sup>17</sup>

### 3.3 Steigerung der Transparenz für Anbieter und Nutzer von Zahlungsdienstleistungen

Die PSD sieht die Schaffung von einheitlichen Informationspflichten sowie harmonisierten Regelungen über Rechte und Pflichten für die Erbringung und Nutzung von Zahlungsdiensten vor.<sup>18</sup> Die PSD enthält spezifische Anforderungen, die sicherstellen, dass der Zahlungsdienstanutzer ein bestimmtes Mass an Informationen sowohl über den mit dem Zahlungsdienstleister geschlossenen Vertrag als auch über die einzelnen Transaktionen erhält.<sup>19</sup>

<sup>10</sup> In der PSD wird die Prüfung einer solchen Erweiterung auf Nichtmitgliedstaaten für die Zukunft in Aussicht gestellt (Erwägung Ziff. 54, Art. 87 PSD).

<sup>11</sup> Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema «Umsetzung des Lissabon-Programms der Gemeinschaft: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2000/12/EG und 2002/65/EG», KOM (2005)603 endg., AB1 2006 C 318/53.

<sup>12</sup> Ziff. 3 des Anhanges zur PSD, Zahlungsdienste (Art. 4 Nummer 3).

<sup>13</sup> Manger-Nestler, a.a.O., S. 333.

<sup>14</sup> Manger-Nestler, a.a.O., S. 334.

<sup>15</sup> European Commission, Consultative Paper on SEPA Incentives, 13 February 2006, p. 4.

<sup>16</sup> Erwägung Ziff. 8, 10, 11; Art. 1 Abs. 1 lit. d und Art. 5 ff. PSD.

<sup>17</sup> Vgl. das Zulassungsverfahren in Art. 10 ff. PSD sowie die «Grandfathering-Clause» in Art. 88 PSD für vorbestehende Zahlungsdienstleister.

<sup>18</sup> Erwägung Ziff. 5, 16–18; Kapitel III und IV PSD.

<sup>19</sup> Erwägung Ziff. 20–23 PSD.

Des Weiteren regelt die PSD folgende Aspekte der Zahlungsverkehrsabwicklung:

- Einführung des Begriffs der «autorisierten Zahlung»;
- Haftung des Zahlungsdienstleisters für die Ausführung angenommener Zahlungen;
- Regelungen für die Rückerstattung von Zahlungen;
- Festlegung von Ausführungszeiten und Wertstellungsdaten.

## II. SEPA

### 1. Geltungsbereich

SEPA umfasst ein grösseres Territorium als die PSD. Neben den 27 EG-Mitgliedstaaten und den 3 EWR-Mitgliedern gehört auch die Schweiz zum SEPA.<sup>20</sup> Der SEPA-Raum deckt sich nicht mit dem aus der Perspektive der Europäischen Zentralbank massgebenden Euro-Gebiet, da dieses nur Länder mit dem Euro als Währung erfasst.

### 2. Vision

Ziel der SEPA-Initiative ist es, bargeldlose Zahlungen in Euro innerhalb der an SEPA teilnehmenden Länder so zu standardisieren, dass es für die Bankkunden keine Unterschiede zwischen nationalen und grenzüberschreitenden Zahlungen mehr gibt. Die Endnutzer dieser Dienstleistung – Verbraucher, Unternehmen und Regierungen – sollen innerhalb des SEPA-Gebietes bargeldlose Zahlungen von einem einzigen Konto irgendwo im SEPA-Gebiet vornehmen können und dabei einheitliche Zahlungsinstrumente ebenso einfach, effizient und sicher einsetzen können wie die Instrumente auf nationaler Ebene.<sup>21</sup>

Die EU-Kommission und die EZB<sup>22</sup> betrachten die SEPA als einen integrierten Markt für Zahlungsdienstleistungen, der einem effektiven Wettbewerb unterliegt.

### 3. Mittel zur Umsetzung

Der SEPA-Prozess bezweckt die Bereitstellung paneuropäischer Zahlungsverkehrsinstrumente, die sowohl für grenzüberschreitende Transaktionen als auch auf nationaler Ebene optional eingesetzt werden können, nämlich:<sup>23</sup>

- (i) die Schaffung eines gemeinsamen Rechtsrahmens für Zahlungsverkehrstransaktionen in Europa;
- (ii) die Entwicklung gemeinsamer Standards, Prozesse, Datenformate und Softwarelösungen; und
- (iii) langfristig die Ablösung nationaler Zahlungsverkehrssysteme.<sup>24</sup>

Die SEPA-Datenformate sind standardisiert. Beispielsweise werden Überweisender und Begünstigter durch IBAN und BIC identifiziert. In technischer Hinsicht erarbeitete das europäische Kreditgewerbe für die Übermittlung von Zahlungsnachrichten ein einheitliches SEPA-Datenformat auf XML-Basis (ISO 20022); siehe das SEPA Data Model, Version 2.2.<sup>25</sup> Dieser einheitliche technische Standard bildet die Grundlage für die Interoperabilität von Zahlungsverkehrsinfrastrukturen in SEPA und soll damit eine vollautomatisierte Abwicklung von Zahlungen ermöglichen.

Umgesetzt werden europaweite Verfahren des Massenzahlungsverkehrs für Überweisungen, Lastschriften und Kartenzahlungen, welche vollautomatisch gemäss dem Straight Through Processing, d.h. ohne manuelle Eingriffe, abgewickelt werden können.<sup>26</sup> Konkret bestehen folgende SEPA-Zahlungsinstrumente:

- (i) SEPA-Buchgeldüberweisungen (SEPA Credit Transfer);
- (ii) SEPA-Lastschriften (SEPA Direct Debit);
- (iii) Karten-Zahlungen (SEPA Cards Framework).

Der Preis für das Erzielen von Übereinkunft in gesamteuropäisch verwendbaren Regelwerken war, dass sich die definierten Verfahren in einigen Fällen auf ihre grundlegenden Merkmale beschränken und

<sup>20</sup> Rule 2.1 je in CTRB und DDRB.

<sup>21</sup> Rules 0.4, 1.1 und 1.2 CTRB.

<sup>22</sup> Gemeinsame Erklärung der Europäischen Kommission und der Europäischen Zentralbank vom 4. Mai 2006, Einheitlicher Euro-Zahlungsverkehrsraum (SEPA), Abschnitt Vision.

<sup>23</sup> Deutsche Bundesbank, Die Vision eines einheitlichen Euro-Zahlungsverkehrsraums (SEPA), Stand Juli 2006, S. 2 f.

<sup>24</sup> Deutsche Bundesbank, a.a.O., S. 3.

<sup>25</sup> SEPA Data Model, Version 2.2, approved on 13<sup>th</sup> December 2006 (EPC029-06).

<sup>26</sup> Rules 1.1 und 1.2 CTRB.

ergänzt werden müssen, um die Anforderungen der Nutzer zu erfüllen.<sup>27</sup>

#### 4. Das SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook und das SEPA Core Direct Debit Rulebook

Die vorliegenden Ausführungen konzentrieren sich auf die SEPA-Buchgeldüberweisung sowie die SEPA-Lastschriften. Die Funktionsweise des SEPA-Scheme ist in mehreren vom EPC erarbeiteten Dokumenten festgelegt.<sup>28</sup> Im Folgenden behandelt werden je die Version 3.2 des SEPA Credit Transfer Rulebook («CTRB»), verabschiedet vom EPC Plenary Meeting am 24. Juni 2008, und des SEPA Core Direct Debit Rulebook («DDRB») verabschiedet im EPC Plenary am 17. Dezember 2008. Das SEPA Cards Framework wird nicht behandelt.

##### 4.1 SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook

Eine SEPA-Standardüberweisung gemäss CTRB verläuft nach dem folgenden Prinzip: Der aus einem Grundgeschäft Zahlungspflichtige begleicht seine Forderung gegenüber dem Zahlungsempfänger, indem er bei seinem Finanzinstitut (überweisende Bank) die Zahlung an das Finanzinstitut des Zahlungsempfängers (Empfängerbank) durch eine Zahlungsanweisung initiiert. Daraufhin überweist das überweisende Finanzinstitut das Geld zusammen mit einer Überweisungsnachricht an das Finanzinstitut des Empfängers. Schliesslich wird dem Zahlungsempfänger die Überweisung gutgeschrieben, worüber zum Beispiel mittels eines Kontoauszuges informiert wird.<sup>29</sup>

##### 4.2 SEPA Core Direct Debit Rulebook

Ziel des DDRB ist, die unterschiedlichen nationalen Regelungen zum Lastschriftverfahren zu vereinheitlichen. Eine Legaldefinition der Lastschrift findet sich in Art. 4 Abs. 28 PSD.

Näheres zur Ausgestaltung des SEPA-Lastschriftverfahrens findet sich hinten in den Abschnitten V.6.1 und V.6.2.1.

#### 5. Rechtsnatur des CTRB und DDRB und deren Stellung innerhalb des EU-Rechts

Die SEPA-Schemes regeln auf vertraglicher Basis das Verhältnis zwischen den Finanzinstituten, die Zahlungsdienste erbringen, und damit den Bereich, den die PSD nicht abdeckt. Der Beitritt zu den Schemes erfolgt über dem belgischen Recht<sup>30</sup> unterstehende privatrechtliche Verträge, den sogenannten SEPA Adherence Agreements, welche die SEPA-Rulebooks und die Pflicht, diese zu befolgen, zum Vertragsinhalt machen. Mit der Unterzeichnung der SEPA Adherence Agreements schliessen die teilnehmenden Finanzinstitute multilaterale Verträge mit dem European Payments Council (EPC) und den anderen an SEPA teilnehmenden Finanzinstituten ab.<sup>31</sup>

Vertragspartei des SEPA-Scheme sind nicht Staaten, sondern die unterzeichnenden Finanzinstitute. Der Schweiz als Staat werden demnach durch einen Beitritt von Schweizer Finanzinstituten zum SEPA-Scheme keine rechtlich verbindlichen Pflichten auferlegt.

Die SEPA-Rulebooks legen, basierend auf der mit der Umsetzung der PSD erfolgten Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Regelungen, verbindliche Regelungen für die teilnehmenden Banken fest mit dem Ziel, den Kunden richtlinienkonforme Zahlungsdienstleistungen anzubieten. Sie regeln die Beziehungen zwischen den beteiligten Banken und Abwicklungsinstituten, nicht die Kundenbeziehung als solche.

Die Durchsetzung der (i) Einhaltung der Anforderungen gemäss SEPA-Scheme und (ii) der Voraussetzungen der Teilnahme der Finanzinstitute an SEPA erfolgt über die im SEPA-Scheme-Management festgelegten Beschwerde- und Klageverfahren.<sup>32</sup>

<sup>27</sup> Europäische Zentralbank, Auf dem Weg zum einheitlichen EURO-Zahlungsraum, Ziele und Fristen, 4. Fortschrittsbericht, Februar 2006, S. 14.

<sup>28</sup> Vgl. <[www.europeanpaymentscouncil.eu](http://www.europeanpaymentscouncil.eu)>.

<sup>29</sup> Bundesverband Deutscher Banken, SEPA 2008: Einheitliche Zahlungsinstrumente für Europa, 2. aktualisierte Aufl., Berlin, September 2008, S. 22 f.

<sup>30</sup> Annex I, no. 6 des SEPA Credit Transfer Adherence Agreements und Annex I, no. 7 des Draft SEPA Direct Debit Adherence Agreements.

<sup>31</sup> Vgl. Rules 0.5.3 und 5.2 CTRB sowie Rules 0.5.4 und 5.2 DDRB.

<sup>32</sup> Hinten II.6.

## 6. European Payments Council

Um europaweit umsetzbare Standards für Zahlungen in Euro zu entwickeln, wurde im Juni 2002 der European Payments Council («EPC», «Europäischer Zahlungsverkehrsausschuss») als Einrichtung der Kreditinstitute in der Europäischen Union und der EWR-Staaten sowie der Schweiz gegründet. Erklärter Zweck des EPC ist die Realisierung des SEPA.<sup>33</sup> Der EPC ist somit das für die Definition und Implementierung der SEPA-Verfahren massgebliche Gremium.<sup>34</sup>

Der EPC ist als A.I.S.B.L. («Association Internationale Sans But Lucratif») nach belgischem Recht mit Sitz in Brüssel organisiert. Aufgrund seiner Statuten, der «Charter of the European Payments Council», ist der EPC als internationale nichtstaatliche Organisation zu qualifizieren. Mitglieder des EPC sind Banken und Bankenverbände aus den Mitgliedsländern der EU und des EWR sowie der Schweiz. Im Januar 2009 umfasste der EPC 72 Mitglieder. Die Anzahl der Sitze der einzelnen Länder ist abhängig von der Anzahl der Zahlungsverkehrstransaktionen in Euro des jeweiligen Landes und dessen Bevölkerungszahl sowie einer angemessenen Repräsentanz aller Bankensektoren.

Meinungsverschiedenheiten betreffend die Auslegung der SEPA-Rulebooks oder der Einhaltung von deren Regeln unterbreiten die SEPA-Teilnehmer einem Schlichtungsverfahren unter Führung des Scheme Management Committee («SMC»)<sup>35</sup>. Deren klageweise Durchsetzung erfolgt durch Klage des SMC oder eines teilnehmenden Finanzinstituts gegen ein anderes Finanzinstitut.<sup>36</sup>

Ist auch dieser Schlichtungsversuch erfolglos, dann stehen zwei Optionen zur Verfügung:<sup>37</sup>

- Schiedsverfahren gemäss den ICC-Regeln mit Sitz des Schiedsgerichts in Brüssel. Das SMC ist berechtigt, an diesem Verfahren teilzunehmen. Die Frist, ein solches Schiedsverfahren einzuberufen, beträgt 30 Tage, nachdem einer der Teilnehmer die Sache als nicht erledigt bezeichnet hat. Die Verweisung an die Schiedsgerichtsbarkeit erfolgt durch das SMC.

- Die betroffenen SEPA-Teilnehmer können bilateral vereinbaren, dass der Streitpunkt von einem Schiedsgericht in einem der SEPA-Länder behandelt werden soll gemäss den Regeln, die von den Parteien gewählt und vom EPC genehmigt werden.

Alle Verfahren müssen in Englisch geführt werden, ausser der EPC erlaube Abweichungen.

## III. Die Erfassung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs gemäss Schweizer Recht

Als bargeldloser Zahlungsverkehr wird die Übertragung von Buchgeld durch Belastung und Gutschrift auf Konten bezeichnet.<sup>38</sup>

Buchgeld sind jederzeit verfügbare Guthaben bei einer Bank oder der Post. Buchgeld ist eine Forderung an ein Kreditinstitut auf Bargeld.<sup>39</sup> Die bargeldlose Überweisung bewirkt eine Gutschrift auf dem Konto des Gläubigers. Rechtlich ist dies als Begründung einer neuen Forderung des Begünstigten an sein Finanzinstitut zu betrachten. Bei der bargeldlosen Überweisung findet keine Zession einer Forderung statt. Vielmehr werden neue Forderungen gegen die kontoführenden Finanzinstitute begründet, welche betragsmässig für den Begünstigten höher, für den Überweisenden tiefer ausfallen. Solche Umbuchungen sind nach schweizerischem Recht grundsätzlich keine Zahlungen im Rechtssinne, ausgenommen wenn es sich um Sichtguthaben bei der Schweizerischen Nationalbank handelt, welche nebst Banknoten und Münzen gesetzliche Zahlungsmittel sind (Art. 2 Bundesgesetz über Währung und Zahlungsmittel). Die bargeldlose Überweisung ist nur zulässig, wenn der Gläubiger ihr zustimmt.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrates zum Nationalbankgesetz, BBl 2002, S. 6097 ff., 6185; *Giovanoli*, Bargeld – Buchgeld – Zentralbankgeld: Einheit oder Vielfalt im Geldbegriff?, in: *Banken und Bankenrecht im Wandel*, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, S. 87 ff., passim.

<sup>39</sup> Vgl. *Giovanoli*, a.a.O., S. 96 ff.; Das Buchgeld ist mit dem Risiko behaftet, dass die Bank oder Post das Guthaben nicht zurückzahlen kann (Bonitätsrisiko).

<sup>40</sup> Vgl. *Billotte-Tongue*, *Aspects juridiques du Virement Bancaire*, Zurich 1992, p. 72 ff.; *Von der Crone*, *Rechtliche Aspekte der direkten Zahlung mit elektronischer Überweisung (EFTPOS)*, Diss. Zürich 1988, S. 60; *Giovanoli*, a.a.O., S. 98 f.; *Hess*, *Bargeldlose Überweisung mit Hilfe von Interbankzahlungssystemen – Vertrauenshaftung im*

<sup>33</sup> Vgl. <[www.europeanpaymentscouncil.eu](http://www.europeanpaymentscouncil.eu)>.

<sup>34</sup> Bundesverband Deutscher Banken, a.a.O., S. 13.

<sup>35</sup> Annex II CTRB, Annex IV DDRB, je Section 2.3.1–2.3.6.

<sup>36</sup> Annex II CTRB, Annex IV DDRB, je Section 2.3.7.

<sup>37</sup> Annex II CTRB, Annex IV DDRB, je Section 2.3.7.

Grundsätzlich ist der Schuldner einer auf ausländische Währung lautenden Schuld verpflichtet, in ausländischer Währung zu zahlen. Die in Art. 84 Abs. 2 OR enthaltene Alternativermächtigung erlaubt eine Zahlung in Landeswährung, sofern bei der Fremdwährungsschuld der Erfüllungsort in der Schweiz liegt und die Parteien keine Effektivklausel oder Geldsortenschuld vereinbart haben. Der Schuldner kann, muss aber nicht in der Inlandwährung erfüllen.<sup>41</sup>

Das Schweizer Recht kennt keine gesetzlichen Bestimmungen, welche explizit Zahlungen, sei es durch Buchgeldüberweisung, sei es durch Lastschrift, regeln. Vielmehr kommt das allgemeine Gesetzes- und Vertragsrecht zur Anwendung.

Die rechtliche Erfassung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs beruht im Wesentlichen auf dem Auftragsrecht und dem Institut der Anweisung.<sup>42</sup> Dabei erteilt der Zahlende (Anweisende) seiner Bank (Angewiesene) die Ermächtigung (und den Auftrag), dem Zahlungsempfänger (Anweisungsempfänger) eine bestimmte Summe gutschreiben.

Verfügen Zahlender und Zahlungsempfänger nicht über Konten bei derselben Bank, sodass eine weitere Bank eingeschaltet werden muss, so liegt eine mehrgliedrige oder Kettenüberweisung vor. Die mehrgliedrige Überweisung findet ihre Grundlage in selbständigen, auftragsrechtlichen Regeln folgenden Giroverträgen, in welchen sich die Banken verpflichten, für einen Kunden den bargeldlosen Zahlungsver-

kehr zu besorgen und dabei insbesondere Überweisungen auszuführen und entgegenzunehmen.<sup>43</sup>

Der Zahlungsempfänger erwirbt dabei ein direktes Forderungsrecht gegen den Angewiesenen erst, wenn dieser Annahme erklärt hat (Art. 468 Abs. 1 OR). Vom Grundgeschäft bleibt die Anweisung unabhängig; das Zahlungsverprechen der Bank ist gegenüber dem Deckungs- und Valutaverhältnis grundsätzlich abstrakt. Entsprechend kann der Angewiesene, der dem Anweisungsempfänger die vorbehaltlose Annahme der Anweisung erklärt hat, diesem gegenüber die Erfüllung nicht verweigern, indem er sich auf Einwendungen und Mängel aus dem Verhältnis mit dem Anweisenden (Deckungsverhältnis) oder demjenigen des Anweisenden zum Anweisungsempfänger (Valutaverhältnis) beruft.<sup>44</sup>

Geldschulden sind grundsätzlich «Bringschulden» (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Beim Lastschriftverfahren ändert sich die Geldschuld in eine «Holschuld».<sup>45</sup>

#### IV. Anforderungen des EPC für die Teilnahme der Finanzinstitute an SEPA

##### 1. Die Anforderungen der Rulebooks hinsichtlich Beachtung des EU-Rechts

Die SEPA-Schemes betreffen Euro-Zahlungen und sind mit Blick auf die europäischen Rechtsvorschriften, insbesondere die PSD, entwickelt worden. Die Schweiz ist als Nicht-Mitglied der EU und des EWR nicht an den *Acquis Communautaire* gebunden. Es stellte sich folglich die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Schweizer Finanzinstitute an den SEPA-Schemes teilnehmen können.

Die Rulebooks sehen für sämtliche am SEPA-Scheme teilnehmenden Finanzinstitute folgende Teilnahmevoraussetzungen vor (SEPA Credit Transfer Scheme: Rule 5.1, par. 2 CTRB; SEPA Direct Debit Scheme: Rule 5.1, par. 3 DDRB):

Zahlungsverkehrsrecht?, recht 1996, S. 144 ff., 144 (zit. recht); *Weber*, in: Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 68–96 OR, 2. Aufl., Bern 2005, N 153, 167 ff. zu Art. 84 OR.

<sup>41</sup> BGE 134 III 151 ff., 154 f.; *Gauch/Schluep/Emmenegger*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 2303 ff.

<sup>42</sup> BGE 121 III 310 ff. E. 3a; 124 III 253 E. 3a; sowie anstelle vieler *Bettschart*, *Virement en chaîne et assignation bancaire*, Zurich 2000, pp. 94 ss., 141 ss.; *Koller/Kissling*, Anweisung und Dokumentenakkreditiv im Zahlungsverkehr, in: *Wiegand* (Hrsg.), *Rechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs*, Berner Bankrechtstag 2000, Bern 2000, S. 23 ff.; *Kramer*, *Rechtsprobleme des Interbanken-Zahlungsverkehrs*, Zürich 2005, S. 4 ff.; Schweizerische Bankiervereinigung, *Grundlagen zum Zahlungsverkehrsrecht: Darstellung des schweizerischen Internationalen Privatrechts und des ausländischen Rechts zum grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr mit Bezug auf die Frage der Widerruflichkeit von Weisungen im bargeldlosen Zahlungsverkehr*, Zürich 2005, S. 8 ff., <<http://www.swissbanking.org/vernehm1-bucheffekteng-050228-beilage.pdf>>.

<sup>43</sup> BGE 111 II 447 E. 1.

<sup>44</sup> BGE 121 III 109 E. 3a: Erlaubt sind dem Angewiesenen einzig die Einreden, welche sich aus dem persönlichen Verhältnis zum Anweisungsempfänger oder aus dem Inhalt der Anweisung (Art. 468 Abs. 1 OR) ergeben (BGE 124 III 253 E. 3.b).

<sup>45</sup> *Gauch/Schluep/Rey*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Zürich 1998, N 2373.

- Die Teilnehmer aller SEPA-Staaten respektieren die wettbewerbsrechtliche Chancengleichheit (Originaltext: «level playing field»).
- Alle SEPA-Scheme-Teilnehmer müssen die SEPA Credit Transfer oder Direct Debit Scheme Rulebooks gleichermassen befolgen wie die anderen Teilnehmer.
- Die Teilnehmer müssen den Nachweis erbringen, dass die Bestimmungen von Kapitel III und IV PSD, welche für die SEPA-Überweisungen resp. SEPA-Lastschriften relevant sind, ab dem 1. November 2009 in ihrem nationalen Recht vorhanden oder aufgrund einer im Wesentlichen gleichwertigen Praxis bindend sind (Originaltext: *substantially equivalent binding practice*). Im Unterschied zum DDRB muss für die Teilnahme am Credit Transfer Scheme zusätzlich die EU-Verordnung 1781/2006 betreffend Angabe des Absenders<sup>46</sup> entsprechend durch Gesetz oder im Wesentlichen gleichwertige Praxis eingehalten werden.

Der Begriff «im Wesentlichen gleichwertig» erlaubt ein Ermessen, bei dessen Ausübung die Meinungen nicht immer gleich sind. Die geforderte Rechtsvergleichung ist komplex, weil es letztlich nicht nur um die Auslegung einer einzelnen Bestimmung geht, sondern die Konzeptionen der jeweiligen Rechtsordnungen, die verglichen werden müssen, oft nicht auf Anhieb kompatibel sind.

## 2. Die Teilnahme der Schweizer Finanzinstitute

Die Schweizer Finanzinstitute erarbeiteten eine Legal Opinion, welche die Erfüllung der Anforderungen für das SEPA Credit Transfer Scheme darstellte. Hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem EU-Recht wurden die entsprechenden Kapitel der PSD und die EU-Verordnung 1781/2006 betreffend Angabe des Absenders artikelweise rechtsvergleichend analysiert. Wo im Schweizer Recht oder in der Praxis der Schweizer Finanzinstitute Abweichungen von den EU-Regelungen bestehen, sind diese dem EPC dargestellt worden. Mit dem Beschluss des EPC Plenary vom 28. September 2007 sind die Schwei-

zer Finanzinstitute formell für Credit Transfers am Einheitlichen Euro-Zahlungsraum teilnahmeberechtigt, vorbehaltlich der Vertragsunterzeichnung (*SEPA Adherence Agreement*) durch jedes einzelne Institut.

Für das SEPA Direct Debit Scheme erstellten die Schweizer Finanzinstitute erneut eine rechtsvergleichende Analyse, welche die Erfüllung der erwähnten Kriterien darlegte.

## V. Aus der Sicht des Schweizer Rechts relevante Aspekte

### 1. Widerruf

#### 1.1 Unwiderruflichkeit gemäss der PSD

Art. 66 Abs. 1 PSD enthält eine Regelung zur Unwiderruflichkeit der Zahlungsanweisung. Diese sieht vor, dass die Unwiderruflichkeit von Zahlungsanweisungen nach dem Zeitpunkt des Eingangs der Zahlungsanweisung durch den Zahlungsdienstleister eintritt. Das erleichtert die Abwicklung von Zahlungen im Interbankenverhältnis und überbrückt das Problem unterschiedlicher nationaler Widerrufsfristen.<sup>47</sup>

#### 1.2 Unwiderruflichkeit gemäss SEPA-Rulebooks

Die SEPA-Rulebooks regeln die Frage der Widerruflichkeit nicht.

Das CTRB definiert den Zeitpunkt der Unwiderruflichkeit («irrevocability») an keiner Stelle direkt. Dieser Zeitpunkt lässt sich höchstens aus dem operativen Ablauf entnehmen. Der Tag des Eingangs entspricht dem Zeitpunkt, in welchem alle Bedingungen der Bank des Zahlers für die Ausführung der Zahlungsanweisung erfüllt sind.<sup>48</sup> Am Tag der Annahme der Zahlungsanweisung belastet der Dienstleister des Zahlers dessen Konto.<sup>49</sup> Die Bank des Zahlers ist verpflichtet, das Konto des Zahlers nach der Annahme zu belasten.<sup>50</sup> Geregelt sind Rejects und Returns durch die Zahlungsdienstleister.<sup>51</sup> Der Widerruf

<sup>47</sup> Anmerkungen des (deutschen) Zentralen Kreditausschusses zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine «Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt» vom 6. Februar 2006, S. 44.

<sup>48</sup> Rule 4.2.1 CTRB.

<sup>49</sup> Rule 4.3, CT-03 CTRB.

<sup>50</sup> Rule 5.7, no. 14 CTRB.

<sup>51</sup> Rule 4.4 CTRB.

<sup>46</sup> Regulation [EC] No 1781/2006 of the European Parliament and of the Council of 15 November 2006 on information on the payer accompanying transfers of funds, ABl. 2006 L 345/1.

durch den Zahler ist vom CTRB nicht geregelt, weil das Verhältnis Zahler – Finanzinstitut ausserhalb der SEPA-Rulebooks liegt.

Das DDRB behandelt den Widerruf unter dem Titel «Revocation» und «Requests for Cancellation» im Abschnitt «Exception Handling» und sagt explizit, dass diese Vorgänge nicht Sache der SEPA-Rulebooks sind, sondern zwischen Finanzinstitut und Kunde resp. zwischengeschalteten Stellen (Clearingorganisationen etc.) zu regeln seien (Rule 4.4 DDRB).

### 1.3 Unwiderruflichkeit im Schweizer Recht

#### 1.3.1 Unwiderruflichkeit im geltenden Recht

Nach Art. 470 Abs. 1 OR kann eine Anweisung grundsätzlich jederzeit widerrufen werden, es sei denn, der Angewiesene habe dem Anweisungsempfänger Annahme erklärt (Art. 470 Abs. 2 OR). Im bargeldlosen Zahlungsverkehr tritt Unwiderruflichkeit nach geltendem Recht regelmässig erst mit Gutschrift auf dem Konto des Empfängers ein.<sup>52</sup> Das Widerrufsrecht ist nach einem Teil der Lehre und gemäss Rechtsprechung zwingend; der Anweisende kann darauf nicht zum Voraus verzichten.<sup>53</sup> Die Unwiderruflichkeit der nicht angenommenen Anweisung wird damit begründet, dass eine einseitige Ermächtigung nicht bindend sein soll, solange der Adressat von ihr keinen Gebrauch gemacht hat.<sup>54</sup> Vor allem im mehrgliedrigen Zahlungsverkehr ist dieser späte Zeitpunkt der Unwiderruflichkeit unangemessen.<sup>55</sup> Dagegen spricht, dass mit der Instruktion des Bankensystems, eine Buchgeldüberweisung vorzunehmen, von der Ermächtigung Gebrauch gemacht worden ist, weil die Automatisierung des Zahlungsverkehrs («*straight*

*through processing*») spätere Eingriffe in der Praxis verunmöglicht.<sup>56</sup>

Das geltende schweizerische Recht steht hinsichtlich Widerruf im Widerspruch zu Artikel 66 PSD.

#### 1.3.2 Unwiderruflichkeit gemäss

##### Bucheffektengesetz

Das Bucheffektengesetz (BEG)<sup>57</sup> hat mittelbar Auswirkungen auf das Recht des bargeldlosen Zahlungsverkehrs. Art. 15 Abs. 3 BEG sieht vor, dass eine Weisung zur Übertragung von Bucheffekten spätestens mit der Belastung durch die Verwahrungsstelle unwiderruflich wird. Zum Zwecke der Risikokontrolle und zum Schutz von Abwicklungssystemen sollten bei Effektengeschäften die Übertragungen auf der Geld- und der Titelseite zur gleichen Zeit unwiderruflich werden. Zahlungssysteme und Effektenabwicklungssysteme regeln zudem regelmässig die Gleichzeitigkeit von Lieferung und Zahlung (Delivery versus Payment) in den vertraglich vereinbarten Bedingungen. Deshalb besteht im Zahlungsverkehrsrecht ebenfalls Anpassungsbedarf.

Die mit dem BEG verabschiedete Änderung des Obligationenrechts lässt deshalb für Anweisungen im bargeldlosen Zahlungsverkehr Unwiderruflichkeit mit der Belastung des Kontos des Zahlers durch den angewiesenen Finanzintermediär eintreten. Art. 470 Abs. 2<sup>bis</sup> nOR lautet:

«Bestimmen die Regeln eines Zahlungssystems nichts anderes, so ist die Anweisung im bargeldlosen Zahlungsverkehr unwiderruflich, sobald der Überweisungsbetrag dem Konto des Anweisenden belastet worden ist.»

Als Belastung gilt jede Buchung auf der Passivseite des Kontos des Anweisenden, sofern dieser Buchung nach den Regeln des Buchungssystems oder dem Kausalverhältnis eine gewisse Endgültigkeit zukommt oder sich in Form einer Willenserklärung des angewiesenen Finanzinstitutes manifestiert.<sup>58</sup> Das ist

<sup>52</sup> Vgl. statt vieler Hess, Rechtliche Aspekte der Banküberweisung unter besonderer Berücksichtigung des Interbankzahlungsverkehrssystems Swiss Interbank Clearing (SIC), SZW 1991, S. 101 ff., 102 f., 111; a.A. von der Crone, a.a.O., S. 36 ff., der zusätzlich Mitteilung an Anweisungsempfänger verlangt, da die Annahme der Anweisung empfangsbedürftig sei.

<sup>53</sup> BGE 127 III 557; 122 III 244.

<sup>54</sup> Koller, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008, N 4 zu Art. 470 OR.

<sup>55</sup> Botschaft des Bundesrates zum Bucheffektengesetz und zum Haager Wertpapierübereinkommen, BBl 2006, S. 9315 ff., 9389.

<sup>56</sup> Hess/Friedrich, Das neue Bucheffektengesetz, GesKR 2008, S. 98 ff., 113.

<sup>57</sup> Vgl. Gesetzestext in BBl 2008, S. 8321 ff.; ferner Botschaft des Bundesrates zum Bucheffektengesetz und zum Haager Wertpapierübereinkommen, BBl 2006, S. 9315 ff., 9389.

<sup>58</sup> Vgl. den analogen Fall des Urkundencharakters von maschinenlesbar gespeicherten Daten in Art. 110 Ziff. 5 Abs. 1 in fine StGB («Die Aufzeichnung auf Bild- und Datenträgern steht der Schriftform gleich, sofern sie dem gleichen Zweck dient.») sowie BGE 116 IV 334 zur alten Fassung von Art. 110 Ziff. 5 StGB.

in jedem Fall anzunehmen, wenn die Belastung mit einer Anweisung an das Finanzinstitut des Zahlungsempfängers oder an ein zwischengeschaltetes Institut verbunden ist – in diesem Fall ist das angewiesene Institut in einer Weise tätig geworden, welche ein Widerrufsrecht ausschliesst. Vorbehalten bleiben abweichende Regeln von Zahlungssystemen.

Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 470 Abs. 2<sup>bis</sup> nOR ist beschränkt auf Anweisungen im Rahmen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, der über Finanzintermediäre abgewickelt wird.

Das Bucheffektengesetz ist von den Eidgenössischen Räten am 3. Oktober 2008 einstimmig verabschiedet worden. Es wird auf den 1. Januar 2010 in Kraft gesetzt, unter Vorziehen von Art. 470 Abs. 2<sup>bis</sup> nOR auf den 1. Oktober 2009.

Der neue Art. 470 Abs. 2<sup>bis</sup> nOR – Unwiderruflichkeit tritt ein mit der Belastung des Kontos des Zahlers – ist kompatibel mit der PSD.

## 2. Prüfung Übereinstimmung zwischen Name des Begünstigten und IBAN, resp. Kontonummer

Gemäss Rule 5.8 no. 7 CTRB wird bei einer Buchgeldüberweisung in Euro der Begünstigte nur aufgrund der International Bank Account Number («IBAN») identifiziert. Es findet keine Abgleichung mit dem Namen des Begünstigten statt, unter Vorbehalt der Bestimmungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei und des Terrorismus.

### 2.1 Geltende Schweizer Praxis

In BGE 126 III 20 hat das Bundesgericht festgehalten, dass eine Bank im Fall, dass nach dem Wortlaut des Überweisungsauftrages ein Widerspruch zwischen dem Namen des Empfängers und der Kontonummer bestehe, aufgrund der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht verpflichtet sei, beide Angaben zu berücksichtigen und in Rücksprache mit dem Auftraggeber eine unmissverständliche Weisung abzuwarten. Das Bundesgerichtsurteil stellte sehr konkret auf das SWIFT-Verfahren ab und hielt fest, dass die beauftragte Bank bei den für eine Überweisung verwendeten Verfahren, welche einen Schutz durch doppelte Identifikation vorsehen, die entsprechenden Angaben, mit denen der Auftraggeber sich ge-

gen Fehlüberweisungen absichern will, nicht einfach ignorieren dürfe.<sup>59</sup>

Das Urteil konkretisiert die auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht, um angemessene Massstäbe für die konkrete Situation und für die vom Schuldner zu erbringende Leistung festzulegen.<sup>60</sup> Das CTRB erklärt eindeutig, dass die IBAN als einziges Identifikationskriterium verwendet wird. Damit gelten für SEPA-Überweisungen andere Regeln als die von SWIFT. Demzufolge kann die für den SWIFT-Standard geforderte Sorgfalt nicht einfach auf Zahlungen gemäss SEPA-Standard übertragen werden, zumindest nicht für das Verhältnis zwischen den beteiligten SEPA-Teilnehmern, welche dies im CTRB so vereinbart haben.

Für das Verhältnis Kunde-Finanzinstitut kann die Sorgfalt bei der Identifikation des Zahlungsempfängers durch besondere, mit den Kunden zu vereinbarenden Bestimmungen für SEPA-Transaktionen identisch zu den Standards der SEPA-Rulebooks geregelt werden. Dies haben einige Schweizer Finanzinstitute denn auch entsprechend in besonderen Bedingungen für SEPA-Transaktionen umgesetzt.

## 3. Informationspflichten

Die in den SEPA-Rulebooks aufgestellten Regeln begründen Informationspflichten. In der PSD werden darüber hinausgehende Informationspflichten vorgeschrieben, die in den EU-Staaten bis 1. November 2009 gesetzlich umgesetzt werden müssen. In der Schweiz bestehen u.E. weitgehend gleichwertige Regeln, die aber nicht aus einem einzigen Erlass hervorgehen, sondern ihre Grundlage in verschiedenen Gesetzen, Erlassen und der Gerichtspraxis haben.

Bezüglich Transparenz hat die Schweiz mit der Preisbekanntgabeverordnung<sup>61</sup> eine ähnliche Regelung wie in der EU-Verordnung 2560/2001<sup>62</sup> getroffen: Art. 10 Abs. 1 lit. r Preisbekanntgabeverordnung unterstellt die Kontoeröffnung, -führung und -schliessung, den Zahlungsverkehr im Inland und grenzüberschreitend, Zahlungsmittel (Kredit-

<sup>59</sup> BGE 126 III 20 ff. E. 3b/aa.

<sup>60</sup> *Wiegand*, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1999 und 2000, ZBJV 2002, S. 316 ff., 338.

<sup>61</sup> Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen vom 11. Dezember 1978, SR 942.211.

<sup>62</sup> Vorne Fn. 3.

karten) sowie den Kauf und Verkauf ausländischer Währungen (Geldwechsel) den Bekanntgabepflichten. Die Preisbekanntgabeverordnung ist anwendbar auf alle Banken, die PostFinance und alle Erbringer von Zahlungsdienstleistungen.<sup>63</sup> Preise müssen auf Preislisten, im Internet etc. in leicht zugänglicher und lesbarer Weise veröffentlicht werden.<sup>64</sup> Mündliche Information genügt nicht. Verstösse gegen die Preisbekanntgabepflicht ziehen Busse oder Gefängnis nach sich (Art. 21 Preisbekanntgabeverordnung i.V.m. Art 23 UWG).

Das Vertragsverhältnis betreffend Zahlungsverkehr, der Girovertrag mit Kontokorrentabrede, wird als Auftrag qualifiziert.<sup>65</sup> Im Vertrag Bank/Bankkunde gilt somit die umfassende auftragsrechtliche Treuepflicht, wie in BGE 115 II 62 ff. definiert, gemäss welcher die beauftragte Bank ihren Kunden beraten und unaufgefordert über alles, was für ihn von Bedeutung ist, informieren muss. Es gelten die auftragsrechtlichen Prinzipien der Rechenschaftsablegung, umfassend die Informations- und Abrechnungspflicht sowie die Ablieferungspflicht.<sup>66</sup> Die Schweizer Finanzinstitute erfüllen diese Pflichten durch (i) Vorankündigung neuer Vertragsbestimmungen für den Zahlungsverkehr, (ii) regelmässige Zustellung von Kontoauszügen, und (iii) Gewährung des Zuganges zu den Kontoinformationen durch Internet, Schalterauskunft etc.<sup>67</sup>

Ausser allgemeinen Rechtsgrundsätzen wie Treu und Glauben kennt das Schweizer Recht kein «Transparenzgebot», wie es die deutsche Gerichtspraxis entwickelt hat.<sup>68</sup> Indessen bejaht die Schweizer Rechtsprechung das Konzept der Vertrauenshaftung.<sup>69</sup> Daraus folgt, dass die Schweizer Finanzinstitute ihre Kunden über den Inhalt der vertraglichen Regelung der SEPA-Überweisung informieren müssen, ausser die Kunden wüssten als Spezialisten ohnehin

bereits Bescheid.<sup>70</sup> Die Schweizer Finanzinstitute kommen dieser Pflicht nach, in der Regel mittels zweier Dokumente, den «Besonderen Bedingungen für SEPA-Transaktionen», und einer SEPA-Musterinformationsbroschüre zu den beiden SEPA-Verfahren (Überweisung und Lastschrift), welche ihren Kunden abgegeben werden.

#### 4. Sorgfaltsmassstab und Haftung

##### 4.1 Haftung gemäss PSD

Die aus dem Schweizer Recht vertraute Haftungsvoraussetzung des schuldhaften Verhaltens findet sich in der PSD nicht. Die PSD stipuliert eine Kaufhaftung unter Vorbehalt bestimmter Tatbestände.

Art. 75 PSD sieht im Umfang der Überweisungssumme eine «strict liability», d.h. die verschuldensunabhängige<sup>71</sup> Haftung des jeweiligen Zahlungsdienstleisters für die ordnungsgemässe Ausführung des Zahlungsvorganges – unter Vorbehalt höherer Gewalt (Art. 78 PSD), der rechtzeitigen Notifikation eines nichtautorisierten oder fehlerhaften Zahlungsvorganges (Art. 58 PSD) sowie unter Vorbehalt der Angabe eines fehlerhaften Kundenidentifikators (Art. 74 PSD) vor. Damit stipuliert sie eine «Money Back Guarantee».<sup>72</sup> Die Bank des Zahlers trägt dieses Haftungsrisiko gegenüber dem Zahler, solange der Überweisungsbetrag nicht bei der Bank des Zahlungsempfängers eingetroffen ist. Ab diesem Zeitpunkt verschiebt sich das Haftungsrisiko auf die Bank des Zahlungsempfängers, welche gegenüber

<sup>63</sup> SECO, Preisbekanntgabe und Werbung: Bank- und bankähnliche Dienstleistungen, Informationsblatt vom 1. Januar 2006 (SECO Informationsblatt), Abschnitte 3 f.

<sup>64</sup> SECO Informationsblatt, Abschnitt 5.

<sup>65</sup> Vorne III.

<sup>66</sup> Art. 398 Abs. 2 und Art. 400 OR; vgl. auch BGE 119 II 333 ff.; Urteil des Kantonsgerichts Baselland vom 17. August 1993, BJM 1994, S. 236 ff. E. 2b/aa.

<sup>67</sup> *Billote-Tongue I.*, a.a.O., p. 53.

<sup>68</sup> *Favre-Bulle*, Les paiements transfrontières dans un espace financier européen, Basel/Frankfurt 1998, pp. 191 ss., 209, (zit. Paiements).

<sup>69</sup> BGE 121 III 310 ff.; 120 III 331 ff.

<sup>70</sup> Vgl. *Favre-Bulle*, Paiements, a.a.O., pp. 207 ss.; *Fellmann*, in: Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 394–406 OR, Bern 1992, N 150 ff. zu Art. 398 OR; *Loser*, Die Vertrauenshaftung im Schweizerischen Schuldrecht, Bern 2006, S. 426 ff., 467.

<sup>71</sup> Erwägung 46 PSD; (Deutscher) Bundesrat, Gesetzesentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdienstrichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht, vom 7. Januar 2008, Drucksache 848/08, S. 31, 190.

<sup>72</sup> *Bollen*, European Regulation of Payment Services – Recent Developments and the proposed Payment Service Directive – Part 2, Journal of International Banking Law and Regulation 2007, text before Fn. 179. Zur Money Back Guarantee im UNCITRAL-Entwurf über ein Modellgesetz für den Internationalen Zahlungsverkehr s. *Thévenoz*, Error and Fraud in Wholesale Funds Transfers, U.C.C. Article 4A and the UNCITRAL Harmonization Process, Zürich 1990, S. 43, 45 ff.

dem Zahlungsempfänger haftet (Art. 75 Ziff. 1 in fine PSD). Somit kann der Kunde nur auf jene Bank zurückgreifen, welche in einem direkten vertraglichen Verhältnis zu ihm steht.

Ein Zahlungsdienstleister, der gegenüber seinem Kunden für fehlerhafte Ausführung oder Übermittlung von Zahlungsaufträgen haftet, hat die Möglichkeit, auf einen anderen Zahlungsdienstleister oder eine zwischengeschaltete Stelle (Clearinghouse, etc.) Regress zu nehmen, sofern der fehlerhafte Zahlungsvorgang diesen zwischengeschalteten Stellen angelastet werden kann («attributable»; Art. 77 PSD). Sofern ein Regressanspruch besteht, entschädigt diese zwischengeschaltete Stelle den erstgenannten Zahlungsdienstleister für alle nach den relevanten Haftungsbestimmungen der PSD erlittenen Verluste oder gezahlten Beträge. Auch diese Haftung ist verschuldensunabhängig<sup>73</sup> und steht unter dem Vorbehalt höherer Gewalt (Art. 78 PSD), der rechtzeitigen Notifikation eines nichtautorisierten oder fehlerhaften Zahlungsvorganges (Art. 58 PSD) sowie unter Vorbehalt der Angabe eines fehlerhaften Kundenidentifikators (Art. 74 PSD). Wiederum sieht die PSD nur vor, dass ein Zahlungsdienstleister auf eine mit ihm verbundene Partei zurückgreifen kann, die Haftung besteht lediglich entlang der Vertragskette.

#### 4.2 Haftung gemäss SEPA-Rulebooks

Die Haftung zwischen den einzelnen SEPA-Teilnehmern richtet sich nach den Rulebooks, welche *belgischem Recht*<sup>74</sup> unterstehen (Rules 1.4 CTRB und 1.4 DDRB).

Grundsätzlich haftet jeder SEPA-Teilnehmer den anderen Teilnehmern für die Beachtung der Regeln der SEPA-Rulebooks, und zwar verschuldensunabhängig sowie begrenzt auf den Überweisungsbetrag (Rules 5.9 je im DDRB und CTRB).

Im SEPA-Lastschriftverfahren wird die Haftung zwischen den SEPA-Teilnehmern differenziert ausgestaltet. Gemäss Rule 5.9.3 DDRB haften die SEPA-Teilnehmer bis maximal zum Betrag der einzelnen Lastschrift (1. Bullet Point). Diese Begrenzung gilt auch bei grober Fahrlässigkeit, nicht aber bei Vorsatz

(2. und 3. Bullet Point). Dieser Maximalbetrag kann reduziert werden, wenn Mitverschulden eines anderen involvierten SEPA-Teilnehmers vorliegt (4. Bullet Point). Schliesslich besteht hier ebenfalls der Vorbehalt von Force Majeure (Rule 5.9.4 DDRB).

Im SEPA-Lastschriftverfahren (Core DDRB, nicht B2B DDRB) kann der Schuldner und damit die Bank des Schuldners von der Bank des Gläubigers Rückzahlung der mit Widerspruch («Refund») angefochtenen Belastung verlangen (Rule 4.4, Abschnitt Refund, par. 2 und 3 DDRB). Das SEPA Core Direct Debit Scheme weist damit das Haftungsrisiko im Interbankverhältnis der Bank des Gläubigers zu. Diese Bestimmungen wollen die Bank des Schuldners schützen vor dem «No-Questions-Asked»-Widerspruchsrecht (*Refund*), welches die Schuldner unter dem DDRB Scheme haben.<sup>75</sup>

#### 4.3 Sorgfaltsmassstab im Verhältnis Kunde/Finanzinstitut nach Schweizer Recht

Die SEPA-Rulebooks begründen grundsätzlich nur Sorgfaltspflichten im Verhältnis zwischen den SEPA-Teilnehmern (CTRB und DDRB, je Rule 5.2 Abs. 4). Gemäss Rule 3.6 CTRB und 3.4 DDRB müssen die vertraglichen Regelungen der SEPA-Teilnehmer mit ihren Kunden so ausgestaltet werden, dass die SEPA-Teilnehmer ihre Pflichten (gegenüber den anderen SEPA-Teilnehmern) gemäss SEPA-Rulebooks erfüllen können. Die Ausgestaltung der Kundenbeziehung darf nicht so erfolgen, dass das Funktionieren des SEPA-Schemes gefährdet oder verunmöglicht würde. Allein in dieser Beziehung haben die SEPA-Rulebooks eine «Aussenwirkung».

Das Vertragsverhältnis zwischen dem Finanzinstitut und seinen Kunden im Zahlungsverkehr untersteht den Regeln des Auftragsrechts. Hauptpflichten sind die Treue- und Sorgfaltspflicht (Art. 398 Abs. 2 OR). Für den Erfolg hat das Finanzinstitut nicht einzustehen. Haftungsbegründend ist vielmehr eine unsorgfältige oder treuwidrige und den Auftraggeber schädigende Ausführung des Auftrages.

Die Zahlungsdienstleister haften für getreue und sorgfältige Ausführung.<sup>76</sup> Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich gemäss der Praxis des Bundesgerichts nach objektiven Kriterien: Erforderlich ist die Sorgfalt, welche ein gewissenhafter Beauftragter in der

<sup>73</sup> Zumindest nach dem Wortlaut: Vgl. Erwägung 47 PSD; (Deutscher) Bundesrat, a.a.O., S. 32 f., 195.

<sup>74</sup> Annex I, no. 6 des SEPA Credit Transfer Adherence Agreement und Annex I, no. 7 des Draft SEPA Direct Debit Adherence Agreement.

<sup>75</sup> Rule 4.6.4, PT-04.15 DDRB.

<sup>76</sup> BGE 126 III 20; 115 II 64.

gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt. Höhere Anforderungen sind an den Beauftragten zu stellen, der seine Tätigkeit berufsmässig, gegen Entgelt ausübt.<sup>77</sup> Die verlangte Sorgfalt richtet sich nach den mit einer bestimmten Tätigkeit verbundenen Risiken sowie nach Ausbildung, Leistungsfähigkeit und Ausstattung, die objektiv von der vertraglich verpflichteten Institution erwartet werden dürfen.<sup>78</sup>

Fahrlässigkeit ist die Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt.<sup>79</sup> Für die Schweizer Finanzinstitute als Spezialisten und Experten im Eurozahlungsverkehr gelten strenge Massstäbe: Die Schweizer Finanzinstitute schulden ihren Kunden die strikte Beachtung der Regeln der SEPA-Rulebooks und die sorgfältige Ausführung von SEPA-Überweisungen. Sie gelten als obrigkeitlich konzessionierte Gewerbe. Ihre Haftung können sie deshalb nicht erfolgversprechend wegbedingen (Art. 100 Abs. 2 OR), da der Richter entsprechende Klauseln für nichtig erklären kann.<sup>80</sup>

#### 4.4 Haftung im Verhältnis Kunde/Finanzinstitut nach Schweizer Recht

Bei der Schlechterfüllung der Ausführung einer SEPA-Buchgeldüberweisung überlappen sich die Haftungsvoraussetzungen der Vertragswidrigkeit und des Verschuldens: Fehlende Sorgfalt begründet den Schuldvorwurf der Fahrlässigkeit. Da die aufgrund der SEPA-Rulebooks bestimmte Sorgfalt objektiviert ist, bedeutet Fahrlässigkeit immer auch Vertragswidrigkeit und umgekehrt.<sup>81</sup>

Somit bleibt für die Schweizer Finanzinstitute bei einer Schlechterfüllung praktisch kein Raum für eine Exkulpation gemäss Art. 97 Abs. 1 in fine OR. Mit dem Nachweis der Pflichtverletzung einher geht die Feststellung, dass die von einem durchschnittlichen Schuldner in dieser Situation zu erwartende Sorgfalt nicht aufgewendet wurde.<sup>82</sup> Die Verletzung der Sorg-

faltspflicht durch die Schweizer Finanzinstitute bei einer Überweisung in Euro gemäss SEPA-Standards führt gemäss Schweizer Recht zu einer strengen Haftung. Eine Überwälzung des Schadens auf den Kunden ist praktisch ausgeschlossen.

Somit ist die Rechtslage in der Schweiz betreffend Haftung weitgehend ähnlich wie unter den Haftungsbestimmungen der PSD (Art. 75 und 77 PSD),<sup>83</sup> obwohl dogmatisch anders hergeleitet.

#### 4.5 Drittwirkung der SEPA-Rulebooks hinsichtlich Haftung?

##### 4.5.1 PSD und SEPA-Rulebooks

Der PSD kann keine Regelung entnommen werden, nach welcher der Bankkunde die Bank seiner Vertragspartei aus dem Valutaverhältnis belangen, d.h. bei der Haftung ein Glied der Vertragskette ausgeschlossen werden kann.<sup>84</sup>

Die SEPA-Rulebooks regeln nur das Verhältnis zwischen den SEPA-Teilnehmern und enthalten keine Regeln über die Haftung zwischen einem Kunden und der Bank seines Vertragspartners.<sup>85</sup> Die SEPA-Rulebooks unterbinden Rechte eines Zahlungsdienstnutzers gegen die an SEPA teilnehmenden Finanzinstitute ausdrücklich (CTRB und DDRB, je Rule 5.2 Abs. 4).

Diese Lösung ist für alle beteiligten Parteien die praktikabelste. Zum einen ist es konsumentenfreundlich, wenn sich der Kunde an die eigene Bank halten kann, und zum andern muss eine Bank nicht mit einer Klage eines Kunden irgendeiner Vertragsbank im SEPA-Raum rechnen.

##### 4.5.2 Subrogation

Im Überweisungsverkehr handeln die Banken im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung, somit als indirekte Stellvertreter.<sup>86</sup> Auf diese Fälle zugeschnitten ist die Subrogation gemäss Art. 401 OR.<sup>87</sup>

<sup>77</sup> BGE 124 III 161; 115 II 64.

<sup>78</sup> BGer vom 13. Juni 2000, 4C.53/2000; *Gauch/Schluép/Emmenegger*, a.a.O., N 2989 ff.

<sup>79</sup> *Gauch/Schluép/Emmenegger*, a.a.O., N 2968.

<sup>80</sup> Vgl. BGE 132 III 449 E. 2f.; 112 II 456; *Gauch*, in: Bankhaftungsrecht, Schweizerische Bankenrechtstagung 2006, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, S. 15 ff., 208 f.; *Gauch/Schluép/Emmenegger*, a.a.O., N 3090 f.

<sup>81</sup> *Gauch/Schluép/Emmenegger*, a.a.O., N 2997 ff.

<sup>82</sup> *Wiegand*, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, N 43 zu Art. 97 OR.

<sup>83</sup> Vorne V.4.1 und V.4.2.

<sup>84</sup> Vorne V.4.1.

<sup>85</sup> Letztlich bestimmen die im Einzelfall geltende vertragliche Regelung und das konkret anwendbare Recht in der Beziehung Finanzinstitut/Kunde die Haftung, sodass weitere Aussagen an dieser Stelle nicht möglich sind.

<sup>86</sup> BGE 121 III 310 ff., 312.

<sup>87</sup> *Weber*, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, N 1 und 4 zu Art. 401 OR.

Zur Frage steht nach Schweizer Recht, ob auf SEPA-Überweisungen oder -Lastschriften Art. 401 OR (Subrogation) zur Anwendung kommt oder ob dieser Artikel wegbedungen werden kann. Sofern der Kunde/Schuldner alle seine Verpflichtungen gegenüber der Schuldnerbank erfüllt hat, ist er nach Schweizer Recht befugt, die Ansprüche der Schuldnerbank gegen die Gläubigerbank direkt geltend zu machen. Dies kann vermieden werden, indem der Anspruch der Schuldnerbank gegen die Gläubigerbank als nicht abtretbar erklärt wird.<sup>88</sup> Dieses Verhältnis untersteht indessen dem belgischen Recht (Rule 3.3 DDRB), sodass Aussagen dazu mit Vorbehalt zu werten sind.

Nach unserer Lesart schliessen die Rules 5.2 Abs. 3 und 4 CTRB und DDRB die Abtretbarkeit der Forderungen aus dem Verhältnis zwischen SEPA-Teilnehmern aus. Zudem macht der SEPA-spezifische Streitschlichtungsmechanismus, der mit der Unterzeichnung der SEPA-Verträge befolgt werden muss,<sup>89</sup> die Abtretung der Ansprüche aus den SEPA-Rulebooks an einen Nicht-SEPA-Teilnehmer unmöglich.

Für das Schweizer Recht bestätigt die Lehre, dass auch der Schuldner mit der Schuldnerbank direkt den Forderungsübergang nach Art. 401 Abs. 1 OR vertraglich ausschliessen kann.<sup>90</sup> Die Aufnahme einer solchen Bestimmung in die Bedingungen für SEPA-Transaktionen im Verhältnis Finanzinstitut/Kunde ist daher zulässig.

#### 4.5.3 SEPA-Rulebooks als Usanzen zur Konkretisierung der Sorgfaltspflicht

Bestehen für eine Berufsart oder ein bestimmtes Gewerbe allgemein befolgte Verhaltensregeln und Usanzen, können sie bei der Bestimmung des Sorgfaltsmassstabes herangezogen werden.<sup>91</sup>

Der Bankkunde, der Zahlungsvorgänge mit einer Bank abwickelt, die am SEPA teilnimmt, geht davon aus, dass diese die dort vorgeschriebenen Regeln beachtet, die ihm aufgrund der auftragsrechtlichen Informationspflichten bekannt gegeben werden müssen. Diese Regeln sind deshalb für die Bank wie den Kunden eine Konkretisierung der auftragsrechtlichen

Sorgfaltspflicht. Es ist zu erwarten, dass die in den SEPA-Rulebooks vorgesehenen Verfahren im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Ausdruck einer in einem bestimmten Gewerbe allgemein befolgten Verhaltensregel anzusehen sind und deren Einhaltung insoweit als Kriterium für die zahlungsverkehrsspezifische Sorgfalt zumindest im Interbankverhältnis gelten wird.

Eine Auswirkung auf die im Verhältnis Kunde/Finanzinstitut geforderte Sorgfaltspflicht ist nahelegend: Verletzt ein Finanzinstitut die Regeln der SEPA-Rulebooks und führt dies bei dessen Kunden zu einem Schaden, so wird der Kunde die Verletzung der Regeln der SEPA-Schemes als Verletzung der Sorgfaltspflicht anführen. Dies umso mehr, als die SEPA-Rulebooks öffentlich über das Internet zugänglich sind und die Finanzinstitute die Funktionsweise der SEPA-Schemes ihren Kunden darlegen müssen (Rules 5.7, no. 8 und 5.8, no. 4 CTRB, Rules 5.7, par. 1, lit. f und 5.8, par. 1, lit. e DDRB).

#### 4.5.4 Vertrauenshaftung

Bei der Vertrauenshaftung schädigt ein Schädiger eine mit ihm besonders verbundene Person, indem er bei ihr Erwartungen weckt, die er später in einer gegen Treu und Glauben verstossende Weise enttäuscht.<sup>92</sup> Das Bundesgericht hat einige Aspekte der Vertrauenshaftung für den bargeldlosen Zahlungsverkehr skizziert.<sup>93</sup>

Vertrauen erwecken beim bargeldlosen Zahlungsverkehr primär die Finanzinstitute, welche mit ihren Kunden einen Girovertrag mit Kontokorrentabrede schliessen, und nicht die nur Zahlungsverkehrsspezialisten bekannten Verträge im Interbankverhältnis. Der Interbankzahlungsverkehr ist für den Kunden weder transparent noch beeinflussbar. Der Kunde verkehrt im Normalfall ausschliesslich mit seinem Finanzinstitut. Die Verwendung des Finanzsystems ist daher in der Verpflichtung des Zahlungsdienstleisters gegenüber seinem Kunden durch den Girovertrag mit diesem eingeschlossen. Für die Tauglichkeit des Finanzsystems haftet gegenüber dem Kunden folglich primär sein Zahlungsdienstleister.<sup>94</sup>

<sup>88</sup> *Fellmann*, a.a.O., N 64 zu Art. 401 OR.

<sup>89</sup> Vorne II.6.

<sup>90</sup> *Fellmann*, a.a.O., N 65 zu Art. 401 OR.

<sup>91</sup> BGE 115 II 64; 108 II 318, vgl. dazu *Wiegand*, Zur Haftung für Dienstleistungen, recht 1990, S. 134 ff.

<sup>92</sup> BGE 133 III 449 ff., 451 mit weiteren Hinweisen, sowie vorne V.3.

<sup>93</sup> BGE 121 III 310 ff. E. 4.

<sup>94</sup> *Hess*, recht, a.a.O., S. 154.

Die Vertrauenshaftung führt demnach dazu, dass sich der Zahler an seinen Zahlungsdienstleister zu halten hat, welcher seinerseits entlang der Kette von Giroverträgen gegen den nächsten Beteiligten vorgehen muss. Aufgrund der Vertrauenshaftung lässt sich daher keine Verpflichtung eines SEPA-Teilnehmers gegen einen Kunden eines anderen SEPA-Teilnehmers, mit welchem keine vertragliche Beziehung besteht, ableiten.

## 5. Nicht-autorisierte Zahlungen

### 5.1 Regelung in der PSD

Die PSD führt in Erwägung 31–35 und Art. 54 den Begriff der nicht-autorisierten Zahlung ein. Ein Zahlungsvorgang gilt nur dann als autorisiert (Art. 54 Abs. 1 und 2 PSD), «wenn der Zahler dem Zahlungsvorgang zugestimmt hat. Der Zahler kann einen Zahlungsvorgang entweder vor oder – sofern zwischen dem Zahler und seinem Zahlungsdienstleister so vereinbart – nach der Ausführung autorisieren (...) Fehlt diese Zustimmung, gilt der Zahlungsvorgang als nicht autorisiert.»

Gemäss Art. 60 PSD steht dem Zahlungsdienstleister kein Aufwendungsersatz (im Schweizer Recht gemäss Art. 402 OR) zu bei nicht-autorisierten Zahlungen. Eine darüber hinausgehende finanzielle Entschädigung ist nicht von der PSD geregelt, kann sich aber aus dem auf den Vertrag zwischen dem Zahler und seinem Zahlungsdienstleister anwendbaren Recht ergeben.

In Abweichung von Artikel 60 PSD bestimmt Art. 61 PSD, dass der Zahler bis zu höchstens 150 EUR für den Schaden haftet, der infolge eines nicht-autorisierten Zahlungsvorgangs, der durch Nutzung eines verlorenen oder gestohlenen Zahlungsinstruments oder – in dem Fall, dass der Zahler die personalisierten Sicherheitsmerkmale nicht sicher aufbewahrt hat – infolge der missbräuchlichen Verwendung eines Zahlungsinstruments entsteht (Art. 61 Ziff. 1 PSD).

Der Zahler trägt alle Schäden, die in Verbindung mit nicht-autorisierten Zahlungsvorgängen entstanden sind, wenn er (i) den Schaden in betrügerischer Absicht herbeigeführt hat, oder (ii) eine oder mehrere seiner Pflichten (zum korrekten Gebrauch der Zahlungsinstrumente und zur sofortigen Meldung der missbräuchlichen Verwendung oder des Abhanden-

kommens der Zahlungsinstrumente) vorsätzlich oder grobfahrlässig verletzt hat (Art. 61 Ziff. 2 PSD).

Der betroffene Kontoinhaber hat unverzüglich nach Feststellung eines nicht-autorisierten oder fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorgangs, spätestens aber innerhalb einer Verwirkungsfrist von 13 Monaten seit Belastung, die fehlende Autorisierung bei seinem Zahlungsdienstleister geltend zu machen (Art. 58 PSD). Diese Bestimmung will die Endgültigkeit der Überweisungen sicherstellen, indem nach Ablauf der 13 Monate die Ansprüche gemäss PSD verwirkt sind.

Gemäss Erwägung 31 der PSD berührt diese Verwirkungsfrist andere Ansprüche zwischen Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister (beispielsweise wegen Willensmangel, Täuschung und Drohung als Sachverhalte ausserhalb des Anwendungsbereichs der PSD) nicht. Erwägung 31 PSD letzter Satz hält bezüglich der Regeln für nicht-autorisierte oder fehlerhaft ausgeführte Zahlungsvorgänge explizit fest, dass die PSD «andere Ansprüche zwischen Zahlungsdienstnutzern und Zahlungsdienstleistern nicht berühren» sollte.

Die Pflicht gemäss Art. 58 PSD, den Zahlungsdienstleister unverzüglich über nicht-autorisierte oder fehlerhaft ausgeführte Zahlungsvorgänge zu informieren, folgt im Schweizer Recht aus Art. 402 Abs. 2 OR. Diese Bestimmung umfasst den Schaden, der durch die Verletzung einer vertraglichen Verhaltenspflicht des Auftraggebers entsteht.<sup>95</sup> Der Kunde (sprich Auftraggeber) unterliegt der Nebenpflicht, alles Zumutbare zu unternehmen, um den Beauftragten (sprich sein Finanzinstitut) vor Schaden zu bewahren.

### 5.2 Haftung für nicht-autorisierte Zahlungen unter Schweizer Recht

Letztlich geht es bei der Haftung für nicht-autorisierte Zahlungen um eine Regelung des Selbstbehalts bei Verlust der Autorisierungsinstrumente. Im Schweizer Recht gibt es aufgrund der Lehre vom allgemeinen Lebensrisiko (Sphärentheorie) eine ähnliche Regelung für Kreditkarten. Sofern der Kreditkarteninhaber seine Pflichten zur Aufbewahrung beachtet hat, haftet er nur für CHF 100.– und CHF 20.– für den Kartenersatz.<sup>96</sup> Im bargeldlosen

<sup>95</sup> Fellmann, a.a.O., N 151 zu Art. 402 OR.

<sup>96</sup> Hess, Die Haftung der Bank für Kundendatendiebstahl, in: Bankhaftungsrecht, Schweizerische Bankenrechtstagung

Zahlungsverkehr kennen indessen weder das Schweizer Recht noch die Gerichtspraxis noch die Verträge mit den Kunden eine solche Regelung.

### 5.2.1 Grundsatz

Grundsätzlich ist es die Bank, die das Risiko einer zulasten des Kontos ihres Kunden und zugunsten einer nicht berechtigten Person ausgeführten Zahlung trägt. Sie allein erleidet einen Schaden, denn sie ist gehalten, ihrem Kunden den betreffenden Betrag ein zweites Mal zu bezahlen, ohne dafür Aufwändungsersatz (Art. 402 OR) beanspruchen zu können.<sup>97</sup>

Wird eine Transaktion ohne gültige Weisung des Kontoinhabers ausgeführt, hat dieser weiterhin einen Erfüllungsanspruch auf das zu Unrecht abdisponierte Geld. Es ist die Bank, die das Risiko der Erfüllung an die richtige Person bzw. das Risiko von Fehlvergütungen an nicht berechtigte Personen zu tragen hat. Leistet sie demnach aufgrund einer vermeintlichen Kundenanweisung an den nicht gehörig bevollmächtigten Vertreter, kann sie sich in der Regel nicht gültig befreien. Es liegt Nichterfüllung seitens der Bank vor und der Bankkunde muss eine Belastung seines Kontos nicht akzeptieren.<sup>98</sup>

### 5.2.2 Schadenersatzpflicht des Bankkunden gestützt auf Vertrag

Umstritten ist, wie sich ein allfälliges Selbstverschulden des Bankkunden auf dessen Erfüllungsanspruch auswirkt.

Das Bundesgericht hat in einem unveröffentlichten Entscheid das Mitverschulden des Kontoinhabers aufgrund mangelnder Überwachung der Buchungen verneint und ausgeführt, da die Forderung des Kunden auf einem Erfüllungsanspruch und nicht auf einem Schadenersatzanspruch beruhe, bleibe kein Raum für einen Abzug wegen Mitverschuldens der Kontoinhaber.<sup>99</sup>

In anderen Entscheiden hat das Bundesgericht indessen festgestellt, dass ein allfälliges Verschulden des Kontoinhabers einen Einfluss auf den Bestand

seiner Forderung habe. Diese Forderung sei dann herabzusetzen oder gar abzuweisen, wenn der Bank Einreden zustehen, die selbständige Schadenersatzansprüche gegenüber ihrem Vertragspartner begründen können.<sup>100</sup>

Es besteht eine Schadenersatzpflicht aus Verletzung vertraglicher Nebenpflichten. Die rechtliche Grundlage einer solchen Haftung findet sich in Art. 402 Abs. 2 OR: Der Kunde ist nach Treu und Glauben aus dem Auftragsverhältnis mit dem Zahlungsdienstleister im Sinne einer Nebenpflicht gehalten, das Zumutbare vorzunehmen und den Zahlungsdienstleister als Beauftragten vor Schaden zu bewahren.<sup>101</sup> Die Literatur und Praxis verweisen auch in Analogie auf Art. 1132 OR (Haftung des Checkausstellers für nachlässige Verwahrung der Checkformulare).

Bereits im Jahr 1985 hat *Rolf H. Weber* ein Schadensabwälzungsrecht der Bank auf den Kunden bejaht, wenn der Kunde die falsche Auszahlung der Bank durch sein Verhalten mitverursacht (z.B. unsorgfältige Verwahrung von Checkheften, offenes Herumliegenlassen von Kontoauszügen, unvorsichtiges Erwecken des Scheins der Empfangszuständigkeit des Dritten) hat. Das Finanzinstitut kann der Erfüllungsklage des Kunden eine Schadenersatzklage wegen Sorgfaltspflichtverletzung im Rahmen des Auftragsverhältnisses verrechnungs- bzw. widerklageweise entgegenhalten.<sup>102</sup>

Obwohl die Leistungen an den vermeintlichen Gläubiger keine Erfüllungswirkung haben, hat der Zahlungsdienstleister somit nicht das gesamte Haftungsrisiko bei fehlender Autorisierung zu tragen. Zudem können sich die Vertragsparteien über Einzelheiten der Auftragsausführung gesondert einigen.<sup>103</sup> Die Lehre vertritt die Auffassung, bei der Bestimmung betreffend Legitimationsprüfung «*gehe es weniger um eine Wegbedingung der Haftung für leichte Fahrlässigkeit als um eine Beschränkung des Masses*

2006, S. 55 ff., S. 82 f.

<sup>97</sup> BGE 132 III 452; 112 II 454.

<sup>98</sup> ZR 104 (2005), S. 110; BGer I 83/07 vom 2. Mai 2007 E. 3.5.

<sup>99</sup> BGer vom 17. August 1989, 4C.135/1997, kommentiert von *Schwaibold*, Rechtsprechungsübersicht 1998/99, in: Nobel [Hrsg.], Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 8, Bern 2000, S. 97 f.

<sup>100</sup> BGE 111 II 265; 112 II 457.

<sup>101</sup> *Sibbern/von der Crone*, Genehmigungsfiktion und Nebenpflichten der Bankkunden, SZW 2006, S. 70 ff., 77; *Weber*, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, N 11 zu Art. 402 OR.

<sup>102</sup> *Weber*, «Haftung für Schäden bei Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge», SJZ 1985, S. 84 ff., 87 f., (zit. Haftung).

<sup>103</sup> *Weber*, Haftung, a.a.O., S. 88.

der bei der Legitimationsprüfung geschuldeten Sorgfalt auf das im Massenbetrieb zumutbare».<sup>104</sup>

Gemäss einem Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts führt leichte Fahrlässigkeit der Kunden nicht zu einem Anspruch des – in höherem Verschuldensgrad fehlbaren – Finanzinstitutes gegen seine Kunden.<sup>105</sup>

Das Schweizer Recht ist im Ansatz ähnlich wie Art. 56 PSD und Art. 61 Abs. 1 und 2 PSD. Die Lösung des Schweizer Rechts ist indessen viel differenzierter als diejenige der PSD. Sie kann im Einzelfall zu einer vollen Übernahme des Verlustes durch das Finanzinstitut führen, sie kann aber auch zu einem Verlust des Kunden führen, der höher als 150 Euro ist.

## 6. Lastschriftverfahren

### 6.1 Belastungs- resp. Einzugsermächtigung gemäss PSD

Gemäss Art. 4 Ziff. 28 PSD ist Lastschrift eine vom Empfänger ausgelöste Zahlung (Holschuld) zur Belastung des Kontos des Zahlers aufgrund der Zustimmung des Zahlers zu einem Zahlungsvorgang, die der Zahler erteilt gegenüber

- dem Zahlungsempfänger, oder
- dem Zahlungsdienstleister des Zahlungsempfängers, oder
- seinem eigenen Zahlungsdienstleister.

Die PSD verlangt somit nicht, dass die Belastungs- resp. Einzugsermächtigung dem Zahlungsempfänger erteilt wird. Auch das für das schweizerische Lastschriftverfahren LSV<sup>+</sup> typische Vorgehen mit der Erteilung der Belastungsermächtigung an die eigene Bank ist PSD-konform.

### 6.2 Belastungs- resp. Einzugsermächtigung

#### 6.2.1 Belastungs- resp. Einzugsermächtigung gemäss SEPA Core DDRB

Das Direct Debit Scheme der SEPA-Rulebooks verwendet als Belastungs- resp. Einzugsermächtigung das «Mandate» (nachfolgend «SEPA-

Ermächtigung»<sup>106</sup>. Die SEPA-Ermächtigung enthält zwei Erklärungen des Zahlers<sup>107</sup>:

- die Ermächtigung für den Zahlungsempfänger, eine Forderung per SEPA Direct Debit einzuziehen, und
- die über den Zahlungsempfänger und dessen Bank übermittelte Weisung an die Bank des Zahlers, diese Lastschrift zu bedienen.

Das Debit Direct, das Lastschriftverfahren der PostFinance, ist hinsichtlich des Weges zur Erteilung der Belastungsermächtigung mit SEPA identisch.

Das Vertragsverhältnis zwischen dem Zahler und dem Zahlungsempfänger regelt somit auch die Befugnis des Zahlungsempfängers zur Weiterleitung der SEPA-Ermächtigung. Der Zahlungsempfänger, der diese Bevollmächtigung an sein Finanzinstitut (i.e. Bank/Post des Zahlungsempfängers) weitergibt, handelt dabei als Stellvertreter des Zahlers.

Das Finanzinstitut des Zahlers nimmt die SEPA-Ermächtigung entgegen und belastet gestützt darauf das Konto des Zahlers. Die Lastschrift auf dem Konto des Zahlers erfolgt somit letztlich doch gestützt auf eine vom Zahler erteilte diesbezügliche Ermächtigung. Diese wird nur nicht direkt dem Finanzinstitut des Zahlers erteilt, sondern kommt zum Finanzinstitut des Zahlers auf dem (Um-)Weg Zahler – Zahlungsempfänger als Stellvertreter des Zahlers – Finanzinstitut des Zahlungsempfängers – Finanzinstitut des Zahlers.

Der Gläubiger ist verpflichtet, dem Schuldner eine Voranzeige der Lastschrift zu senden.<sup>108</sup> Das SEPA Direct Debit Scheme basiert damit auf der Zustimmung des Schuldners zur Belastung seines Kontos.

Die SEPA-Ermächtigung bleibt während ihrer Geltungsdauer beim Zahlungsempfänger. Eine längere Aufbewahrungspflicht kann sich aus den nationalen Gesetzesvorschriften ergeben. Eine Aufbewahrungspflicht besteht auch nach Erlöschen/Widerruf der SEPA-Ermächtigung solange fort, als noch ein

<sup>104</sup> Weber, Haftung, a.a.O., S. 89. Diese Meinung wird ebenfalls unterstützt von Kilgus, Haftung für Unterschriftenfälschung im Bankenverkehr und die Zulässigkeit ihrer Wegbedingung durch AGB, Zürich 1988, S. 131 und 145.

<sup>105</sup> BGE 112 II 450 ff., 457 f. E. 4.

<sup>106</sup> Rules 2.2, par. 2; 3.1, par. 1, 1. Bullet Point und 4.7.2. DDRB. Rule 4.1 DDRB und Guidelines for the Appearance of Mandates, [Core SEPA Direct Debit Scheme], Doc: EPC392-08 of 4 December 2008).

<sup>107</sup> Rule 4.1 und Doc EPC392-08 of 4 December 2008: <<http://www.europeanpaymentscouncil.eu/documents/EPC392-08%20SDD%20Mandate%20Layout%20Guidelines.pdf>>.

<sup>108</sup> Rules 4.3.4, par. 2, 2. Linie des Diagramms und par. 3, no. 1 DDRB.

«Refund» für unbewilligte Transaktionen möglich ist.<sup>109</sup>

Die SEPA-Ermächtigung entfaltet während 36 Monaten Wirksamkeit. Wenn sie während dieser Zeit nie benutzt worden ist, muss der Zahlungsempfänger (!) die Ermächtigung aufheben.<sup>110</sup>

#### 6.2.2 Analyse nach Schweizer Recht: Vollmachterteilung und Substitution der Vollmacht

Vollmachterteilung ist nach dem Schweizer Recht an keine besondere Form gebunden.<sup>111</sup> Somit sind die im DDBR vorgesehenen Formen der Ausstellung der SEPA-Ermächtigung – schriftlich oder elektronisch – zulässig.

Gemäss dem Inhalt seiner eigenen Vollmacht kann ein Vertreter (Hauptvertreter, hier der Zahlungsempfänger/Gläubiger) befugt sein, im Namen und mit Wirkung für den eigenen Vollmachtgeber (Prinzipal, hier der Zahler/Schuldner) einen anderen Untervertreter (hier die Bank des Zahlungsempfängers) zu bevollmächtigen. Die Vollmacht, welche der Hauptvertreter dem Untervertreter erteilt, wird als Unter- oder Substitutionsvollmacht bezeichnet. Dadurch wird der Untervertreter zum Bevollmächtigten des Prinzipals. Als solcher hat er im Namen des Prinzipals zu handeln und nicht im Namen des Hauptvertreters.<sup>112</sup>

Die SEPA-Ermächtigung enthält u.E. auch die Befugnis des Zahlungsempfängers zu deren Weiterleitung, da dieser Ablauf Scheme-immanent ist. Dementsprechend scheint die Erteilung einer Untervollmacht an die Bank des Zahlungsempfängers durch den Zahlungsempfänger zur Auslösung des Zahlungsauftrages unproblematisch zu sein.<sup>113</sup> Insbesondere besteht kein schutzwürdiges Interesse des

Zahlers, dass der Zahlungsempfänger die Ermächtigung persönlich an die Bank des Zahlers/Schuldners übermittelt.

Das SEPA-Mandat wird ausgestellt basierend auf der vertraglichen Beziehung zwischen dem Schuldner/Zahler und seinem Gläubiger/Zahlungsempfänger. Diese Beziehung untersteht in der Regel dem Recht des Sitzes/der Niederlassung des Zahlungsempfängers, da die Verträge zwischen Gläubiger und Schuldner, welche die Benutzung des Lastschriftverfahrens nahelegen (z.B. Versicherungsvertrag, Zeitungsabonnement, Mietvertrag) in der Regel eine entsprechende Rechtswahl enthalten (Art. 116 IPRG). Dies ist zulässig: Gemäss Rule 3.3 DDBR kann das auf die SEPA-Ermächtigung anwendbare Recht nur das Recht eines der an SEPA teilnehmenden Länder sein.

#### 6.3 Rückabwicklung

Das Direct Debit Scheme sieht sieben Ausnahmen vor, welche zu Rücklastschriften oder zu neuen Zahlungsaufträgen gemäss Credit Transfer Scheme führen.<sup>114</sup>

Folgende Fälle betreffend die Ursachen des Widerspruchs und unterschiedliche Zeitlimiten für die Ausübung des Widerspruchsrechts sind zu unterscheiden:

<sup>109</sup> Rule 4.1, par. 6 DDBR.

<sup>110</sup> Rule 4.2, letzter Absatz DDBR.

<sup>111</sup> Zäch, in: Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 32–40 OR, Bern 1990, N 34 zu Art. 33 OR.

<sup>112</sup> Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 1360 und 1449; Zäch, a.a.O., N 71 und 74 zu Art. 33 OR; vgl. auch BGE 85 I 39.

<sup>113</sup> Vgl. dazu Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., N 1450; Kut/Schnyder, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, N 20 ff. zu Art. 33 OR; von Thur/Peter, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 373 f.; Watter/Schneller, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, N 20 zu Art. 33 OR; Zäch, a.a.O., N 72 ff. zu Art. 33 OR

<sup>114</sup> Rejects, Refusals, Returns, Reversals, Revocations, Requests for Cancellation, Refunds, vgl. Rule 4.4 DDBR.

Rückabwicklung von Einzügen (i.e. Refund; ≠ Haftung)		
Nicht-autorisierte Zahlungsvorgänge (Art. 60 PSD)	Autorisierte Lastschriften	
	<i>«unerwartete» Zahlungsvorgänge (Art. 62 Ziff. 1 Abs. 1 PSD)</i>	<i>«Normalfall» (Art. 62 Ziff. 1 Abs. 4 PSD)</i>
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Widerspruch, d.h. Begehren um Rückabwicklung 13 Monate nach der Belastung (Art. 58 PSD; Rule 4.3.4, par. 3, no. 7 DDRB)</li> <li>– Sofortige Rückabwicklung des vollen Betrages (Art. 60 PSD; Rules 4.3.4, letzter par. und 4.6.4, PT-04.20 DDRB)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Widerspruch und Begehren um Rückabwicklung 8 Wochen seit Belastung (Art. 63, Ziff. 1 PSD; Rules 4.3.4, par. 3, no. 6 und 4.6.4, PT-04.15 DDRB)</li> <li>– Rückabwicklung innerhalb von 10 Tagen oder Begründung für die Ablehnung der Rückabwicklung durch den Zahlungsdienstleister (Art. 63, Ziff. 2 Abs. 2 PSD)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Widerspruch und Begehren um Rückabwicklung 8 Wochen seit Belastung (Art. 63 Ziff. 1 PSD; Rule 4.3.4, par. 6 DDRB)</li> <li>– Rückabwicklung innert 10 Tagen (Art. 63 Ziff. 2 Abs. 2 PSD), keine Ablehnung zulässig</li> </ul>

Im Falle eines Widerspruchs (Refund) ist die Bank des Schuldners ermächtigt, den Betrag der widersprochenen Lastschrift von der Bank des Gläubigers zurückzuerhalten. Die Bank des Schuldners ist zudem berechtigt, von der Bank des Gläubigers für den Zinsverlust, welchen die Schuldnerbank erlitten hat, Entschädigung zu verlangen (Refund Compensation).<sup>115</sup>

## 7. Der Begriff des Konsumenten

Die Darstellung des Konsumentenbegriffs ist aus mehreren Gesichtspunkten für die Schweizer Finanzinstitute von Bedeutung. Vorerst setzt der Zugang zum SEPA Business-to-Business Direct Debit Scheme Rulebook (Lastschriftverfahren ohne Wider-

spruchsrecht, resp. Rückabwicklung)<sup>116</sup> voraus, dass es sich beim Schuldner um einen «Business Customer», d.h. keine Micro Enterprise<sup>117</sup> und keinen Konsumenten handelt, und es das nationale Recht des Schuldners erlaubt, auf das Widerspruchsrecht<sup>118</sup> zu

<sup>116</sup> EPC301-07, 26. Juni 2008, Version 1.1 Approved.

<sup>117</sup> In den Schweizer Gesetzeserlassen oder deren Bekanntmachungen finden sich verschiedene Umschreibungen, die auf ein Klein- oder Kleinstunternehmen zutreffen können (Art. 727a Abs. 2 OR, Art. 2 lit. e FusG, Definition nach dem Beschluss der Wettbewerbskommission vom 19. Dezember 2005, Bekanntmachungen betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung). Die Beschreibungen sind nicht völlig übereinstimmend. Ein gemeinsames Element scheint aber die maximale Anzahl von zehn Vollzeitmitarbeitern darzustellen.

<sup>118</sup> In der Schweiz gibt es das LSV BDD, welches eine Belastungsermächtigung ohne Widerspruch beinhaltet, s. die Technischen Weisungen Applikationen Zahlungssysteme der SIX Interbank Clearing, Anhang IV-2, S. 5 ff.

<sup>115</sup> Rule 4.6.4, PT-04.16 DDRB.

verzichten. Weiter musste die Schweiz in ihrer Legal Opinion aufzeigen, dass sie gemäss dem substanziellen Gleichwertigkeitsprinzip einen der PSD sowie den Rulebooks entsprechenden Konsumentenbegriff kennt, da die Gewährleistung der wettbewerbsrechtlichen Chancengleichheit eine wesentliche Voraussetzung zur Teilnahme am SEPA-Scheme ist.<sup>119</sup>

### 7.1 Der Begriff des Konsumenten nach EU-Richtlinien

Die PSD definiert in Art. 4 Ziff. 11 den Begriff des «Verbrauchers» wie folgt:

«*Verbraucher*» ist eine natürliche Person, die bei den von dieser Richtlinie erfassten Zahlungsdienstverträgen zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können».

Weitere EU-Richtlinien<sup>120</sup> sehen eine übereinstimmende oder ähnliche Definition des Konsumenten- bzw. Verbraucherbegriffs vor.<sup>121</sup> Geschützt werden letztlich in allen Richtlinien natürliche Personen, die einen Vertrag nicht zu gewerblichen oder beruflichen, sondern zu privaten Zwecken abschliessen. Die Verbrauchereigenschaft kennzeichnet also keinen Status, welcher einer Person anhaftet. Vielmehr ist bei jedem Vertrag neu zu bestimmen, ob die jeweilige Partei als Konsument auftritt. Der Verbraucher steht einer natürlichen oder juristischen Person gegenüber, die zum Teil als Gewerbebetreibender,<sup>122</sup>

in anderen Richtlinien aber auch als Kreditgeber,<sup>123</sup> als Anbieter,<sup>124</sup> als Verkäufer<sup>125</sup> oder als Lieferer<sup>126</sup> bezeichnet wird. In allen Fällen wird vorausgesetzt, dass die betreffende Person beim Vertragsabschluss im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit handelt. Anderes gilt einzig in der Pauschalreiserrichtlinie.<sup>127</sup> Insofern besteht in den EU-Richtlinien ein allgemeingültiger Konsumentenbegriff.<sup>128</sup>

### 7.2 Der Begriff des Konsumenten nach Schweizer Recht

Das Schweizer Recht kennt keine allgemeingültige Definition des Begriffs «Konsument». Dem Konsumenten und seinem Schutz widmen sich verschiedene Gesetzeserlasse.<sup>129</sup> Zum Teil bestimmen diese Erlasse ausdrücklich, wer als Konsument in ihren Anwendungsbereich fällt, ohne einen einheitlichen Konsumentenbegriff zu verwenden.<sup>130</sup> Letztlich kreisen die unterschiedlichen Konsumentenbegriffe im

<sup>119</sup> Vorne IV.1.

<sup>120</sup> Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (RL 93/13/EWG); Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (RL 87/102/EWG); Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG.

<sup>121</sup> Basedow, Verbraucherschutz oder Versicherungerschutz? Zum Anwendungsbereich des zwingenden europäischen Versicherungsvertragsrechts, in: *Droit de la consommation, Konsumentenrecht, Consumer Law – Liber amicorum Bernd Stauder*, Genève 2006, S. 37.

<sup>122</sup> So in der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von ausserhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. 1993 L 372/31; ebenso in der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993 L 95/29.

<sup>123</sup> Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl. 1987 L 42/48.

<sup>124</sup> Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, ABl. 2002 L 271/16.

<sup>125</sup> Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien, ABl. 1994 L 280/83; Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. 1999 L 171/12.

<sup>126</sup> Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. 1997 L 144/19.

<sup>127</sup> Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, ABl. 1990 L 158/59; vgl. *Basedow*, a.a.O., S. 37 f.

<sup>128</sup> G.L.M. *Calais-Auloy*, La motion de consommateur en droit français et en droit communautaire, in: *Droit de la consommation, Konsumentenrecht, Consumer Law – Liber amicorum Bernd Stauder*, Genève 2006, S. 72; a.M. *Koller-Tumler*, E-Banking und Konsumentenschutz, in: *E-Banking, Rechtliche Grundlagen*, Bern 2002, S. 143 ff., S. 149.

<sup>129</sup> Art. 97 BV; Art. 3 KKG; Art. 9 UWG; Art. 22 GestG; Art. 40a ff. OR; Art. 11 Abs. 3 Bundesgesetz über das Messwesen; Art. 2 Abs. 3 lit. a Bundesgesetz über Pauschalreisen; Art. 120 IPRG; Art. 13 LugÜ.

<sup>130</sup> *Hartmann*, Die vorvertragliche Informationspflicht und ihre Verletzung, Freiburg 2001, S. 10.

schweizerischen Recht alle um folgenden Begriffskern:

*Konsumenten sind natürliche Personen, die mit gewerblich oder beruflich handelnden Anbietern einen Vertrag über Leistungen zum persönlichen Gebrauch abschliessen.*<sup>131</sup>

Von diesem Kernbegriff gibt es Ausnahmen, wonach auch Kleinkaufleute<sup>132</sup> und sogar juristische Personen<sup>133</sup> als Konsument gelten oder ein Konsument zu gewerblichen Zwecken handeln kann.<sup>134</sup>

Davon abgesehen ist Konsument, wer entweder unter den engen Kernbegriff fällt oder den gleichen Schutz verdient wie Personen, die unter diesen Begriff fallen. Wem derselbe Schutz zukommen soll wie einem Konsumenten im engen Sinn, entscheidet sich je nach konkreter Fragestellung aufgrund besonderer Gesetznormen oder aufgrund wertender Betrachtung des Rechtsanwenders.<sup>135</sup>

### 7.3 Übereinstimmung der Konsumentenbegriffe

Die Begriffe des Konsumenten im Schweizer Recht und in den EU-Richtlinien stimmen im Kern überein. Für beide Rechtssysteme sind die Elemente der natürlichen Person, die einen Vertrag mit einem beruflich oder gewerblich handelnden Anbieter zu privaten Zwecken abschliesst, wesentlich. Somit ist sowohl die verlangte, wesentliche Gleichwertigkeit bezüglich des Konsumentenbegriffs als auch eine klare Abgrenzung zu den Nicht-Konsumenten gegeben.

## 8. Umsetzung FATF Special Recommendation VII

Gemäss der «*Special Recommendation VII*» der *Financial Action Task Force on Money Laundering* sind die Staaten gehalten sicherzustellen, dass Finanzinstitute, inbegriffen Money Remitters, genaue

und aussagekräftige Aussagen über den Absender der jeweiligen Zahlung in den zugehörigen Zahlungsmeldungen machen. Ebenso sind Finanzinstitute und Money Remitters gehalten, verdächtige Geldtransfers, welche ungenügende Angaben über den Absender enthalten, zu überwachen.<sup>136</sup>

### 8.1 EU-Recht

Die Umsetzung der FATF-Sonderempfehlung VII ins europäische Recht erfolgte mit der Verordnung über die Übermittlung von Angaben zum Auftraggeber bei Geldtransfers vom 15. November 2006, welche am 1. Januar 2007 in Kraft trat.<sup>137</sup>

Nach Art. 4 i.V.m. Art. 7 müssen Zahlungsüberweisungen aus einem Drittland immer den vollständigen Auftraggeberdatensatz (Namen, Anschrift und Kontonummer des Auftraggebers bzw. anstelle der Anschrift Geburtsdatum und Geburtsort, die Kundennummer oder die nationale Identitätsnummer des Auftraggebers) enthalten.

Für Überweisungen innerhalb der EU gelten erleichterte Anforderungen. Bei Geldtransfers, bei denen sowohl die Bank des Auftraggebers als auch die Bank des Begünstigten ihren Sitz in der EU haben, muss nur die Kontonummer des Auftraggebers übermittelt werden. Wenn keine Kontonummer vorhanden ist, muss eine kundenbezogene Identifikationsnummer angegeben werden. Diese soll eine Rückverfolgung des Vorgangs bis zum Auftraggeber ermöglichen. Auf Antrag der Bank des Begünstigten muss die Bank des Auftraggebers in der Lage sein, innerhalb von drei Arbeitstagen nach Eingang eines solchen Antrags den vollständigen Auftraggeberdatensatz zur Verfügung zu stellen.<sup>138</sup>

### 8.2 Schweizer Recht

Die am 1. Juli 2008 in Kraft getretene Fassung von Art. 15 GwV-FINMA hat die Regelung der Bekanntgabe der Absenderdaten an die internationale Praxis angeglichen. Gemäss Art. 15 Abs. 1 GwV-

<sup>131</sup> Für Verträge über Finanzdienstleistungen ist hingegen nicht allein nach der Art und dem Zweck des Geschäfts zu urteilen, vielmehr ist auch das Geschäftsvolumen von Bedeutung, vgl. dazu BGE 132 III 268 E. 2.2.3.

<sup>132</sup> Art. 22 GestG; vgl. *Brunner*, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG), Basel/Genf/München 2001, N 9 zu Art. 22 GestG.

<sup>133</sup> Art. 11 Abs. 3 Satz 3 Bundesgesetz über das Messwesen; vgl. *Hartmann*, a.a.O., S. 11.

<sup>134</sup> Art. 2 Abs. 3 Bundesgesetz über Pauschalreisen; vgl. *Hartmann*, a.a.O., S. 11.

<sup>135</sup> *Hartmann*, a.a.O., S. 12.

<sup>136</sup> <[http://www.fatf-gafi.org/document/9/0,3343,en\\_32250379\\_32236920\\_34032073\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html#VIIWire](http://www.fatf-gafi.org/document/9/0,3343,en_32250379_32236920_34032073_1_1_1_1,00.html#VIIWire)>.

<sup>137</sup> Verordnung Nr. 1781/2006 des europäischen Parlaments und des Rates vom 15. November 2006 <[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/oj/2006/l\\_345/l\\_34520061208de00010009.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/oj/2006/l_345/l_34520061208de00010009.pdf)>.

<sup>138</sup> EBK-Bericht, Mai 2007, «Änderung der EBK-Geldwäschereiverordnung», S. 10 f.

FINMA sind grundsätzlich bei allen Zahlungsaufträgen über CHF 1500 anzugeben:<sup>139</sup>

- der Name,
- die Kontonummer und
- die Adresse der auftraggebenden Vertragspartei.

Art. 15 Abs. 2 GwV-FINMA enthält in Anlehnung an die Vorgaben der FATF und der Regelung der EU-Verordnung eine erleichterte Regelung für Inlandsüberweisungen. Danach braucht der Finanzintermediär bei Zahlungsaufträgen im Inland nur die Kontonummer oder eine Identifizierungsnummer anzugeben. Voraussetzung dafür ist, dass er auf Nachfrage der Bank des Begünstigten hin dieser innert drei Werktagen den vollständigen Datensatz über den Auftraggeber der Zahlung nachliefern kann. Die Inlandsregel gilt grundsätzlich nur, wenn sowohl die Bank des Auftraggebers wie auch die Bank des Empfängers sich in der Schweiz befinden und die Zahlung über ein inländisches Zahlungssystem abgewickelt wird.

Hinsichtlich der Pflicht zur Angabe des Absenders bei Zahlungsaufträgen entspricht die Regelung in der Schweiz vollständig derjenigen im EU-Raum. Ein Problem für SEPA bleibt allerdings die Tatsache, dass die Schweiz nicht Mitglied der EU resp. des EWR ist und die EU- resp. EWR-Mitglieder nicht dem Schweizer Recht unterstellt sind. Die für innerstaatliche Zahlungen vorgesehenen Erleichterungen<sup>140</sup> können bei Überweisungen nach SEPA-Standards zwischen Schweizer und EU- resp. EWR-Finanzinstituten keine Anwendung finden. Dies wäre nur durch eine entsprechende staatsvertragliche Regelung möglich. Im Verhältnis zwischen EU- resp. EWR-Finanzinstituten und Schweizer Finanzinstituten muss deshalb der volle Datensatz angegeben werden.

## VI. Versuch eines Fazits: Marktzugang durch Rechtsvergleichung

Durch die rechtsvergleichenden Abklärungen haben die Schweizer Finanzinstitute aufgezeigt, dass die Schweiz über Regeln verfügt, die mit der PSD im Wesentlichen gleichwertig sind. Obwohl die Schweiz weder ein Zahlungsverkehrsgesetz kennt

noch ein solches plant, bestehen vielfältige gesetzliche Grundlagen und öffentlich-rechtliche Erlasse, aber auch vertragliche Regeln und eine allgemeine Praxis, welche den von den SEPA-Rulebooks und der PSD umschriebenen Bereich abdecken. Dabei sind die schweizerischen Regelungen meist weniger ausführlich und technisch, aber – in bewährter schweizerischer Manier – allgemeiner formuliert. Die Gesetze werden ergänzt durch die bewährte und im Bereich Zahlungsverkehrsrecht nicht umstrittene Gerichtspraxis.

Marktzutritt durch Rechtsvergleichung hat den Vorteil, das eigene Recht beibehalten zu können, soweit es sich als gleichwertig erweist. Solange die Schweiz das europäische Recht nicht durch den Beitritt zum EWR oder zur EU übernimmt, werden sich Fragen der Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen – und dies nicht bloss hinsichtlich der PSD – immer wieder stellen, wenn Schweizer Rechtssubjekte in gleicher Weise an einem Segment des europäischen Marktes partizipieren wollen wie die übrigen EU- und EWR-Staaten.

Von den EU-Mitgliedern den gedanklichen Nachvollzug des Schweizer Rechts zu verlangen, um den europäischen Markt einem Nichtmitglied zugänglich zu machen, ist ein (zu) anspruchsvolles Ansinnen. Die Rechtssubjekte im EU-Raum verlangen, dass man sich auf ihre Rechtsordnung einstellt, und nicht umgekehrt. Die Schweizer Finanzinstitute haben beträchtlichen Aufwand betrieben, um das Schweizer Recht und dessen Gleichwertigkeit darzustellen – mit Erfolg. Allerdings ist Rechtsvergleichung ein fragiles Werkzeug – eine neue Norm in einer der verglichenen Jurisdiktionen kann das Resultat bereits wieder in Frage stellen

Bei der Rechtsvergleichung betreffend PSD vermochte die dogmatische Analyse von auf Anhieb unvereinbaren Regelungen einen gemeinsamen Kern herauszuschälen. Dies insbesondere deshalb, weil die beteiligten Parteien sich nicht auf nationale Rechtsfiguren versteiften, sondern pragmatisch deren Sinn und Zweck ermittelten. Die Gemeinsamkeiten trotz unterschiedlicher Normierungsansätze und unterschiedlichem Wortlaut der Regelungen erstaunen nicht, denn bargeldlose Zahlungen sind im Faktischen und in den sich stellenden Rechtsfragen sowohl in den Ländern der EU und des EWR als auch in der Schweiz weitgehend ähnlich.

<sup>139</sup> EBK-Bericht, a.a.O., S. 18 f.

<sup>140</sup> Art. 6 EU-Verordnung 1781; Art. 15 Abs. 2 GwV-FINMA.

**Abkürzungsverzeichnis**

BIC	Bank Identifier Code	IBAN	International Bank Account Number
CTRB	Credit Transfer Rulebook	ICC	International Chamber of Commerce
DDRB	Direct Debit Rulebook	PSD	Payment Services Directive 2007/64/EC
EPC	European Payments Council	SEPA	Single Euro Payments Area
EZB	Europäische Zentralbank	SMC	Scheme Management Committee
FATF	Financial Action Task Force on Money Laundering	SWIFT	Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication

---