
Elektronische Bezahlvorgänge

OLIVER ARTER*

Inhaltsverzeichnis

1.	Aufsichtsrechtliche Aspekte von Bezahlssystemen.....	127
1.1	Definitionen.....	128
1.1.1	Zahlungssystem.....	128
1.1.2	Online-Banking.....	129
1.1.3	E-Geld.....	130
1.1.3.1	Allgemeine Definition.....	130
1.1.3.2	Definition der Europäischen Zentralbank.....	130
1.1.3.3	Definition nach der E-Geld-Richtlinie.....	131
1.1.3.4	Definition des Committee on Payment and Settlement Systems.....	133
1.1.3.4.1	Begriff.....	133
1.1.3.4.2	Abgrenzung zu „single purpose prepaid card products“.....	133
1.1.3.4.3	Abgrenzung zu „access products“.....	134
1.1.3.4.4	Abgrenzung zu „internet payments“ und „mobile payments“.....	134
1.1.3.4.5	Anwendungsvariante „Card based products“.....	136
1.1.3.4.6	Anwendungsvariante „Network based products“ / „Software based products“.....	136
1.2	Schweiz.....	137
1.2.1	Bankengesetzgebung.....	137
1.2.2	Einlagencharakter.....	138
1.2.3	Nationalbankgesetz.....	140
1.3	Europäische Union.....	146
1.4	Deutsche Gesetzgebung.....	148
1.5	Single European Payment Area Initiative.....	149
2.	Zahlungsverkehr im Allgemeinen.....	150
2.1	Geld als Gegenstand von Wirtschaftstransaktionen.....	150
2.2	Rechtliche Aspekte bei Zahlungsanweisungen.....	150
2.2.1	Anweisungsverhältnis.....	151
2.2.1.1	Mittel der Leistungserbringung.....	151
2.2.1.2	Doppelermächtigung.....	151
2.2.1.2.1	Allgemeines.....	151
2.2.1.2.2	Annahmeerklärung.....	151
2.2.1.3	Grundverhältnis als Zweck und Grund der Leistungserbringung des Angewiesenen.....	152
2.2.2	Beziehungen zwischen den Parteien eines Anweisungsverhältnisses.....	152
2.2.2.1	Verhältnis zwischen Anweisendem und Angewiesenem.....	152

* Der Autor bedankt sich für kritische Diskussion dieses Manuskriptes sowie Diskussionsbereitschaft bei Dr. iur. FLORIAN S. JÖRG, M.C.J., Rechtsanwalt, Zürich.

2.2.2.2	Verhältnis zwischen Anweisendem und Anweisungsempfänger.....	153
2.2.2.3	Verhältnis zwischen Angewiesenem und Anweisungsempfänger.....	153
2.2.3	Überblick über die einzelnen Rechtsverhältnisse	153
2.2.3.1	Deckungsverhältnis	154
2.2.3.1.1	Girovertrag bei Bankzahlungen.....	154
2.2.3.1.2	Emissionsvertrag bei Kreditkartenzahlungen	154
2.2.3.1.3	Telefondienstvertrag bei Zahlungen über Mobiltelefon und Festnetzanschluss	154
2.2.3.1.4	Weitere	155
2.2.3.2	Valutaverhältnis.....	155
2.2.3.2.1	Allgemeines.....	155
2.2.3.2.2	Tilgung der Forderung aus dem Grundgeschäft	155
2.2.3.2.3	Rückgriff auf den Anweisenden	156
2.2.3.2.4	Stundung der Forderung aus dem Grundverhältnis	156
2.2.3.3	Vollzugsverhältnis.....	156
2.2.3.3.1	Grundsatz: Kein Grundverhältnis	156
2.2.3.3.2	Anweisungsempfänger und Empfängerbank beim Bankzahlungs- verkehr.....	157
2.2.3.3.3	Kreditkartentransaktionen	157
2.2.3.3.4	Weitere	157
2.2.4	Annahme der Anweisung durch den Angewiesenen	158
2.2.4.1	Allgemeines.....	158
2.2.4.2	Annahme der Anweisung	158
2.2.4.3	Leistungspflicht bei Annahme der Anweisung.....	158
2.2.4.4	Abstrakte Natur der Anweisung	159
2.2.5	Widerruf der Anweisung durch den Anweisenden.....	159
2.2.5.1	Widerruf der Anweisung gegenüber dem Anweisungsempfänger.....	159
2.2.5.2	Widerruf der Anweisung gegenüber dem Angewiesenen.....	160
2.2.6	Rückabwicklung.....	160
2.3	Erfüllung von Geldschulden im Allgemeinen	160
2.3.1	Gesetzliche Grundlage.....	160
2.3.2	Erfüllung durch Giralgeld.....	161
2.3.2.1	Allgemeines.....	161
2.3.2.2	Leistung an Erfüllung oder erfüllungshalber	161
2.3.2.2.1	Bisheriger Stand der Diskussion.....	162
2.3.2.2.1.1	Vereinbarung.....	162
2.3.2.2.1.2	Angabe von Kontodaten	162
2.3.2.2.1.3	Ohne spezielle Kontoangaben: Erfüllungswirkung unter Vorbehalt.....	162
2.3.2.2.2	Zahlung mit elektronischem Geld	163
3.	Überblick über vertragsrechtliche Aspekte ausgewählter Bezahlsysteme	163
3.1	Allgemeine Geschäftsbedingungen	163
3.2	Dialer.....	165
3.2.1	Funktionsweise eines Dialers	165
3.2.2	Nummern für Mehrwertdienste und Dialer.....	166
3.2.3	Vertragsrechtliche Beziehungen bei Dialern	166
3.2.3.1	Der Vertrag zwischen dem Kunden und dem Telefondienstanbieter	167

3.2.3.2	Der Vertrag zwischen dem Kunden und dem Mehrwertdienstanbieter.....	169
3.2.4	Exkurs: Zustandekommen eines Vertrages im Internet	170
3.2.5	Streitigkeiten aus Vergütungen bei Dialern	171
3.2.5.1	Zustandekommen des Telefondienst- und des Mehrwertdienstvertrages	171
3.2.5.2	Vergütung.....	173
3.2.5.3	Einwendungen des Kunden und AGB-Kontrolle.....	174
3.3	Kreditkartenverträge.....	175
3.3.1	Funktionsweise.....	175
3.3.2	Vertragsrechtliche Beziehungen rund um Kreditkarten.....	178
3.3.2.1	Typisierung.....	178
3.3.2.2	Emissionsvertrag	179
3.3.2.3	Akquisitionsvertrag	182
3.4	click&buy	183
3.4.1	Funktionsweise.....	183
3.4.2	Registrierung	184
3.4.3	Einzelne Bezahlvorgänge	185
3.4.4	Abrechnungsvarianten für den Anbieter.....	185
3.4.5	Wesentliche Bestimmungen der Kunden-AGB	185
3.4.5.1	Pflichten des Kunden.....	185
3.4.5.2	Unautorisierte und missbräuchliche Nutzung.....	186
3.4.6	Rechtliches	186
3.5	Easyp@y	187
3.5.1	Funktionsweise.....	187
3.5.2	Einzelne Bezahlvorgänge	187
3.5.3	Wesentliche Bestimmungen der Kunden-AGB	188
3.5.3.1	Pflichten der Easyp@y-Inhaber.....	188
3.5.3.2	Gewährleistung und Haftung.....	189
3.5.4	Rechtliches	189
4.	Abschliessende Bemerkungen.....	189
	Literaturverzeichnis	190

1. Aufsichtsrechtliche Aspekte von Bezahlssystemen

Bevor nachfolgend einige elektronische Zahlungssysteme unter privatrechtlichen Aspekten dargestellt werden, sind ausgewählte Begriffe elektronischer Bezahlvorgänge zu definieren und aufsichtsrechtliche Aspekte darzustellen.

1.1 Definitionen

1.1.1 Zahlungssystem

Über Zahlungssysteme¹ werden Mittel, meistens von einer Bank zu einer anderen, überwiesen². Zahlungssysteme sind Systeme, die ein Instrumentarium, Prozesse und Vorschriften³ für Geldtransfers zwischen den Systemteilnehmern umfassen⁴. Typische Risiken von Zahlungsverkehrssystemen

¹ Auch bezeichnet als Zahlungsverkehrssysteme.

² Bank für Internationalen Zahlungsausgleich, Ausschuss für Zahlungsverkehrs- und Abrechnungssysteme, Grundprinzipien für Zahlungsverkehrssysteme, die für die Stabilität des Finanzsystems bedeutsam sind, Januar 2001, Ziffer 1.1.

³ Folgende Grundprinzipien sind dabei relevant:

- Das System sollte in allen betroffenen Rechtsordnungen eine solide Rechtsgrundlage aufweisen;
- Die Regelungen und Verfahren des Systems sollten den Teilnehmern eine klare Einschätzung der Auswirkungen des Systems auf alle finanziellen Risiken, die sie mit ihrer Teilnahme eingehen, ermöglichen;
- Das System sollte über klar definierte Verfahren für das Management von Kredit- und Liquiditätsrisiken verfügen, die auch die jeweiligen Verantwortungsbereiche der Systembetreiber und der Teilnehmer festlegen und die angemessene Anreize für die Beherrschung und Begrenzung dieser Risiken enthalten;
- Das System sollte einen frühzeitigen endgültigen Ausgleich am Valutatag anbieten, vorzugsweise während des Tages, mindestens jedoch am Ende des Tages;
- Ein System mit multilateralem Netting sollte zumindest in der Lage sein, den rechtzeitigen Abschluss des täglichen Saldenausgleiches auch dann sicherzustellen, wenn der Teilnehmer mit der grössten einzelnen Abrechnungsverbindlichkeit seine Ausgleichszahlung nicht leisten kann;
- Die für den Saldenausgleich verwendeten Aktiva sollten vorzugsweise eine Forderung an die Zentralbank sein; werden andere Aktiva verwendet, sollten sie mit geringen oder keinen Kredit- oder Liquiditätsrisiken verbunden sein;
- Das System sollte in hohem Masse Sicherheit und Zuverlässigkeit des Betriebs sicherstellen und über Notfallverfahren für den rechtzeitigen Abschluss der täglichen Verarbeitung verfügen;
- Das System sollte einen praktischen und ökonomisch effizienten Weg für Zahlungen bieten;
- Das System sollte über objektive und öffentlich bekannt gegebene Teilnahmekriterien verfügen, die einen gerechten und offenen Zugang ermöglichen;
- Die Führungs- und Verwaltungsstruktur des Systems sollte effizient, rechen-schaftspflichtig und transparent sein.

Vgl. dazu Bank für Internationalen Zahlungsausgleich, Ausschuss für Zahlungsverkehrs- und Abrechnungssysteme, Grundprinzipien für Zahlungsverkehrssysteme, die für die Stabilität des Finanzsystems bedeutsam sind, Januar 2001, 4.

⁴ Bank für Internationalen Zahlungsausgleich, Ausschuss für Zahlungsverkehrs- und Abrechnungssysteme, Grundprinzipien für Zahlungsverkehrssysteme, die für die Stabilität des Finanzsystems bedeutsam sind, Januar 2001, Ziffer 1.7.

men sind Kreditrisiken⁵, Liquiditätsrisiken⁶, Rechtsrisiken⁷, operationelle Risiken⁸ und Systemrisiken^{9,10}.

Eigentümer und Betreiber von Zahlungssystemen können Zentralbanken, Institutionen des privaten Sektors oder staatliche und private Stellen gemeinsam sein¹¹. Zahlungssysteme unterstehen regelmässig aufsichtsrechtlichen Normierungen¹².

1.1.2 Online-Banking

Der Begriff des Online-Banking beschränkt sich auf die Vertragsbeziehung zwischen Kunde und Bank¹³ und die in diesem Rahmen über das Internet geführte Kommunikation zwecks Nutzung von typischen Bankdienstleistungen¹⁴.

⁵ Risiko, dass eine Partei im System ihren finanziellen Verpflichtungen weder zum Fälligkeitstermin noch zu einem künftigen Zeitpunkt in vollem Umfang nachkommen kann.

⁶ Risiko, dass eine Partei im System finanzielle Verpflichtungen zum Fälligkeitstermin nicht vollständig begleichen kann, aber möglicherweise zu einem späteren Zeitpunkt.

⁷ Risiko, dass eine mangelhafte Rechtsgrundlage oder Rechtsunsicherheiten Kredit- oder Liquiditätsrisiken verursachen oder verschärfen.

⁸ Risiko, dass betriebliche Faktoren wie technische Störungen oder menschliches Versagen Kredit- oder Liquiditätsrisiken verursachen oder verschärfen.

⁹ Risiko, dass die Unfähigkeit eines Teilnehmers, seinen Verpflichtungen nachzukommen, oder eine Störung im System selbst dazu führt, dass auch andere Systemteilnehmer oder Finanzinstitute in anderen Bereichen des Finanzsystems nicht mehr in der Lage sind, ihre Verpflichtungen bei Fälligkeit zu erfüllen. Ein solches Versagen kann weit verbreitete Liquiditäts- oder Kreditprobleme auslösen und damit die Stabilität des Systems oder der Finanzmärkte gefährden.

¹⁰ Bank für Internationalen Zahlungsausgleich, Ausschuss für Zahlungsverkehrs- und Abrechnungssysteme, Grundprinzipien für Zahlungsverkehrssysteme, die für die Stabilität des Finanzsystems bedeutsam sind, Januar 2001, Ziffer 3.0.1.

¹¹ Bank für Internationalen Zahlungsausgleich, Ausschuss für Zahlungsverkehrs- und Abrechnungssysteme, Grundprinzipien für Zahlungsverkehrssysteme, die für die Stabilität des Finanzsystems bedeutsam sind, Januar 2001, Ziffer 3.0.3.

¹² Grundlegend zu elektronischen Zahlungssystemen FURCHE/WRIGHTSON, 7 ff.

¹³ Unterschieden wird teilweise – insbesondere in Deutschland – zwischen den Begriffen des Online-Banking und dem Internet-Banking. Online-Banking bezeichnet dabei die Nutzung von Bankdienstleistungen über geschlossene Netze, währenddessen Internet-Banking die Abwicklung von Bankdienstleistungen über das offene Netz des Internet meint. Vgl. KOCH/VOGEL, 204 f. Vorliegend wird aber der Begriff Online-Banking synonym zu Internet-Banking verwendet.

¹⁴ Vgl. zum Ganzen nur WIEGAND, E-Banking, 93 ff.; WIEGAND/MARTI, 75 ff.; OHLER, 162 ff.

1.1.3 E-Geld

1.1.3.1 Allgemeine Definition

E-Geld bezeichnet ganz allgemein Zahlungsmittel, bei denen ein Mechanismus besteht, mittels welchem Geldeinheiten auf einem Datenträger elektronisch gespeichert werden¹⁵.

1.1.3.2 Definition der Europäischen Zentralbank

Die Europäische Zentralbank hat E-Geld als eine auf einem Medium elektronisch gespeicherte Werteinheit definiert, die genutzt werden kann, um Zahlungen an Unternehmen zu leisten, die selber nicht die Emittenten dieser Werteinheiten sind, wobei die Transaktionen nicht notwendigerweise über Bankkonten¹⁶ erfolgen, sondern die Werteinheiten als vorausbezahlte¹⁷ Inhaberinstrumente auf dem Speichermedium fungieren¹⁸.

¹⁵ NEUMANN, 331, 333; ARTER, E-Banking, 27 f.

¹⁶ Oftmals weiter unterschieden wird zwischen sog. Token-Systemen, bei welchen verschlüsselte elektronische Datensätze, denen ein Wert zugewiesen wird – sog. Token –, gespeichert werden, und die bei einer Bezahlung vom Zahlenden an den Empfänger transferiert werden, und Buchungssystemen, bei welchen ein Guthaben gespeichert wird, das bei einer Transaktion beim Zahlenden um den Zahlungssaldo verringert und beim Empfänger erhöht wird. Vgl. GEURTS, 1049 ff.

¹⁷ Unterschieden wird allgemein zwischen dem sog. pay-before-Modell, dem pay-now-Modell und dem pay-later-Modell. Bei pay-before-Bezahlssystemen erfolgt die Belastung des Kunden vor der endgültigen Bezahlung, beispielsweise indem ein Zahlungsmedium (elektronische Geldbörse, Chipcard, Smartcard, virtuelles Kundenkonto) aufgeladen wird. Bei pay-now-Bezahlssystemen erfolgt die Belastung des Kunden genau im Zeitpunkt des Bezahlvorganges. Beispiele sind die Online-Überweisung oder das elektronische Lastschriftverfahren. Bei pay-later-Bezahlvorgängen erfolgt die Belastung des Kunden nach der endgültigen Bezahlung. Beispiele hierfür sind Inkassosysteme (z.B. swisscom fixnet click&buy), bei denen alle anfallenden Zahlungen gesammelt und periodisch in Rechnung gestellt werden. Vgl. etwa DANNENBERG/ULRICH, 30 f. Vorausbezahlte Bezahlverfahren existieren in unterschiedlichen Vorkommensweisen. Kategorisieren lassen sich diese folgendermassen: Erstens elektronisches Geld, welches wiederum in zwei Hauptformen, Chipkartensysteme bzw. Smart Cards einerseits und Netzgeldsysteme bzw. softwarebasierte Bezahlverfahren andererseits, existiert. Eine zweite Kategorie bilden sog. Virtuelle Konten, welche in unterschiedlicher Ausprägung vorkommen. Beispielsweise können virtuelle Konten mittels Kreditkarte oder Geldtransfer von einem Girokonto aufgeladen werden. Zu dieser Kategorie gehören ebenfalls Scratch-Card-Systeme, welche entgeltlich zu erwerben sind. Beispiele für Virtuelle Konten sind etwa swisscom fixnet Easyp@y, MicroMoney, Yahoo! Pay-Direct oder PayPal. Vgl. dazu DANNENBERG/ULRICH, 157 ff. Eine dritte Kategorie stellen Bonuspunktesysteme dar, wobei hier das Kriterium der Vorausbezahltheit durch

1.1.3.3 Definition nach der E-Geld-Richtlinie

Nach der E-Geld-Richtlinie¹⁹ versteht man unter elektronischem Geld²⁰ einen monetären Wert²¹ in Form einer Forderung²² gegen die ausgebende Stelle²³, der auf einem Datenträger²⁴ gespeichert ist, der gegen Entgegennahme eines Geldbetrags²⁵ ausgegeben wird, dessen Wert nicht geringer

das Vertragsunternehmen erfüllt wird, welches bei einem Ausgeber Bonuspunkte erwirbt, diese dann den Kunden weitergibt, welche ihrerseits Punkte sammeln und diese bei bestimmten Aktionen verwenden können. Beispiele hierfür sind etwa Webmiles, Payback oder Happy Digits. Vgl. dazu DANNENBERG/ULRICH, 173 ff. Schliesslich können auch Mobile Bezahlssysteme als vorausbezahlte Systeme ausgestaltet sein – eine Kategorisierung ist aber aufgrund unterschiedlicher Ausgestaltungsmöglichkeiten nicht einheitlich vornehmbar.

¹⁸ Europäische Zentralbank: Bericht über elektronisches Geld, Frankfurt a.M. 1998, 8.

¹⁹ Richtlinie 2000/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. September 2000 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten, L 275/39.

²⁰ Zum Begriff des Geldes allgemein und im Zusammenhang mit E-Geld HEERMANN, 11 ff.; WODA, 8 ff.; MÜLLER, 12 ff., 25 ff., 65 ff.; GIAVANOLI, 125 ff.; GRAMLICH, 11 ff.; HLADJK, 731 ff.

²¹ Unter monetären Werten sind im Sinne des Geldmodells messbare Einheiten zu verstehen, welche in einem festgelegten Rahmen dazu geeignet sind, Gegenstände oder Leistungen quantifizierend zu beschreiben. So UNRUH, 126 f.

²² Gemäss Erwägung 9 f. Richtlinie 2000/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. September 2000 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten, L 275/39 ist darunter die Rücktauschbarkeit des elektronischen Geldes zum Nennwert in Bar- und Buchgeld notwendig. Vgl. auch UNRUH, 112 ff.

²³ Den Emittenten von E-Geld, welcher vom Inhaber dieses letztlich auch in Haftung genommen werden kann. Vgl. Europäische Zentralbank, Fragen rund um den Einsatz von elektronischem Geld, <http://www.ecb.int>, 56.

²⁴ Der Begriff des Datenträgers ist unglücklich gewählt, da er sich einerseits kaum bestimmen lässt und andererseits dessen potentielle Unbegrenztheit letztlich dazu führen würde, dass alles als Datenträger definiert werden kann. Sinnvollerweise umfasst der Begriff des Datenträgers gemäss dem englischen Terminus „stored on an electronic device“ kartengestützte und softwaregestützte Produkte wie Festplatten, CD-ROMs, ZIP-Disketten, Floppy-Disketten, Minidiscs, Microchips oder Magnetbänder. Vgl. dazu Europäische Zentralbank: Bericht über elektronisches Geld, Frankfurt a.M. 1998, 8 f.; DANNENBERG/ULRICH, 28; UNRUH, 127 f. Nicht von der Definition des E-Geldes umfasst sind somit beispielsweise Scratch-Card-Systeme, da bei diesen kein Wert auf einem Datenträger gespeichert ist, sondern einer zu erwerbenden Bezahlkarte ein Wert zugeordnet ist, vgl. NEUMANN, 342; ESCHER, Rahmenbedingungen, 227. Vgl. auch Amtliche Begründung zur 6. KWG-Novelle, BT-Drucksache 13/142, 64. Anwendungsfall eines Scratch-Card-Systems in der Schweiz ist beispielsweise swisscom fixnet Easy@y.

²⁵ Dabei wird wohl von Bar- oder Buchgeld ausgegangen. Vgl. UNRUH, 128 f.

ist als der ausgegebene monetäre Wert²⁶ und von anderen Unternehmen²⁷ als der ausgebenden Stelle als Zahlungsmittel akzeptiert²⁸ wird²⁹.

Von der Definition umfasst sind damit vorausbezahlte Chipkarten³⁰ und Netzgeldsysteme³¹, sofern diese offen³² sind³³.

²⁶ Dieses Kriterium besteht insbesondere um zu verhindern, dass E-Geld-Institute Kredite vergeben können.

²⁷ Einfunktionale elektronische Zahlungsmittel bzw. im Sinne der geläufigen Terminologie bei Kreditkartensystemen Zweiparteiensysteme wie Telefonwertkarten sind damit von der Definition nicht erfasst, vgl. DANNENBERG/ULRICH, 29; UNRUH, 63 f.

²⁸ Im Sinne eines Dreiparteiensystems. Vgl. zur Terminologie ARTER, Kreditkartenzahlungen, 285 ff.

²⁹ Art. 1 Ziff. 3 lit. b Richtlinie 2000/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. September 2000 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten, L 275/39.

³⁰ Chipkartensysteme, auch Smart Card Systeme oder Geldkartensysteme genannt, basieren auf integrated circuits. Eine Chipkarte beinhaltet mehrere Computerchips, die Funktionen wie Identifikation, Speicher, Autorisierung und Rechenfunktion ausführen. Verwendung finden heute überwiegend Chipkarten mit integriertem Mikroprozessor (CPU). Eine Smart Card ist eine aus PVC-Stoff gebaute Karte, auf welcher ein Mikrochip eingebaut wurde. Die Spezifikationen sind vereinheitlicht (insbesondere ISO-Normen 7810, 7811, 7812, 7813, 7816, 10373, 10536 und 14443). Herzstück der Chips ist ein Mikroprozessor, welcher den Zugriff auf die vertraulichen Daten schützt. Im Mikrochip befinden sich neben dem CPU verschiedene Speicherarten, die in Abhängigkeit von den zu speichernden Daten verschiedene Funktionen ausüben (ROM-Speicher, welcher das Betriebssystem für die Chipkarte beinhaltet, sowie die Algorithmen für die Authentifizierung des Karteninhabers durch Abfrage der PIN-Nummer steuert; EPROM und EEPROM-Speicher zur Lagerung von Daten [die älteren EPROM-Speicher konnten nur einmalig genutzt werden, währenddessen die neueren EEPROM-Speicher durch neue Daten überschreibbar sind]; RAM-Speicher als Arbeitsspeicher für den Mikroprozessor). Schliesslich benötigen die heutigen multifunktionalen Chipkarten einen speziellen Koprozessor, um aufwändige RSA-Berechnungen durchzuführen. Die Nutzung von Smart Cards kann auf verschiedene Arten erfolgen: einerseits durch sog. Kontaktsmartkarten, welche erfordern, dass die Karten einen physischen Kontakt mit dem Lesegerät herstellen, damit der Mikrochip auf der Karte mit dem Strom des externen Gerätes versorgt wird und in Betrieb genommen werden; andererseits sog. kontaktlose Smart Cards, welche mit einem Lesegerät durch elektrische Koppelung oder über eine Antenne kommunizieren – die Antenne ist dabei unsichtbar in die innere Kartenschicht eingebaut und kommuniziert mit der Antenne des Lesegerätes, sobald es sich in dessen unmittelbarer Nähe befindet. Vgl. dazu ausführlich WODA, 31 ff.; FURCHE/WRIGHTSON, 77 ff.; KOU/POON/KNORR, 97 ff. Beispiele für elektronisches Geld auf der Basis von Smart Cards sind etwa Mondex, Visa Cash, MasterCard Cash, die GeldKarte sowie Proton, Letztere in der Schweiz mittels „Cash“ im Markt eingeführt wurde. Vgl. SANDIG, 65 ff.; DANNENBERG/ULRICH, 146 ff. Zu Visa Cash vgl. HUANG/ZHENG/LI/KOU, 283 ff.

³¹ Netzgeldsysteme basieren – im Gegensatz zu Chipkartensystemen – auf einer auf dem PC installierten Software, mittels welcher digitale Geldeinheiten erzeugt werden und die Kommunikation über Internet sowohl mit einem Finanzinstitut, meistens einer

1.1.3.4 Definition des Committee on Payment and Settlement Systems

1.1.3.4.1 Begriff

Der Begriff „electronic money“ wird definiert „... as a stored value or prepaid product in which a record of the funds or value available to the consumer for multipurpose use is stored on an electronic device in the consumer's possession. This definition includes both prepaid cards (sometimes called electronic purses) and prepaid software products that use computer networks (sometimes called digital cash). In the case of card-based products, the prepaid value is typically stored in a microprocessor chip embedded in a plastic card – „smartcard“. On the other hand, network-based products use specialised software installed on a standard personal computer for storing the „value“. The loading of value onto the device is akin to the withdrawal of cash from an ATM, and the product is used for purchases through a transfer of value to the merchant's electronic device“³⁴. Eine wesentliche Eigenschaft von elektronischem Geld ist der Multi-Zweck-Charakter, der Bezahlvorgänge bei unterschiedlichen Anbietern für verschiedene Dienstleistungen und Waren ermöglicht³⁵.

1.1.3.4.2 Abgrenzung zu „single purpose prepaid card products“

Terminologisch handelt es sich nicht um E-Geld, wenn ein Bezahlmittel nur zu einem einzigen Zweck verwendet werden kann. Ein Beispiel hierfür sind Telefonkarten, welche als geschlossene Zahlungsmittel mit bilateralen Geschäftsbeziehungen nur zwischen dem Emittenten und dem Kunden verwendet werden können³⁶.

Bank, als auch den Vertragsunternehmen erfolgt. Vgl. dazu WODA, 35 ff. Beispiele für elektronisches Geld auf der Basis von Netzgeld sind etwa ECash, Millicent, NetCash, CyberCoin, IBM Micro Payments, eVend, DigiGold oder WorldPay. Vgl. SANDIG, 38 ff.

³² D.h. der Emittent ist nicht zugleich die Akzeptanzstelle. Vgl. schon Fn. 27 und Fn. 28.

³³ WODA, 29.

³⁴ Committee on Payment and Settlement Systems, Survey of developments in electronic money and internet and mobile payments, Bank for International Settlements, March 2004, Ziff. 2.1.3.

³⁵ Vgl. auch WODA, 27 f.

³⁶ WODA, 27.

1.1.3.4.3 Abgrenzung zu „access products“

„Access products“ „... allow consumers to use electronic means of communication to access conventional payment services...“³⁷. Access products sind Bezahlverfahren, welche auf einem traditionellen Zahlungsmittel basieren, beispielsweise Überweisungssysteme³⁸, Kreditkartensysteme³⁹, Lastschrift⁴⁰ oder Scheck⁴¹, jedoch für den elektronischen Zahlungsverkehr nutzbar⁴² gemacht wurden⁴³.

1.1.3.4.4 Abgrenzung zu „internet payments“ und „mobile payments“

Bei der Definition der beiden Begriffe „internet payments“ und „mobile payments“ wird abgestellt auf den „... channel through which the payment instruction is entered into a payment system“⁴⁴. Dabei geht es um „... traditional payment systems that are used over the internet ...“⁴⁵. Internet payments können unterschiedlich abgewickelt werden: „Payments can be made over the internet using traditional debit and credit cards or electronic money instruments, debit or credit transfers and also by providing dematerialised invoices to customers to enable them to make pay-

³⁷ Committee on Payment and Settlement Systems, Survey of developments in electronic money and internet and mobile payments, Bank for International Settlements, March 2004, Ziff. 2.1.1.

³⁸ Z.B. Solo oder funHomePay. Vgl. DANNENBERG/ULRICH, 107 ff.

³⁹ Z.B. anfängliche Übermittlung der Kreditkartendaten über Telefon und Fax, mittels E-Mail oder unverschlüsselt, heute insbesondere mittels SSL, gescheitert mittels SET, künftig mittels Verified by VISA oder MasterCard SecureCode. Vgl. ARTER, Kreditkartenzahlungen, 273 ff.; WONG/MIRLAS/KOU/LIN, 227 ff.; WERNER, 34 ff.

⁴⁰ Z.B. „Wildes Lastschriftverfahren“, Cyber-Comm, Banxafe oder MasterCard SecureCode. Vgl. DANNENBERG/ULRICH, 123 ff.; WERNER, 37 ff.

⁴¹ Z.B. NetCheque, PayByCheck, NetBill oder eCheck Secure. DANNENBERG/ULRICH, 115 ff.; YANG, 195 ff.

⁴² Insbesondere hinsichtlich der Datenübermittlung im Internet. Erforderlich waren u.a. Verschlüsselungsmechanismen wie SSL und SET. Vgl. dazu ARTER, Kreditkartenzahlungen, 273 ff. Zu SET vgl. etwa AGNEW, 211 ff.

⁴³ DANNENBERG/ULRICH, 77.

⁴⁴ Committee on Payment and Settlement Systems, Survey of developments in electronic money and internet and mobile payments, Bank for International Settlements, March 2004, Ziff 3.1.

⁴⁵ Committee on Payment and Settlement Systems, Survey of developments in electronic money and internet and mobile payments, Bank for International Settlements, March 2004, Ziff. 3.1.

ments under EBPP (electronic bill presentment and payment⁴⁶) schemes. Furthermore, P2P⁴⁷ funds transfer services, which enable card-to-card transfer, have been developed by Visa (Visa Direct) and MasterCard (MoneySend) and will be introduced worldwide⁴⁸. „Mobile payments can be made through voice access, text messaging known as SMS or WAP, which provide a gateway to the internet. WAP technology enables a mobile phone holder registered with this service to access his/her bank website for banking services. Two business models are in use – paying from prepaid balance or paying later along with the mobile phone bill. Some products use the phone as an access channel through which to initiate and authenticate transactions from existing payment means such as bank accounts or payment cards. Another arrangement allows customers to pay using the prepaid value stored on the mobile phone or pay ex post, where payments for goods/services are placed as additional items on the customers' phone bill⁴⁹.

Beim Begriff der „internet payments“ handelt es sich somit um einen Oberbegriff für alle Bezahlverfahren, welche über das Internet abgewickelt werden. Gleiches gilt für den Begriff der „mobile payments“, wobei hier auf mobile Endgeräte⁵⁰ abgestellt wird, mittels welchen Bezahlvorgänge abgewickelt werden können⁵¹.

⁴⁶ Dazu für die Schweiz: OBERHOLZER, 113 ff. Für einen aktuellen Überblick über den Stand in der Schweiz sowie die beiden existenten Systeme Paynet und Yellowbill o.V.: Grenzen sprengen, Schweizer Bank, 2004, 26 ff. Weitere Beispiele sind BEZAHLEN.at, CheckFree oder Seals.net. Dazu DANNENBERG/ULRICH, 227 ff., 236 ff.

⁴⁷ Person-to-Person.

⁴⁸ Committee on Payment and Settlement Systems, Survey of developments in electronic money and internet and mobile payments, Bank for International Settlements, March 2004, Ziff. 3.2.2.

⁴⁹ Committee on Payment and Settlement Systems, Survey of developments in electronic money and internet and mobile payments, Bank for International Settlements, March 2004, Ziff. 3.3.1.

⁵⁰ Praktisch kommen heute drei Anwendungsvarianten vor: Erstens sog. Voice-basierte Bezahlmechanismen, bei welchen der Kunde Zahlungen mittels dem Mobiltelefon auslösen kann, indem er in einem Call-Center anruft und einen Bezahlvorgang mittels Überweisung von Geld auslöst. Zweitens Bezahlvorgänge mittels SMS-Nachricht. Hier existieren zwei Unterarten von Bezahlvorgängen. Einerseits kann der Bezahlvorgang ähnlich verlaufen wie bei kostenpflichtigen Telefonnummern für Mehrwertdienste. Andererseits bestehen Varianten, bei welchen die Abrechnung über ein Bankkonto mittels Lastschriftverfahren oder über Kreditkartenbezahlmechanismen erfolgt. Der Kunde registriert sich bei einem Anbieter und erhält eine PIN-Nummer. Bei einem Bezahlvorgang übermittelt das Vertragsunternehmen die Transaktionsdaten und die Mobiltelefonnummer dem Anbieter mittels SMS. Der Anbieter übermittelt die Transaktionsdaten mittels SMS dem Kunden, welcher aufgefordert ist, mittels PIN-Code

1.1.3.4.5 Anwendungsvariante „Card based products“

„Card based products, also known as multipurpose prepaid cards or electronic purses, are designed to facilitate small-value face-to-face retail payments by offering a substitute for banknotes and coins. They are intended to complement rather than substitute for traditional retail payment instruments such as cheques or credit and debit cards“⁵². Hierbei handelt es sich um Chipkartensysteme bzw. Smart Cards⁵³.

1.1.3.4.6 Anwendungsvariante „Network based products“ / „Software based products“

„Network based or software based products are designed to facilitate small-value payments via telecommunication networks, such as the internet, as a substitute for making payments using credit cards on open networks“⁵⁴. Hierbei handelt es sich um Netzgeld bzw. softwarebasierte Bezahlverfahren⁵⁵.

und Rücksendung einer SMS die Transaktion auszulösen. Daraufhin sendet der Anbieter dem Vertragsunternehmen wiederum eine SMS und bestätigt die Transaktion. Eine Belastung des Kunden erfolgt zu einem späteren Zeitpunkt. Schliesslich bestehen WAP-basierte Bezahlmechanismen. WAP ermöglicht den Zugriff auf Websites über das Mobiltelefon und dient der Übertragung von Informationen auf nur bedingt grafiktaugliche Displays. Die Seitenbeschreibungssprache WML dient der Anzeige der Informationen. Besitzt ein Kunde ein WAP-fähiges Mobiltelefon, kann er auf die WML-Seiten eines Vertragsunternehmens zurückgreifen und Bezahlvorgänge auslösen. Vgl. zum Ganzen DANNENBERG/ULRICH, 207 ff. sowie KOU, 127 ff.

⁵¹ Beispiele hierfür sind etwa paybox, Street Cash oder Vodafone m-pay. Vgl. dazu DANNENBERG/ULRICH, 215 ff. Zum Mobile Commerce mittels Mobiltelefonen allgemein MARRA, 144 ff.

⁵² Committee on Payment and Settlement Systems, Survey of developments in electronic money and internet and mobile payments, Bank for International Settlements, March 2004, Ziff. 2.1.2.

⁵³ Vgl. dazu Fn. 30.

⁵⁴ Committee on Payment and Settlement Systems, Survey of developments in electronic money and internet and mobile payments, Bank for International Settlements, March 2004, Ziff. 2.1.2.

⁵⁵ Vgl. dazu Fn. 31.

1.2 Schweiz

1.2.1 Bankengesetzgebung

Dem Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen unterstehen Banken, Privatbankiers und Sparkassen⁵⁶. Als Banken gelten dabei Unternehmen, die hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind und insbesondere gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehmen oder sich öffentlich dafür empfehlen, um damit auf eigene Rechnung eine unbestimmte Zahl von Personen oder Unternehmen, mit denen sie keine wirtschaftliche Einheit bilden, auf irgendwelche Art zu finanzieren⁵⁷, oder sich in erheblichem Umfang bei mehreren nicht massgebend an ihnen beteiligten Banken refinanzieren, um damit auf eigene Rechnung eine unbestimmte Zahl von Personen oder Unternehmen, mit denen sie keine wirtschaftliche Einheit bilden, auf irgendwelche Art zu finanzieren⁵⁸. Natürliche und juristische Personen, die nicht diesem Gesetz unterstehen, dürfen keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen⁵⁹. In Einzelfällen können Ausnahmen vorgesehen werden, sofern der Schutz der Anleger gewährleistet ist⁶⁰. Wem es von Gesetzes wegen⁶¹ untersagt ist, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen, darf auch nicht in irgendeiner Form dafür Werbung treiben⁶². Ausser den Banken dürfen nur Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts sowie Kassen, für die sie vollumfänglich haften, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehmen⁶³. Gewerbsmässig im Sinne der Bankengesetzgebung handelt, wer dauernd mehr als zwanzig Publikumseinlagen entgegennimmt⁶⁴. Nicht als Publikumseinlagen gelten u.a. Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen oder als Sicherheitsleistung übertragen werden⁶⁵. Keine

⁵⁶ Art. 1 Abs. 1 BankG.

⁵⁷ Art. 2a lit. a BankV.

⁵⁸ Art. 2a lit. b BankV.

⁵⁹ Art. 1 Abs. 2 BankG.

⁶⁰ Art. 1 Abs. 2 BankG.

⁶¹ Vgl. Art. 1 Abs. 2 BankG.

⁶² Art. 3 Abs. 1 BankV.

⁶³ Art. 3a Abs. 1 BankV.

⁶⁴ Art. 3a Abs. 2 BankV.

⁶⁵ Art. 3a Abs. 3 lit. a BankV. Nicht als Einlagen gelten Anleiheobligationen und andere vereinheitlichte und massenweise ausgegebenen Schuldverschreibungen oder nicht verkündete Rechte mit gleicher Funktion (Wertrechte), wenn die Gläubiger in einem dem Art. 1156 OR entsprechenden Umfang informiert werden [Art. 3a Abs. 3 lit. b

Publikumseinlagen sind Einlagen von Aktionären oder Gesellschaftern mit einer qualifizierten Beteiligung am Schuldner und mit ihnen wirtschaftlich oder familiär verbundenen Personen⁶⁶.

Aus bankaufsichtsrechtlicher Sicht ist bei elektronischen Bezahlmechanismen zu prüfen, ob diesen Einlagecharakter zukommt oder nicht.

1.2.2 Einlagencharakter

Bezüglich Zahlungsmittel und -systeme hat die Eidgenössische Bankkommission am 16. Juni 2004 eine Präzisierung im Rahmen des Rundschreibens über die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Nicht-Banken im Sinne des Bankengesetzes⁶⁷ vorgenommen und in einer neuen Randziffer 18^{bis1} hinsichtlich Zahlungsmittel und -systeme Folgendes ausgeführt:

„Keinen Einlagecharakter haben Gelder, welche einem Zahlungsmittel oder -system (Bezahlkarten, Internetbezahlmöglichkeiten, Mobiltelefonbezahlssysteme, etc.) zugeführt werden, sofern

- sie einzig dem künftigen Bezug von Waren oder Dienstleistungen dienen,
- das maximale Guthaben pro Kunde je Herausgeber eines Zahlungsmittels oder Zahlungssystem-Betreiber nie mehr als CHF 3'000.00 beträgt, und
- für sie kein Zins bezahlt wird.

BankV], Habensaldi auf Kundenkonti von Effekten-, Devisen- oder Edelmetallhändlern, Vermögensverwaltern oder ähnlichen Unternehmen, welche einzig der Abwicklung von Kundengeschäften dienen, wenn dafür kein Zins bezahlt wird [Art. 3a Abs. 3 lit. c BankV] oder Gelder, deren Entgegennahme in einem untrennbaren Zusammenhang mit einem Lebensversicherungsvertrag, der beruflichen Vorsorge oder anderen anerkannten Vorsorgeformen nach Art. 82 AHVG stehen [Art. 3a Abs. 3 lit. d BankV].

⁶⁶ Art. 3a Abs. 4 lit. b BankV. Zudem sind keine Publikumseinlagen Einlagen von in- und ausländischen Banken oder anderen staatlich beaufsichtigten Unternehmen [Art. 3a Abs. 4 lit. a BankV], institutionellen Anlegern mit professioneller Tresorerie [Art. 3a Abs. 4 lit. c BankV], Einlegern bei Vereinen, Stiftungen oder Genossenschaften, sofern diese einen ideellen Zweck oder die gemeinsame Selbsthilfe verfolgen und in keiner Weise im Finanzbereich tätig sind [Art. 3a Abs. 4 lit. d BankV] oder Arbeitnehmern sowie pensionierten Arbeitnehmern bei ihrem Arbeitgeber [Art. 3a Abs. 4 lit. e BankV].

⁶⁷ EBK-RS 96/4 Publikumseinlagen bei Nicht-Banken.

Rabatte oder andere geldwerte Vorteile dürfen nur auf den Waren und Dienstleistungen gewährt werden und nicht von der Höhe des Guthabens abhängen (Bst. a und c).⁶⁸

Die Eidgenössische Bankenkommision hat im Rahmen oben erwähnter Präzisierung u.a. ausgeführt, dass sich Zahlungsmittel bisher insbesondere dadurch ausgezeichnet haben, dass die Rechnung erst nach getätigtem Kauf per Einzahlungsschein oder Lastschriftverfahren, beispielsweise bei Kreditkartenzahlungen, bezahlt wurde⁶⁹. Das Kreditkarten-Geschäftsmodell unterliegt Art. 3a Abs. 3 lit. a BankV, nach dem Gelder, welche eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen oder als Sicherheitsleistung übertragen werden, als Nicht-Einlagen zu qualifizieren sind.

Wesentlich ist dabei, dass der Kauf schon getätigt ist und die Gegenleistung nachher erbracht wird bzw. die vom Kreditkarteninstitut bereits getätigte Zahlung wieder ausgeglichen wird, weshalb es sich um einen Zahlungsaufschub handelt⁷⁰.

Die Eidgenössische Bankenkommision führt weiter aus, dass neuere Zahlungsmöglichkeiten jedoch auch oder ausschliesslich ein vorhergehendes Einzahlen (pre-paid Element) vorsehen bzw. für einen zukünftigen Gebrauch konzipiert werden (beispielsweise Telefonkarten)⁷¹. Obwohl auch diese Zahlungsmittel und -systeme auf den Bezug von Waren und Dienstleistungen ausgerichtet sind, liegt der Unterschied zu den bisherigen Zahlungsmitteln oder -systemen darin, dass die Ware oder Dienstleistung, welche gekauft werden soll, noch nicht konkretisiert ist, und die Einzahlung auf diese Zahlungsmittel oder -systeme bzw. deren Kauf keinen typischen Einlagecharakter hat und nicht als Einlage wahrgenommen wird⁷².

Hinsichtlich dieser Zahlungsmittel und -systeme hat die EBK eine Präzisierung dahingehend vorgenommen, dass eine Nicht-Unterstellung dann erfolgt, wenn solche Zahlungsmittel und -systeme einerseits ausschliesslich dem Bezug von Waren und Dienstleistungen dienen und andererseits die einbezahlten Gelder einzig zur Abwicklung dieser Geschäfte benutzt werden. Hinzu kommt ein Verzinsungsverbot sowie eine maximale be-

⁶⁸ EBK-RS 96/4, Rz 18^{bis1}.

⁶⁹ EBK, Medienmitteilung vom 16. Juni 2004.

⁷⁰ EBK, Medienmitteilung vom 16. Juni 2004.

⁷¹ EBK, Medienmitteilung vom 16. Juni 2004.

⁷² EBK, Medienmitteilung vom 16. Juni 2004.

tragliche Obergrenze von CHF 3'000.00 pro Kunde je Herausgeber eines Zahlungsmittels bzw. Betreiber eines Zahlungssystems⁷³.

Gewählt wurde damit eine pragmatische Lösung, welche zukünftige Entwicklungen weder behindert, aber auch keine grundlegende Befassung mit elektronischen Bezahlvorgängen zeigt. Im Hinblick auf künftige legislatorische Entwicklungen in Europa ist damit zu rechnen, dass eine vertiefte Auseinandersetzung mit elektronischen Bezahlmechanismen erforderlich ist⁷⁴. Eine ausschliessliche Beschränkung auf die Frage, ob nun eine Einlage im Sinne der Bankengesetzgebung vorliegt oder nicht, ist kaum geeignet, die Probleme elektronischer Bezahlvorgänge zu erfassen oder den Markteintritt auch für Anbieter, welche nicht sämtliche Bewilligungsvoraussetzungen als Bank erfüllen können oder möchten, zu ermöglichen.

1.2.3 Nationalbankgesetz

Mit der Stabilität des Finanzsystems ist die Stabilität des Geldwertes eng verknüpft⁷⁵. Preisstabilität und Systemstabilität hängen dermassen zusammen, dass eine stabilitätsorientierte Geldpolitik eine wesentliche Voraussetzung für die Stabilität des Finanzsystems ist und abrupte und unerwartete Wechsel in den monetären Bedingungen wie dem Preisniveau, den Zinsen oder den Wechselkursen den Wert von Bank- oder Finanzmarktaktiven in einer Weise verändern, dass die Solidität einzelner Institute gefährdet wird und geldpolitische Impulse über das Finanzsystem auf die Realwirtschaft übertragen werden⁷⁶. Die Nationalbank ist deshalb für eine wirksame Umsetzung der Geldpolitik auf verlässliche Zahlungssysteme und Systeme zur Abrechnung und Abwicklung von Geschäften mit Effekten angewiesen⁷⁷. Damit die Schweizerische Nationalbank ihre Geldpolitik wirksam implementieren kann, muss sie sich auf ein sicheres und effizientes Interbankzahlungssystem stützen können, weil von Interbankzahlungssystemen systemimmanent ein Risiko ausgeht, insbesondere, wenn

⁷³ Vgl. zum Ganzen auch KUNZ.

⁷⁴ Vgl. dazu Ziff. 1.3 Europäische Union.

⁷⁵ Botschaft über die Revision des Nationalbankgesetzes vom 26. Juni 2002, BBl 2002, 6097, 6163.

⁷⁶ Botschaft über die Revision des Nationalbankgesetzes vom 26. Juni 2002, BBl 2002, 6097, 6163 f.

⁷⁷ Botschaft über die Revision des Nationalbankgesetzes vom 26. Juni 2002, BBl 2002, 6097, 6164.

ein solches System Grossbeträge abwickelt⁷⁸. Dabei kann ein Zahlungssystem sowohl Ursache als auch Kanal zur Ausbreitung einer systematischen Krise sein, weil der Ausfall eines Teilnehmers die Liquiditätsbedürfnisse der anderen Teilnehmer schlagartig verändern kann, was zu Zahlungsschwierigkeiten mehrerer Teilnehmer führen kann⁷⁹. Zahlungssysteme können je nach Ausgestaltung auch Kreditbeziehungen zwischen den Teilnehmern aufbauen, womit ein Kreditrisiko generiert wird⁸⁰. Systemrisiken können aber auch durch operative Probleme eines Systems und damit entstehendem Vertrauensverlust einhergehen⁸¹. Aus diesen Gründen sind internationale Bestrebungen ergriffen worden, im Rahmen deren Mindeststandards für die Betreiber von Zahlungssystemen und eines funktionsfähigen internationalen Finanzsystems definiert wurden⁸². Ähnliche Bestrebungen sind hinsichtlich der Systemüberwachung von Wertpapierabwicklungssystemen ergriffen worden⁸³. Das Bundesgesetz über die Schweizerische Nationalbank sieht seit jüngstem Bestimmungen hinsichtlich der Überwachung von Zahlungs- und Effektenabwicklungssystemen vor⁸⁴. Um die Stabilität des Finanzsystems zu schützen, überwacht die Nationalbank Systeme zur Abrechnung und Abwicklung von Zahlungen (sogenannte Zahlungssysteme) oder von Geschäften mit Finanzinstrumenten, insbesondere Effekten (sogenannte Effektenabwicklungssysteme)⁸⁵. Unter die Überwachung fallen auch Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme, deren Betreiber ihren Sitz im Ausland haben, wenn wesentliche Betriebsteile oder massgebliche Teilnehmer sich in der Schweiz befinden⁸⁶. Wer ein Zahlungssystem mit hohem Betragsvolumen oder ein Effektenabwicklungssystem betreibt, muss der Nationalbank auf Verlangen alle not-

⁷⁸ Botschaft über die Revision des Nationalbankgesetzes vom 26. Juni 2002, BBl 2002, 6097, 6164.

⁷⁹ Botschaft über die Revision des Nationalbankgesetzes vom 26. Juni 2002, BBl 2002, 6097, 6164.

⁸⁰ Botschaft über die Revision des Nationalbankgesetzes vom 26. Juni 2002, BBl 2002, 6097, 6164 f.

⁸¹ Botschaft über die Revision des Nationalbankgesetzes vom 26. Juni 2002, BBl 2002, 6097, 6165.

⁸² Court Principals for Systematically Important Payment Systems, Bank for International Settlements, Basle 2000, 3.

⁸³ Objectives and Principles of Securities Regulation, IOSCO, 1998; vgl. auch Recommendations for Securities Settlement Systems, Committee on Payment and Settlement Systems, IOSCO, October 2001.

⁸⁴ Art. 19 ff. NBG.

⁸⁵ Art. 19 Abs. 1 NBG.

⁸⁶ Art. 19 Abs. 2 NBG.

wendigen Auskünfte erteilen, Unterlagen zur Verfügung stellen und Einsicht in die Einrichtungen vor Ort gewähren⁸⁷. Diese Offenlegungspflicht gilt für Betreiber von Zahlungssystemen, über die Zahlungen im Betrag von mehr als 25 Milliarden Franken (brutto) pro Geschäftsjahr abgewickelt werden⁸⁸ und für Betreiber von Effektenabwicklungssystemen⁸⁹. Die Offenlegungspflicht gilt bereits, bevor das System seinen Betrieb aufnimmt, für Betreiber von Zahlungssystemen jedoch nur, sofern zu erwarten ist, dass im ersten Jahr nach Betriebsaufnahme das Betragsvolumen von mehr als 25 Milliarden Franken pro Geschäftsjahr erreicht wird⁹⁰. Die Offenlegungspflicht gilt nicht für Betreiber von Zahlungssystemen, über die intern monetäre Forderungen und Verpflichtungen zwischen Kunden ein- und desselben Finanzintermediärs abgerechnet und abgewickelt werden⁹¹, sofern der Betreiber einer prudenziellen Aufsicht unterliegt⁹². Die Nationalbank kann an den Betrieb von Zahlungs- und Effektenabwicklungssystemen, von denen Risiken für die Stabilität des Finanzsystems ausgehen, Mindestanforderungen stellen, insbesondere hinsichtlich Organisationsgrundlagen⁹³, Geschäftsbedingungen⁹⁴, operationelle Sicher-

⁸⁷ Art. 20 Abs. 1 NBG.

⁸⁸ Art. 18 Abs. 1 lit. a NBV.

⁸⁹ Art. 18 Abs. 1 lit. b NBV.

⁹⁰ Art. 18 Abs. 2 NBV.

⁹¹ Sog. „Inhouse-Zahlungssysteme“.

⁹² Art. 18 Abs. 3 NBV.

⁹³ Vgl. dazu Art. 22 NBV:

- ¹ Der Betreiber legt die Unternehmensziele und die Richtlinien zur Unternehmensführung verbindlich fest. Die Richtlinien regeln insbesondere die Sicherheitspolitik, das Risikomanagement und die Anforderungen an das Personal.
- ² Der Betreiber verfügt über eine Organisationsstruktur, die für die Führung der Unternehmung und die Erreichung der Unternehmensziele angemessen ist. Die Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortlichkeiten der Organe für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle, der Geschäftsführung und der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sind verbindlich festzulegen.
- ³ Die Mitglieder der Organe für Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle und der Geschäftsführung müssen über die fachlichen Fähigkeiten verfügen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen, und einen einwandfreien Ruf genießen.
- ⁴ Der Betreiber arbeitet mit Verfahren, die für die Errichtung der Unternehmensziele angemessen sind. Zu diesen Verfahren zählen insbesondere klare Vorgaben für die Erarbeitung und Umsetzung der Geschäftsstrategie, der Sicherheitspolitik und des Risikomanagements sowie transparente Entscheidungsverfahren und eine hohe Qualität der Dokumentation.
- ⁵ Der Betreiber sorgt für ein angemessenes internes Kontrollsystem und Risikomanagement und gewährleistet die Einhaltung der gesetzlichen, regulatorischen und unternehmensinternen Vorschriften (Compliance).

heit⁹⁵, Zulassung von Teilnehmern zum System⁹⁶, Folgen von Erfüllungs-

- ⁶ Er lässt die Zweckmäßigkeit und die Einhaltung der Verfahren und der technischen Konzepte, insbesondere im Bereich der Sicherheitspolitik und des Risikomanagements, mindestens jährlich durch eine befähigte interne oder externe Stelle prüfen.“

⁹⁴ Vgl. dazu Art. 24 NBV:

- „¹ Der Betreiber stellt vertragliche Grundlagen auf, die insbesondere:
- a. die Voraussetzungen zur Teilnahme und zum Ausschluss von Teilnehmern festlegen;
 - b. die Rechte und Pflichten des Betreibers und der Teilnehmer umfassend beschreiben;
 - c. die Regeln und Verfahren für den Betrieb des Systems festlegen;
 - d. den Zeitpunkt festlegen, ab welchem eine Transaktion unwiderruflich und bedingungslos abgewickelt ist (Finalität).

² Die vertraglichen Grundlagen müssen den Teilnehmern ermöglichen, die mit der Teilnahme am System verbundenen Risiken zu erkennen und zu verstehen.

³ Der Betreiber trifft mit Dritten, deren Leistungen für den Betrieb des Systems wesentlich sind, umfassende Vereinbarungen über die gegenseitigen Rechte und Pflichten.

⁴ Er stellt sicher, dass die vertraglichen Grundlagen nach dem Recht aller massgebenden Rechtsordnungen wirksam und durchsetzbar sind. Sofern ausländisches Recht anwendbar ist, erbringt er dafür den Nachweis.“

⁹⁵ Vgl. dazu Art. 25 NBV:

„¹ Der Betreiber stellt sicher, dass die Finalität der über das System abgewickelten Zahlungen und Effektenlieferungen in Echtzeit, längstens aber bis am Ende des Abwicklungstages gewährleistet ist.

² Er muss in der Lage sein, die Kredit- und Liquiditätsrisiken der Teilnehmer zu erfassen und zu begrenzen. Dazu überwacht er fortlaufend den Abrechnungs- und Abwicklungsprozess im System sowie die Einhaltung der Voraussetzungen zur Teilnahme am System.

³ Geht ein Betreiber selber Kredit- oder Liquiditätsrisiken ein, so muss er über Verfahren und Instrumente verfügen, welche die fortlaufende Erfassung, Begrenzung und Überwachung dieser Risiken ermöglichen.“

Vgl. dazu zudem Art. 26 NBV:

„¹ Der Betreiber ermöglicht den Teilnehmern die fortlaufende Erfassung und Begrenzung der durch die Teilnahme am System bedingten Kredit- und Liquiditätsrisiken. Er schafft Anreize, damit die Teilnehmer ihre Kredit- und Liquiditätsrisiken begrenzen.

² Dazu kommen namentlich die folgenden Verfahren und Instrumente in Betracht:

- a. Fazilitäten zur Überbrückung kurzfristiger Liquiditätsengpässe;
- b. Warteschlangenmechanismen;
- c. Informationen über den aktuellen Kontostand sowie über abgewickelte und anstehende Zahlungen oder Effektenlieferungen in Echtzeit; oder
- d. die Ausgestaltung der Preis- und Gebührenstruktur.“

Vgl. dazu zudem Art. 27 NBV:

„¹ Der Betreiber eines Systems zur Aufrechnung gegenseitiger Forderungen (Nettingssystem) stellt sicher, dass die Geschäfte auch dann rechtzeitig abgewickelt

werden, wenn die beiden Teilnehmer mit den grössten Abwicklungsverbindlichkeiten ihren Verpflichtungen nicht nachkommen.

- ² Wirkt ein Betreiber als zentrale Gegenpartei, so trifft er geeignete Vorkehrungen, damit er die eigenen Ausfallverluste decken kann und die Transaktionen auch dann rechtzeitig abgewickelt werden, wenn die beiden Teilnehmer, gegenüber denen er die grössten Risikopositionen aufweist, ihren Verpflichtungen nicht nachkommen.

- ³ Der Betreiber eines Systems zur Abwicklung von wechselseitigen Verpflichtungen aus Effektengeschäften oder aus Devisengeschäften ermöglicht den Teilnehmern, ihre Erfüllungsrisiken zu vermeiden, und schafft dazu entsprechende Anreize.

- ⁴ Für die Zwecke dieses Artikels kommen namentlich die folgenden Verfahren und Instrumente in Betracht:

- a. Fazilitäten zur Überbrückung kurzfristiger Liquiditätsengpässe;
- b. die Vereinbarung bilateraler oder multilateraler Kreditlimiten;
- c. die Hinterlegung von Sicherheiten durch die Teilnehmer;
- d. ein Fonds, eine Versicherung, eine Garantie eines Dritten oder die Ausstattung mit Eigenmitteln; oder
- e. die Abwicklung von wechselseitigen Verpflichtungen aus Effektengeschäften nach dem Grundsatz „Lieferung gegen Zahlung“ beziehungsweise „Lieferung gegen Lieferung“ sowie bei Devisengeschäften nach dem Grundsatz „Zahlung gegen Zahlung“.

Vgl. dazu zudem Art. 29 NBV:

- ¹ „Das System muss während des gesamten Verarbeitungsprozesses hinsichtlich Verfügbarkeit, Integrität, Vertraulichkeit und Nachvollziehbarkeit hohen Sicherheitsanforderungen genügen. Diese dürfen durch Entwicklungs- und Unterhaltsarbeiten nicht beeinträchtigt werden.

- ² Der Betreiber hat sich bezüglich der Informationssicherheit an anerkannten Standards zu orientieren. Er lässt die Zweckmässigkeit und die Einhaltung der gewählten Standards durch eine befähigte externe Stelle alle drei Jahre vertieft beurteilen. In den übrigen Jahren sind die Zweckmässigkeit und die Einhaltung durch eine befähigte externe oder interne, unabhängige Stelle stichprobenweise zu beurteilen.“

Vgl. dazu zudem Art. 30 NBV:

- ¹ „Der Betreiber bestimmt für verschiedene Szenarien die jeweilige Zeitspanne, während der Einschränkungen in der Systemverfügbarkeit tolerierbar sind.

- ² Er trifft die notwendigen organisatorischen und technischen Massnahmen, um den ordentlichen Betrieb innerhalb der festgelegten Zeitspannen wiederherzustellen und die Abrechnung und Abwicklung der Geschäfte längstens bis Ende des Abwicklungstages zu gewährleisten. Die Pläne für Notfälle und die Verfahren bei operationellen oder technischen Schwierigkeiten sind wenigstens einmal im Jahr oder im Anschluss an wesentliche Änderungen des Systems zu überprüfen und erfolgreich zu testen.

- ³ Der Betreiber unterhält ein Hauptsystem und mindestens ein Ausweichsystem, das im Wesentlichen denselben Anforderungen genügt. Die Standorte der Haupt- und Ausweichsysteme werden anhand einer Risikoanalyse bestimmt. Ein Wechsel zwischen dem Hauptsystem und einem Ausweichsystem muss innerhalb der festgelegten Zeitspanne ohne Verlust von bestätigten Geschäften vollzogen werden können.“

schwierigkeiten von Systemteilnehmern und das verwendete Zahlungsmittel^{97,98}. Ein Zahlungs- oder ein Effektenabwicklungssystem ist für die Stabilität des schweizerischen Finanzsystems bedeutsam, wenn operationelle oder technische Probleme dieses Systems zu schwerwiegenden Kredit- oder Liquiditätsproblemen bei Finanzintermediären führen können⁹⁹, oder Zahlungs- oder Lieferschwierigkeiten einzelner Teilnehmer über das System auf andere Teilnehmer übertragen und dadurch bei Finanzintermediären schwerwiegende Kredit- oder Liquiditätsprobleme ausgelöst

Vgl. dazu zudem Art. 31 NBV:

„¹ Der Betreiber trifft Vorkehrungen, die es erlauben, die Integrität der Daten von Geschäften, die über das System abgerechnet oder abgewickelt werden, zu gewährleisten. Er stellt die richtige und vollständige Bearbeitung der Geschäfte durch geeignete Massnahmen und wirksame Kontrollen sicher.

² Der Betreiber trifft Vorkehrungen, die es erlauben, die Vertraulichkeit der Daten, insbesondere während der Übertragung, sicherzustellen.“

Vgl. dazu zudem Art. 32 NBV:

„¹ Der Betreiber stellt sicher, dass die Geschäfte auf allen wesentlichen Bearbeitungsstufen, insbesondere bei der Eingabe ins System und bei der Ausgabe aus diesem, aufgezeichnet werden.

² Manuelle Eingriffe in das System, wie Softwareänderungen oder Änderungen der Systemparameter, müssen aufgezeichnet und überwacht werden.

³ Fehler in der Verarbeitung und Störung des Systems sind zeitnah und standardisiert aufzuzeichnen.“

⁹⁶ Vgl. dazu Art. 33 NBV:

„¹ Die Teilnahme am System steht vorbehaltlich der Absätze 2 und 3 allen Personen offen.

² Der Betreiber kann die Teilnahme insbesondere von einer angemessenen Beaufsichtigung eines Bewerbers, genügenden finanziellen Mitteln oder ausreichenden technischen und operationellen Fähigkeiten abhängig machen.

³ Er kann den Zugang beschränken, sofern dadurch eine Verminderung der Risiken oder eine Steigerung der Effizienz erreicht wird und diese Wirkung durch andere Massnahmen nicht erreicht werden kann. Wird eine Zugangsbeschränkung aus Gründen der Effizienz geltend gemacht, so hört die Nationalbank im Rahmen ihrer Beurteilung die Wettbewerbskommission (Weko) an.

⁴ Der Betreiber legt Teilnahmevoraussetzungen fest und veröffentlicht diese.“

⁹⁷ Vgl. dazu Art. 28 NBV:

„¹ In Zahlungs- und Effektenabwicklungssystemen sind Geldforderungen vorzugsweise durch die Übertragung von Sichtguthaben bei einer Zentralbank zu tilgen.

² Die Verwendung eines anderen Zahlungsmittels ist zulässig, sofern:

- a. die Abwicklung mit Sichtguthaben bei einer Zentralbank aus operationellen, technischen oder rechtlichen Gründen nicht oder nur schwer möglich ist; und
- b. das verwendete Zahlungsmittel bezüglich der Kredit- und Liquiditätsrisiken eine den Sichtguthaben bei einer Zentralbank nahe kommende Sicherheit aufweist.“

⁹⁸ Art. 20 Abs. 2 NBG.

⁹⁹ Art. 20 Abs. 1 lit. a NBV.

werden können¹⁰⁰. Für die Feststellung, ob ein System für die Stabilität des schweizerischen Finanzsystems bedeutsam ist, berücksichtigt die Nationalbank insbesondere die Art der Geschäfte, die über das System abgerechnet oder abgewickelt werden, namentlich, ob es sich um Fremdwährungs-, Geldmarkt- oder Kapitalmarktgeschäfte handelt oder um Geschäfte, welche die Umsetzung der Geldpolitik unterstützen¹⁰¹, das Betragsvolumen und die Anzahl der Geschäfte, die über das System abgerechnet oder abgewickelt werden, sowohl im Durchschnitt als auch an Spitzentagen¹⁰², den Kreis der Teilnehmer am System¹⁰³, die Währungen, in denen Geschäfte über das System abgerechnet oder abgewickelt werden¹⁰⁴, die Art und die Zahl von Verbindungen, die zwischen diesem System und anderen Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystemen bestehen¹⁰⁵ und schliesslich die Möglichkeit der Teilnehmer, für die Abwicklung von Geschäften kurzfristig auf das System eines anderen Betreibers auszuweichen¹⁰⁶.

1.3 Europäische Union

Am 18. September 2000 wurde die Richtlinie 2000/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten erlassen¹⁰⁷. Für die Zwecke der E-Geld-Richtlinie bezeichnet der Ausdruck „E-Geld-Institut“ ein Unternehmer oder eine sonstige juristische Person, welche kein Kreditinstitut im Sinne von Art. 1 Nr. 1 Ziff. 1 lit. a der Richtlinie 2000/12/EG¹⁰⁸ über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute ist und Zahlungsmittel in Form von elektronischem Geld

¹⁰⁰ Art. 20 Abs. 1 lit. b NBV.

¹⁰¹ Art. 20 Abs. 2 lit. a NBV.

¹⁰² Art. 20 Abs. 2 lit. b NBV.

¹⁰³ Art. 20 Abs. 2 lit. c NBV.

¹⁰⁴ Art. 20 Abs. 2 lit. d NBV.

¹⁰⁵ Art. 20 Abs. 2 lit. e NBV.

¹⁰⁶ Art. 20 Abs. 2 lit. f NBV.

¹⁰⁷ Richtlinie 2000/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. September 2000 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten, L 275/39.

¹⁰⁸ Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. März 2000 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABI L 126/1.

ausgibt¹⁰⁹. Unter elektronischem Geld (E-Geld) wird ein monetärer Wert in Form einer Forderung gegen die ausgebende Stelle verstanden, der auf einem Datenträger gespeichert ist, gegen Entgegennahme eines Geldbetrages ausgegeben wird, dessen Wert nicht geringer ist als der ausgegebene monetäre Wert, und von anderen Unternehmen als der ausgebenden Stelle als Zahlungsmittel akzeptiert wird¹¹⁰. Abgesehen von der Ausgabe elektronischen Geldes ist die Geschäftstätigkeit von E-Geld-Instituten beschränkt auf die Erbringung eng damit verknüpfter Dienstleistungen finanzieller und nicht finanzieller Art, wie die Verwaltung elektronischen Geldes durch Wahrnehmung operativer und sonstiger mit der Ausgabe elektronischen Geldes verbundenen Aufgaben sowie die Ausgabe und Verwaltung anderer Zahlungsmittel mit Ausnahme der Gewährung jeglicher Form von Krediten, und die Speicherung von Daten auf dem Datenträger im Auftrag anderer Unternehmen oder öffentlicher Einrichtungen¹¹¹. Einschlägig sind teilweise die Bestimmungen der Bankenkoordinierungs-Richtlinie¹¹².

¹⁰⁹ Art. 1 Ziff. 3 lit. a Richtlinie 2000/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. September 2000 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten, L 275/39.

¹¹⁰ Art. 1 Ziff. 3 lit. b Richtlinie 2000/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. September 2000 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten, L 275/39.

¹¹¹ Art. 1 Ziff. 5 Richtlinie 2000/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. September 2000 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten, L 275/39.

¹¹² Art. 2 Richtlinie 2000/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. September 2000 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten, L 275/39. Soweit nicht ausdrücklich etwas anderes vorgesehen ist, gelten für E-Geld-Institute nur die Verweise auf Kreditinstitute in der Richtlinie 91/308/EWG des Rates vom 10. Juni 1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche, ABl L 166 vom 28. Juni 1991, und – mit Ausnahme ihres Titels V – Kapitel 2 der Richtlinie 2000/12/EG, vgl. dazu Art. 2 Abs. 1 Richtlinie 2000/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. September 2000 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten, L 275/39. Die Art. 5, 11, 13 und 19, 20 Abs. 7 sowie 51 und 59 der Richtlinie 2000/12/EG finden keine Anwendung, Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 2000/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. September 2000 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten, L 275/39. Die Bestimmungen der Richtlinie 2000/12/EG über die gegenseitige Anerkennung gelten nicht für andere Geschäftstätigkeiten von E-Geld-Instituten als die Ausgabe elektronischen Geldes, Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 2000/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. September 2000 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten, L 275/39.

1.4 Deutsche Gesetzgebung

Kreditinstitute sind Unternehmen, die Bankgeschäfte gewerbsmässig oder in einem Umfang betreiben, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert¹¹³. Bankgeschäfte sind u.a. die Ausgabe und die Verwaltung von elektronischem Geld (E-Geld-Geschäft)¹¹⁴.

Finanzdienstleistungsinstitute dagegen sind Unternehmen, die Finanzdienstleistungen für andere gewerbsmässig oder in einem Umfang erbringen, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, und die keine Kreditinstitute sind¹¹⁵. Finanzdienstleistungen sind u.a. die Besorgung von Zahlungsaufträgen (Finanztransfergeschäft)¹¹⁶ und die Ausgabe oder die Verwaltung von Kreditkarten (Kreditkartengeschäft), es sei denn, der Kartenemittent ist auch der Erbringer der dem Zahlungsvorgang zugrundeliegenden Leistung¹¹⁷.

Unter elektronischem Geld werden Werteinheiten in Form einer Forderung gegen die ausgebende Stelle verstanden, die auf elektronischen Datenträgern gespeichert sind¹¹⁸, gegen Entgegennahme eines Geldbetrages ausgegeben werden¹¹⁹ und von Dritten als Zahlungsmittel angenommen werden, ohne gesetzliches Zahlungsmittel zu sein¹²⁰.

E-Geld-Institute sind Kreditinstitute, die nur das E-Geld-Geschäft betreiben¹²¹.

Die Bundesanstalt kann im Einzelfall im Benehmen mit der Deutschen Bundesbank bestimmen, dass auf ein Unternehmen, das nur das E-Geld-Geschäft betreibt, die §§ 2b, 10-18, 24, 32-38, 45 und 46a-46c dieses Gesetzes insgesamt nicht anzuwenden sind, solange das Unternehmen wegen der Art oder des Umfangs der von ihm betriebenen Geschäfte insoweit nicht der Aufsicht bedarf¹²².

Ein E-Geld-Institut darf keine Beteiligung an einem anderen Unternehmen halten, es sei denn, dieses Unternehmen nimmt operative oder

¹¹³ § 1 Nr. 1 KWG.

¹¹⁴ § 1 Ziff. 1 Nr. 11 KWG.

¹¹⁵ § 1 Abs. 1a KWG.

¹¹⁶ § 1 Abs. 1a Ziff. 6 KWG.

¹¹⁷ § 1 Abs. 1a Ziff. 8 KWG.

¹¹⁸ § 1 Abs. 14 Ziff. 1 KWG.

¹¹⁹ § 1 Abs. 14 Ziff. 2 KWG.

¹²⁰ § 1 Abs. 14 Ziff. 3 KWG.

¹²¹ § 1 Abs. 3d Ziff. 4 KWG.

¹²² § 2 Abs. 5 Ziff. 1 KWG.

sonstige Aufgaben im Zusammenhang mit dem vom betreffenden Institut aus- oder weitergegebenen elektronischen Geld wahr¹²³.

1.5 Single European Payment Area Initiative

Am 2. Dezember 2003 hat die EG-Kommission im Rahmen einer Mitteilung ein Konsultationspapier für einen neuen Rechtsrahmen für den Zahlungsverkehr im Binnenmarkt veröffentlicht¹²⁴.

Die Kommission erachtet es in Anbetracht des grossen Spektrums neuartiger Zahlungssysteme für wichtig zu analysieren, welches der passende Rechtsrahmen für diese Dienste ist¹²⁵. Dabei sollen unter aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten von den relevanten Risiken ausgegangen und einige zentrale Grundsätze beachtet werden, nämlich dass für alle Zahlungsdienste angemessene Verbraucherschutzregelungen vorgesehen werden, die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen in einem angemessenen Verhältnis zu den gegebenen Risiken stehen, gleiche Ausgangsbedingungen – d.h. gleiche Tätigkeit, gleiche Risiken – gewährleistet werden und alle Zahlungsdienste die einschlägigen Voraussetzungen für ein reibungsloses Funktionieren der Zahlungssysteme erfüllen¹²⁶. Entsprechend soll eine neue Richtlinie zu „payment services in the Internal Market“ geschaffen werden. Diese soll u.a. Bestimmungen enthalten zur Notwendigkeit einer Bewilligung für die Aufnahme der Geschäftstätigkeit, Organisationsvorschriften, für die Sicherheit von Bezahlvorgängen, über Informationspflichten, zu Möglichkeiten des Widerrufs von Transaktionen, über Haftung und Risikoverlagerung und nicht genehmigte Transaktionen und alternative Streitbeilegungsmechanismen.

Nachfolgend wird ausschliesslich auf privatrechtliche Aspekte von Zahlungssystemen eingegangen. Der Ausschuss für Zahlungsverkehrs- und Abrechnungssysteme der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich

¹²³ § 12 Abs. 3 KWG.

¹²⁴ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Ein neuer Rechtsrahmen für den Zahlungsverkehr im Binnenmarkt (Konsultationspapier), KOM(2003) 718endg.

¹²⁵ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Ein neuer Rechtsrahmen für den Zahlungsverkehr im Binnenmarkt (Konsultationspapier), KOM(2003) 718endg, 26.

¹²⁶ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Ein neuer Rechtsrahmen für den Zahlungsverkehr im Binnenmarkt (Konsultationspapier), KOM(2003) 718endg, 26.

fordert denn auch, dass Zahlungssysteme in einer Rechtsordnung eine solide Rechtsgrundlage aufweisen müssen und diese Regelungen und Verfahren rechtlich durchsetzbar und ihre Rechtsfolgen vorhersehbar sind¹²⁷.

2. Zahlungsverkehr im Allgemeinen

2.1 Geld als Gegenstand von Wirtschaftstransaktionen

Wirtschaftstransaktionen beruhen auf dem Austausch von Waren oder der Erbringung von Dienstleistungen gegen Geld. Geld ist dabei eigentlicher Leistungsinhalt eines der beteiligten Rechtssubjekte¹²⁸, beispielsweise bei Kauf-¹²⁹ und Werkverträgen¹³⁰ oder Aufträgen¹³¹, bei Darlehensverträgen sogar beider Rechtssubjekte¹³². Unter Geld ist nicht nur Bargeld in Form von Metall- und Papiergeld zu verstehen, sondern auch Buch- oder Giralgeld¹³³ sowie bargeldlose Zahlungsmittel und elektronisches Geld¹³⁴. Allerdings stellt elektronisches Geld kein gesetzliches Zahlungsmittel dar¹³⁵.

2.2 Rechtliche Aspekte bei Zahlungsanweisungen

Bei der Abwicklung von Zahlungstransaktionen zwischen mehreren Parteien liegen regelmässig Anweisungsverhältnisse oder zumindest anweisungsähnliche Verhältnisse vor. Dies gilt – obwohl es sich nicht um eine

¹²⁷ Bank für Internationalen Zahlungsausgleich, Ausschuss für Zahlungsverkehrs- und Abrechnungssysteme, Grundprinzipien für Zahlungsverkehrssysteme, die für die Stabilität des Finanzsystems bedeutsam sind, Januar 2001, Ziff. 3.1.1.

¹²⁸ Dabei wird regelmässig der Begriff des Geldes in seiner Ausprägung als Geldzeichen, d.h. bewegliche Sachen, die bestimmungsgemäss als Tauschmittel dienen, als solche von Rechts wegen anerkannt sind und vom Gläubiger nicht abgelehnt werden können, verstanden. HEERMANN, 16 f. m.w.H. Vgl. Art. 3 WZG. Zur Geschichte des virtuellen Geldes SANDIG, 28 ff.

¹²⁹ Art. 184 Abs. 1 OR.

¹³⁰ Art. 363 Abs. 1 OR.

¹³¹ Art. 394 Abs. 3 OR.

¹³² Art. 312 OR.

¹³³ Der Begriff Giralgeld ist funktional zu verstehen und umfasst Guthaben bei Banken, über die der Inhaber zu Zahlungszwecken jederzeit verfügen kann.

¹³⁴ Vgl. etwa BÖHM-RUPPRECHT, 10 ff.

¹³⁵ Art. 2 WZG. Vgl. auch BLAUROCK/MÜNCH, 97, 103; ESCHER, Bankrechtsfragen, 1183; HEERMANN, 19.

typische Form handelt, weil der Anweisungsempfänger regelmässig nicht über die Anweisung informiert wird¹³⁶ – auch für bargeldlose Zahlungstransaktionen¹³⁷. Deshalb soll nachfolgend kurz das Recht der Anweisungen nach Art. 466 ff. OR dargestellt werden.

2.2.1 Anweisungsverhältnis

2.2.1.1 Mittel der Leistungserbringung

Die Anweisung ist Mittel der Leistungsherbeiführung, nicht aber Zweck und Grund der Leistung an sich¹³⁸. Die Anweisung stellt eine bestimmte Art von Leistungsmodalität im Dreiecksverhältnis dar und ermöglicht bei der Erfüllung von Geldschulden – insbesondere in Anwendungsformen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs – eine Vereinfachung der Abwicklung¹³⁹.

2.2.1.2 Doppelermächtigung

2.2.1.2.1 Allgemeines

Die Anweisung stellt terminologisch eine Doppelermächtigung dar¹⁴⁰, an welcher drei Parteien beteiligt sind, nämlich der Anweisende, der Angewiesene und der Anweisungsempfänger¹⁴¹. Der Anweisende ermächtigt einerseits den Angewiesenen Geld, Wertpapiere oder vertretbare Sachen auf seine Rechnung an den Anweisungsempfänger zu leisten, und andererseits den Anweisungsempfänger, die Leistung vom Angewiesenen in eigenem Namen auf Rechnung des Anweisenden zu erheben¹⁴².

2.2.1.2.2 Annahmeerklärung

Die blossе Ermächtigung des Angewiesenen zur Zahlung wird erst durch dessen vorbehaltlose Annahmeerklärung gegenüber dem Anweisungs-

¹³⁶ Vgl. BGE 117 II 407; BGE 121 III 109 ff. Vgl. dazu KOLLER/KISSLING, 31 f.

¹³⁷ DIETZI, 156 f.; GUGGENHEIM, 234; HESS, 102.

¹³⁸ BGE 105 II 106.

¹³⁹ BasK-KOLLER, N 1 zu Art. 466 OR.

¹⁴⁰ Vgl. etwa BGE 122 III 239.

¹⁴¹ Art. 466 Abs. 1 OR.

¹⁴² Art. 466 OR; GUHL/SCHNYER, § 53 N 1 ff.; HESS, 102; BasK-KOLLER, N 2 zu Art. 466 OR.

empfänger zu einer abstrakten Schuldpflicht mit garantieähnlicher Wirkung¹⁴³. Beim bargeldlosen Zahlungsverkehr stellt die Zahlung durch den Angewiesenen Annahme der Zahlungsanweisung dar. Eine weitere Annahme der Anweisung ist in der Gutschrift der Bank des Anweisungsempfängers zu erblicken.

2.2.1.3 Grundverhältnis als Zweck und Grund der Leistungserbringung des Angewiesenen

Nicht nur im Bereich der Abwicklung des Zahlungsverkehrs ist das Anweisungsverhältnis nicht ohne bestehende *Grundverhältnisse* zwischen den Parteien denkbar, welche den Zweck¹⁴⁴ und Grund¹⁴⁵ der Leistungserbringung umfassen¹⁴⁶. Diese Grundverhältnisse zwischen den Parteien modifizieren nicht selten die Bestimmungen des Anweisungsrechtes, beispielsweise hinsichtlich der Zahlungserbringung. Regelmässig kein Grundverhältnis besteht im Rahmen des Leistungs- bzw. Einlösungsverhältnisses – hier kommt dem Anweisungsrecht seine eigentliche Bedeutung zu¹⁴⁷.

2.2.2 Beziehungen zwischen den Parteien eines Anweisungsverhältnisses

2.2.2.1 Verhältnis zwischen Anweisendem und Angewiesenem

Das Verhältnis zwischen Anweisendem und Angewiesenem wird anweisungsrechtlich als *Deckungsverhältnis*¹⁴⁸ bezeichnet.

Grundverhältnis zwischen Anweisendem und Angewiesenem ist beispielsweise bei der bargeldlosen Zahlungsabwicklung über Banken der Girovertrag, bei der Abwicklung von Kreditkartenzahlungen der Emissionsvertrag. Das Anweisungsrecht enthält für dieses Verhältnis nur wenige

¹⁴³ KOLLER/KISSLING, 32 f. m.w.H.

¹⁴⁴ Z.B. Erfüllung einer Kaufpreisschuld.

¹⁴⁵ Z.B. Girovertrag.

¹⁴⁶ GUGGENHEIM, 234; HESS, 102.

¹⁴⁷ BUCHER, BT, 269; VON BÜREN, 309 f.

¹⁴⁸ Der Begriff des Deckungsverhältnisses weist darauf hin, dass diese Rechtsbeziehung darüber entscheidet, ob der Angewiesene für die Geldsumme oder die vertretbaren Sachen, die er zum Vollzug der Anweisung dem Anweisungsempfänger übergibt, vom Anweisenden eine Deckung erhält. So HEERMANN, 174.

rechtliche Normierungen; die Rechte und Pflichten der Parteien ergeben sich regelmässig aus dem Grundverhältnis zwischen den Parteien.

2.2.2.2 *Verhältnis zwischen Anweisendem und Anweisungsempfänger*

Das Verhältnis zwischen Anweisendem und Anweisungsempfänger wird als *Valutaverhältnis*¹⁴⁹ bezeichnet. Dem Valutaverhältnis, beispielsweise einem Kaufvertrag, liegt das Motiv der Zahlungsanweisung sowie die Zahlungsmodalitäten an sich zu Grunde. Das Valutaverhältnis ist Anlass für den Zahlungsvorgang. Auch hier enthält das Anweisungsrecht kaum einschlägige Bestimmungen, weshalb sich die Rechte und Pflichten der Parteien wiederum überwiegend aus deren Grundverhältnis ergeben.

2.2.2.3 *Verhältnis zwischen Angewiesenem und Anweisungsempfänger*

Das Verhältnis zwischen Angewiesenem und Anweisungsempfänger wird regelmässig als *Leistungsverhältnis*, *Einlösungsverhältnis* oder *Vollzugsverhältnis*¹⁵⁰ bezeichnet. Ein diesem Rechtsverhältnis zu Grunde liegendes, spezielles vertragliches Verhältnis besteht üblicherweise nicht¹⁵¹.

2.2.3 **Überblick über die einzelnen Rechtsverhältnisse**

Der genaue Inhalt der Grundverhältnisse zwischen den an einer Anweisung bzw. einem Bezahlvorgang Beteiligten wird im jeweiligen Kontext dargestellt. An dieser Stelle soll lediglich auf die Art möglicher Grundverhältnisse bei Zahlungstransaktionen zwischen den Parteien hingewiesen werden, welche der Zahlungs- und Empfangsermächtigung zu Grunde liegen.

¹⁴⁹ Der Begriff des Valutaverhältnisses weist darauf hin, dass diese Rechtsbeziehung darüber Auskunft gibt, weshalb der Anweisende dem Anweisungsempfänger das Leistungsobjekt – die Valuta – zugute kommen lassen will. So HEERMANN, 173 f.

¹⁵⁰ Der Begriff des Vollzugsverhältnisses weist darauf hin, dass in dieser Rechtsbeziehung eine tatsächliche Vermögensverschiebung stattfindet, welche im Deckungs- und Valutaverhältnis Erfüllung bewirkt. So HEERMANN, 175.

¹⁵¹ Eine Ausnahme liegt bei der sog. Hausüberweisung vor. Bei Kreditkartengeschäften besteht zwischen den Parteien der sog. Akquisitions- oder Akzeptanzvertrag.

2.2.3.1 *Deckungsverhältnis*

2.2.3.1.1 Girovertrag bei Bankzahlungen

Der bargeldlosen Zahlungsabwicklung mittels Bankenüberweisung liegt zwischen Anweisendem und Angewiesenem ein Girovertrag zu Grunde.

Das Grundverhältnis des Girovertrages modifiziert das Anweisungsrecht insbesondere dergestalt, dass der Angewiesene nicht lediglich zur Zahlung ermächtigt¹⁵², sondern unter den vertraglich bestimmten Voraussetzungen¹⁵³ zur Zahlung verpflichtet ist¹⁵⁴. Der Bereich des E-Banking wurde bereits im Rahmen eines früheren Beitrags in dieser Reihe behandelt und ist auch sonst literarisch gut erschlossen, weshalb an dieser Stelle hierauf nicht weiter eingetreten wird¹⁵⁵.

2.2.3.1.2 Emissionsvertrag bei Kreditkartenzahlungen

Bei Zahlungsvorgängen mittels Kreditkartensystemen liegt dem Deckungsverhältnis ein Emissionsvertrag bzw. die Kreditkartenabrede zu Grunde. Der Emissionsvertrag modifiziert das anweisungsrechtliche Verhältnis zwischen den Parteien erheblich.

2.2.3.1.3 Telefondienstvertrag bei Zahlungen über Mobiltelefon und Festnetzanschluss

Bei Zahlungsvorgängen mittels Festnetz- oder Mobiltelefonsystemen liegt dem Deckungsverhältnis der Telefondienstvertrag¹⁵⁶ zu Grunde. Auch im Rahmen dieser vertraglichen Beziehung zwischen den Parteien wird das Anweisungsverhältnis beträchtlich modifiziert.

¹⁵² Art. 466 OR.

¹⁵³ Insbesondere Einhaltung von Konto- und Kreditlimiten.

¹⁵⁴ BGE 124 III 253 ff.; ZEIDLER, 23; vgl. auch GUHL/SCHNYDER, § 54 N 7.

¹⁵⁵ Vgl. ARTER, E-Banking, 70 ff.; Zudem insbesondere WIEGAND, 136 ff. und WIEGAND/MARTI, 75 ff.

¹⁵⁶ Vgl. zu den tatsächlichen Ausprägungen des Rechtsverhältnisses zwischen dem Kunden und dem Telefondienstanbieter im schweizerischen Recht ARTER, Dialer, 45 ff.; FAIVRE, 71 ff., 127 ff.

2.2.3.1.4 Weitere

Auch andere Bezahlvorgänge sind unter anweisungsrechtlichen Gesichtspunkten zu betrachten. So besteht ein anweisungsrechtliches Deckungsverhältnis u.a. auch bei Bezahlvorgängen mittels click&buy oder easyp@y.

2.2.3.2 Valutaverhältnis

2.2.3.2.1 Allgemeines

Das anweisungsrechtliche Valutaverhältnis findet seine gesetzliche Normierung in Art. 467 OR. Art. 467 OR stellt dispositives Recht dar¹⁵⁷. Regelmässig präzisieren die Parteien im Rahmen des Grundverhältnisses ihre Rechtsbeziehung. Dabei bestimmt das dem Valutaverhältnis zu Grunde liegende Rechtsgeschäft den Rechtsgrund der Leistung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger und die Bezahlmodalitäten, währenddessen die Anweisung das Mittel der Leistungsherbeiführung durch den Anweisenden darstellt.

Ohne gültiges Grundgeschäft kann der Anweisende die Leistung vom Anweisungsempfänger aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückfordern oder bei Sachleistungen gegebenenfalls vindizieren¹⁵⁸.

2.2.3.2.2 Tilgung der Forderung aus dem Grundgeschäft

Die Tilgung der aus dem Grundgeschäft bestehenden Forderung erfolgt erst durch die vom Angewiesenen geleistete Zahlung¹⁵⁹. Die Anweisung stellt damit einen blossen Erfüllungsversuch, nicht Erfüllung an sich, dar¹⁶⁰. Die Anweisung erfolgt zahlungshalber, nicht an Zahlungs statt¹⁶¹; allerdings ist nach überwiegender Lehrmeinung eine abweichende Parteivereinbarung hierüber zulässig¹⁶².

¹⁵⁷ BasK-KOLLER, N 1 zu Art. 467 OR.

¹⁵⁸ BGE 121 III 113; BGE 117 II 407; BGE 116 II 691; BGE 105 II 106. Vgl. ausführlich KÖNDGEN, 30 ff.

¹⁵⁹ Art. 467 Abs. 1 OR.

¹⁶⁰ BGE 105 II 106, BGE 95 II 183; BasK-KOLLER, N 3 zu Art. 467 OR m.w.H.

¹⁶¹ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 2 zu Art. 467 OR; BK-GAUTSCHI, N 3b zu Art. 467 OR; BasK-KOLLER, N 3 zu Art. 467 OR.

¹⁶² BasK-KOLLER, N 3 zu Art. 467 OR; BK-GAUTSCHI, N 4a zu Art. 467 OR; anders ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 2 zu Art. 467 OR.

2.2.3.2.3 Rückgriff auf den Anweisenden

Die Anweisung schafft zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger weder ein neues Rechtsverhältnis noch einen eigenständigen Rechtsgrund – verweigert der Angewiesene die Leistung, ist ein Rückgriff des Anweisungsempfängers auf den Anweisenden aus der Anweisung selber nicht möglich¹⁶³, ausser zwischen den Parteien wäre ein zusätzlicher Garantievertrag geschlossen worden¹⁶⁴. Die Anweisung ist somit nicht als Zahlungsgarantie zu verstehen.

Bei Weigerung des Angewiesenen, die Leistung zu erbringen, hat der Anweisungsempfänger seine Ansprüche gegen den Anweisenden aus dem Grundverhältnis geltend zu machen¹⁶⁵.

2.2.3.2.4 Stundung der Forderung aus dem Grundverhältnis

Gemäss Art. 467 Abs. 2 OR kann der Anweisungsempfänger, welcher die Anweisung angenommen hat, seine Forderung aus dem Grundverhältnis gegenüber dem Anweisenden erst dann wieder geltend machen, wenn er Zahlung vom Angewiesenen gefordert und nach Ablauf der in der Anweisung bestimmten Zeit diese nicht erhalten hat.

Die Forderung aus dem Grundverhältnis wird somit mit Annahme der Anweisung durch den Anweisungsempfänger gestundet¹⁶⁶. Die Stundung wird beendet, sofern der Angewiesene der Zahlungsaufforderung des Anweisungsempfängers nicht nachkommt¹⁶⁷.

2.2.3.3 *Vollzugsverhältnis*

2.2.3.3.1 Grundsatz: Kein Grundverhältnis

Zwischen Angewiesenem und Anweisungsempfänger besteht regelmässig keine Rechtsbeziehung aus einem Grundverhältnis – das Rechtsverhältnis bestimmt sich in solchen Fällen ausschliesslich aus dem Anweisungsrecht¹⁶⁸. Erst die Annahme der Anweisung zwischen Angewiesenem und

¹⁶³ GUHL/SCHNYER, § 54 N 6.

¹⁶⁴ BGE 105 II 106; BGE 95 II 182 f.; BGE 80 II 82; BGE 40 II 408; BasK-KOLLER, N 4 zu Art. 467 OR m.w.H.; GUHL/SCHNYDER, § 54 N 6.

¹⁶⁵ BGE 105 II 106.

¹⁶⁶ BasK-KOLLER, N 5 zu Art. 467 OR.

¹⁶⁷ BasK-KOLLER, N 5 zu Art. 467 OR.

¹⁶⁸ BasK-KOLLER, N 1 zu Art. 468 OR; BUCHER, BT, 266 f.

Anweisungsempfänger kann dazu führen, dass ein Schuldverhältnis entsteht¹⁶⁹.

Dies schliesst aber, wie nachfolgende Beispiele zeigen, nicht aus, dass zwischen Angewiesenem und Anweisungsempfänger vertragliche Beziehungen bestehen.

2.2.3.3.2 Anweisungsempfänger und Empfängerbank beim Bankzahlungsverkehr

Der Anweisungsempfänger verfügt beim Bankzahlungsverkehr über ein Bankkonto. Beim eingliedrigen Zahlungsverkehr steht er dabei in einer girovertraglichen Beziehung zum Angewiesenen, welcher somit gleichzeitig Bank des Anweisenden und des Anweisungsempfängers ist¹⁷⁰. Auch im mehrgliedrigen Zahlungsverkehr besteht eine Bankbeziehung zwischen Anweisungsempfänger und seiner Bank; hier ist die Bank des Angewiesenen aber gerade nicht identisch mit der Bank des Anweisungsempfängers¹⁷¹.

2.2.3.3.3 Kreditkartentransaktionen

Spezielle Bestimmungen für das Vollzugsverhältnis bei Kreditkartentransaktionen finden sich im Akquisitionsvertrag¹⁷² zwischen Kreditkartenorganisation als Angewiesene und dem Vertragsunternehmen als Anweisungsempfänger.

2.2.3.3.4 Weitere

Bei Bezahlvorgängen mittels Dialern, click&buy oder easyp@y bestehen regelmässig vertragliche Bestimmungen zwischen Angewiesenem und Anweisungsempfänger. Die tatsächliche und rechtliche Ausgestaltung ist aber nicht immer einfach zu bestimmen und erfolgt unter Beizug von Zahlungsvermittlern und Zahlungssystemen.

¹⁶⁹ GUHL/SCHNYDER, § 54 N 4.

¹⁷⁰ DIETZI, 154 ff.

¹⁷¹ DIETZI, 154 ff.

¹⁷² Dazu grundlegend ARTER, Kreditkartenzahlungen, 296 ff.

2.2.4 Annahme der Anweisung durch den Angewiesenen

2.2.4.1 Allgemeines

Art. 468 Abs. 1 OR bestimmt, dass der Angewiesene, der dem Anweisungsempfänger die Annahme der Anweisung ohne Vorbehalt erklärt, diesem zur Zahlung verpflichtet wird und ihm nur solche Einreden entgegensetzen kann, die sich aus dem persönlichen Verhältnis zwischen Angewiesenem und Anweisungsempfänger oder aus dem Inhalt der Anweisung¹⁷³ selbst ergeben. Sofern die Anweisung vorbehaltlos angenommen wurde, sind Einreden und Einwendungen aus dem Deckungs- und Valutaverhältnis ausgeschlossen, weil dadurch eine eigenständige Leistungspflicht begründet wurde¹⁷⁴.

2.2.4.2 Annahme der Anweisung

Art. 468 Abs. 3 OR bestimmt, dass der Angewiesene – andere vertragliche Vereinbarungen vorbehalten – nicht verpflichtet ist, die Annahme der Anweisung zu erklären und die Leistung an den Anweisungsempfänger zu erbringen. Eine Annahmepflicht begründen insbesondere Giroverträge bei Bankzahlungen sowie die Bestimmungen der Kreditkartenorganisationen.

2.2.4.3 Leistungspflicht bei Annahme der Anweisung

Wie oben bereits gezeigt, besteht eine Schuldspflicht des Angewiesenen gegenüber dem Anweisungsempfänger nicht, da es sich bei der Anweisung um eine Ermächtigung handelt. Eine Leistungspflicht besteht erst ab dem Zeitpunkt, in welchem der Angewiesene die Annahme der Anweisung erklärt, sei es durch ausdrückliche Kundgabe oder durch konkludentes Handeln.

Die Annahme der Anweisung schafft für die vom Angewiesenen an den Anweisungsempfänger zu erbringende Leistung einen eigenständigen Rechtsgrund und lässt ein neues Schuldverhältnis entstehen, welches als Forderungsrecht des Anweisungsempfängers gegen den Angewiesenen zu

¹⁷³ Sog. titulierte Anweisung; dazu BasK-KOLLER, N 7 zu Art. 468 OR.

¹⁷⁴ KOLLER/KISSLING, 35.

dessen Anspruch gegen den Anweisenden aus dem Valutaverhältnis hinzutritt¹⁷⁵.

2.2.4.4 Abstrakte Natur der Anweisung

Mit Annahme der Anweisung und der Abgabe des Versprechens die Zahlung zu leisten, wird die Schuld des Angewiesenen „abstrakt“, d.h. ihre Erfüllung kann der Angewiesene nicht mit der Begründung ablehnen, es bestehen Mängel aus dem Deckungs- oder Valutaverhältnis¹⁷⁶. Mit anderen Worten ist die Annahme der Anweisung vom zu Grunde liegenden Deckungs- und Valutaverhältnis unabhängig¹⁷⁷. Es können nur Einreden und Einwendungen aus dem Vollzugsverhältnis vorgebracht werden¹⁷⁸. In diesem Sinn ist die Zahlungsanweisung als selbständiger Akt zu verstehen und zeigt eine garantieähnliche Wirkung¹⁷⁹.

Zulässig ist es allerdings, dass sich der Anweisungsempfänger vorgängig in einer Rahmenvereinbarung¹⁸⁰ oder bei Annahme der Anweisung vorbehält, gewisse Einwendungen und Einreden vorzubringen¹⁸¹. Dies ist bei elektronischen Bezahlvorgängen regelmässig der Fall.

2.2.5 Widerruf der Anweisung durch den Anweisenden

2.2.5.1 Widerruf der Anweisung gegenüber dem Anweisungsempfänger

Gegenüber dem Anweisungsempfänger kann der Anweisende die Anweisung widerrufen, wenn er sie nicht zur Tilgung seiner Schuld oder sonst zum Vorteil des Empfängers erteilt hat¹⁸². Zulässig ist der Widerruf auch,

¹⁷⁵ BasK-KOLLER, N 3 ff. zu Art. 468 OR; KÖNDGEN, 35; BGE 122 III 242 ff.; BGE 121 III 112; BGE 120 II 128 ff.; BGE 113 II 523, 525 f.; BGE 105 II 109; BGE 92 II 340; BGE 73 II 46.

¹⁷⁶ GUHL/SCHNYDER, § 54 N 8; BGE 121 III 112; BGE 117 II 408; BGE 117 II 79; BGE 92 II 338; BGE 49 II 52; BasK-KOLLER, N 6 zu Art. 468 OR m.w.H.

¹⁷⁷ BGE 105 II 106; VON DER CRONE, 59.

¹⁷⁸ BGE 124 III 255 ff.; BGE 122 III 240; BGE 121 III 112 f.; BGE 117 II 407 f.

¹⁷⁹ BasK-KOLLER, N 6 zu Art. 468 OR.

¹⁸⁰ Beispielsweise im Akquisitionsvertrag zwischen Kreditkartenorganisation und Vertragsunternehmen.

¹⁸¹ MEDER, 92 f., 95; OECHSLER, 1617 ff.; BasK-KOLLER, N 6 ff. zu Art. 468 OR; GUHL/SCHNYDER, § 54 N 8; BK-GAUTSCHI, N 4a zu Art. 468 OR; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 4 ff. zu Art. 468 OR.

¹⁸² Art. 470 Abs. 1 OR.

wenn der Anweisende aus dem Valutaverhältnis gegenüber dem Anweisungsempfänger zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist¹⁸³.

2.2.5.2 *Widerruf der Anweisung gegenüber dem Angewiesenen*

Gegenüber dem Angewiesenen kann die Anweisung solange widerrufen werden, als der Angewiesene dem Anweisungsempfänger seine Annahme nicht erklärt hat¹⁸⁴. Im Gegensatz zum Widerruf der Anweisung gegenüber dem Anweisungsempfänger ist der Widerruf gegenüber dem Angewiesenen nur zeitlich beschränkt – ein Widerruf ist nur ausgeschlossen, wenn der Angewiesene die Anweisung angenommen hat oder bereits Zahlung an den Anweisungsempfänger geleistet hat¹⁸⁵.

Ein Widerruf gegenüber dem Angewiesenen ist selbst dann zulässig, wenn dem Anweisenden gegenüber dem Anweisungsempfänger kein Widerrufsrecht zustehen würde¹⁸⁶. Die Rechtsfolgen eines solchen Widerrufs richten sich nach dem Valutaverhältnis¹⁸⁷.

2.2.6 Rückabwicklung

Die Rückabwicklung einer erfolgten Leistung im Falle eines Mangels im Deckungs-, Valuta- oder Vollzugsverhältnis richtet sich nach den zwischen den Parteien bestehenden Vertragsbeziehungen und allenfalls nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung¹⁸⁸.

2.3 Erfüllung von Geldschulden im Allgemeinen

2.3.1 Gesetzliche Grundlage

Die Erfüllung von Geldschulden ist in Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR und Art. 84 OR normiert. Geldschulden sind Bringschulden, die durch Leistung in gesetzlichen Zahlungsmitteln der geschuldeten Währung zu bezahlen sind.

¹⁸³ BasK-KOLLER, N 7 zu Art. 470 OR.

¹⁸⁴ Art. 470 Abs. 2 OR.

¹⁸⁵ BGE 121 III 112; BGE 100 II 373f.; GUHL/SCHNYDER, § 54 N 16.

¹⁸⁶ BasK-KOLLER, N 5 zu Art. 470 OR.

¹⁸⁷ BGE 121 III 112.

¹⁸⁸ Art 62 ff. OR, vgl. dazu eingehend etwa KÖNDGEN, 30 ff., oder KOLLER/KISSLING, 36 ff.

Als gesetzliche Zahlungsmittel gelten insbesondere die vom Bund ausgegebenen Münzen¹⁸⁹.

Weil Geldschulden Bringschulden sind, trägt der Schuldner die Überweisungskosten und hat grundsätzlich das Risiko der Verlust- und Verzögerungsgefahr zu tragen¹⁹⁰.

2.3.2 Erfüllung durch Giralgeld

2.3.2.1 Allgemeines

Die Bestimmungen von Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR und Art. 84 OR sind auf die Erfüllung durch Bargeld im Sinne eines Tauschmittels zugeschnitten, nicht aber auf die Verwendung elektronischer Bezahlssysteme oder bargeldloser Erfüllung mittels Buch- bzw. Giralgeld¹⁹¹, bei welchen die Abwicklung von Zahlungsansprüchen in der Regel mit Hilfe eines oder mehrerer Vermittler zwischen Schuldner und Gläubiger stattfindet, welche Buchungsvorgänge auf den Konten der beteiligten Parteien auslösen und vornehmen¹⁹².

Im heutigen Wirtschaftsleben ist die Gleichrangigkeit von Giral- und Bargeld weitgehend unbestritten, denn mit Gutschrift des Betrages auf dem Konto des Gläubigers hat dieser einen direkten Zahlungsanspruch gegenüber seiner Bank und kann mittels Abhebung von Bargeld oder Vornahme von Überweisungen über sein Giralgeld ohne weiteres frei verfügen¹⁹³.

2.3.2.2 Leistung an Erfüllung oder erfüllungshalber

Mit der Frage, ob eine Giralzahlung eine Leistung an Erfüllung oder lediglich erfüllungshalber darstellt, hängt eng mit der Frage zusammen, ob der Schuldner seine Schuld überhaupt mittels Giralgeld begleichen darf oder nicht.

¹⁸⁹ Art. 2 WZG.

¹⁹⁰ WEBER, Geldschulden, 142.

¹⁹¹ HESS, 102.

¹⁹² EMCH/RENTZ/ARPAGAU, 746 ff.

¹⁹³ VON DÜCKER, 1258.

2.3.2.2.1 Bisheriger Stand der Diskussion

2.3.2.2.1.1 Vereinbarung

Die Vorschriften über die Erfüllung sind dispositiver Natur, weshalb es ohne weiteres möglich ist, dass die Parteien Erfüllung einer Geldschuld durch Giralgeld vereinbaren¹⁹⁴. Der Vereinbarung gleichgesetzt wird die widerspruchslose Annahme einer vom Schuldner bargeldlos angebotenen Zahlung¹⁹⁵.

2.3.2.2.1.2 Angabe von Kontodaten

Obwohl bargeldlose Überweisungen keine Zahlungen im Rechtssinn darstellen, gibt der Gläubiger dem Schuldner zu erkennen, dass er Überweisungen auf das Bank- oder Postkonto als rechtsgültige Erfüllung¹⁹⁶ betrachtet, falls er Kontoverbindungen auf Briefköpfen, Rechnungsformularen oder Lieferscheinen mitteilt oder Giralzahlungen widerspruchslos entgegennimmt¹⁹⁷. In diesen Fällen ist allgemein anerkannt, dass der Leistung von Giralgeld befreiende Erfüllungswirkung zukommt¹⁹⁸.

2.3.2.2.1.3 Ohne spezielle Kontoangaben: Erfüllungswirkung unter Vorbehalt

Der moderne Wirtschaftsverkehr und die Interessen des Schuldners gebieten, auch ohne Erkennbarkeit der Bereitschaft der Entgegennahme von Giralgeld oder bei ausbleibendem unverzüglichen Widerspruch bei einem Zahlungseingang, einer Überweisung grundsätzlich befreiende Erfüllungswirkung zuzuerkennen.

Gerade bei der Zahlung hoher Geldbeträge oder im grenzüberschreitenden Handel liegt die Zahlung mittels Giralgeld im Interesse des Schuldners, denn diesen trifft die Gefahr des Verlustes der Zahlungsmittel. Die Gegenposition, dass dem Gläubiger gegen die Bank lediglich ein

¹⁹⁴ WIEGAND/HODEL, 192.

¹⁹⁵ WIEGAND/HODEL, 192.

¹⁹⁶ Umstritten ist, ob es sich um eine Erfüllung im rechtlichen Sinn oder lediglich um eine Leistung an Erfüllung statt handelt. Zumindest bei Einverständnis des Gläubigers, auch konkludent, ist wohl von eigentlicher Erfüllung auszugehen, auch wenn dagegen vorgebracht werden kann, dass dem Gläubiger gegen das Geldinstitut lediglich ein Forderungsanspruch zusteht.

¹⁹⁷ HESS, 102; WEBER, Geldschulden, 140.

¹⁹⁸ Zu den Unterschieden dieser eher rechtstheoretischen Frage WEBER, Geldschulden, 139 f.

(abstrakter) Forderungsanspruch zustehe, widerspricht dieser Ansicht nicht, denn der Gläubiger ist ausreichend geschützt, da ihm offen steht, vor der Leistungsbewirkung eine andere vertragliche Zahlungsart zu vereinbaren¹⁹⁹.

Für den Gläubiger besteht kein Zwang Giralgeld anzunehmen, auch wenn er über ein Bank- oder Postkonto verfügt, weil die Gutschrift auf dem Konto nicht die direkte Verfügungsmacht über das Geld verleiht und er beispielsweise die Einrede der Verrechnung der Bank gegen sich gelten lassen muss²⁰⁰. Der Gläubiger kann deshalb den Schuldner einseitig darauf hinweisen, dass er die Bezahlung mittels Giralgeld nicht annimmt.

In diesem Sinne wird hier die Ansicht vertreten, dass auch ohne erkennbare Bereitschaft der Entgegennahme von Giralgeld einer Überweisung Erfüllungswirkung zukommt, ausser die Parteien vereinbaren vorgängig etwas anderes oder der Gläubiger lehnt die Zahlung mittels Giralgeld explizit ab.

2.3.2.2.2 Zahlung mit elektronischem Geld

Elektronisches Geld ist kein gesetzliches Zahlungsmittel²⁰¹. Geldschulden können damit nicht ohne weiteres mittels elektronischem Geld erfüllt werden, sondern es braucht hierzu zwischen den Parteien eine explizite Vereinbarung. Dies ist bereits deshalb erforderlich, weil die technische Abwicklung von Zahlungen mittels elektronischem Geld regelmässig eine spezifische Infrastruktur voraussetzt.

3. Überblick über vertragsrechtliche Aspekte ausgewählter Bezahlssysteme

3.1 Allgemeine Geschäftsbedingungen

AGBs können in der Schweiz im Rahmen einer Geltungs- oder Konsenskontrolle, einer Auslegungskontrolle und einer (beschränkten) Inhaltskontrolle überprüft werden²⁰². Eine Prüfung von vertraglich vereinbarten Legitimationsordnungen hinsichtlich des Einsatzes und der Zurechenbar-

¹⁹⁹ VON DÜCKER, 1261.

²⁰⁰ WEBER, Geldschulden, 139.

²⁰¹ Art. 2 WZG.

²⁰² ARTER/JÖRG, Rückbelastungsklauseln, 26.

keit bei der Verwendung von Codes kann mit den Mitteln der Inhaltskontrolle vorgenommen werden²⁰³. Dabei wird zwischen der indirekten bzw. verdeckten Inhaltskontrolle, bei der der Inhalt von AGB-Klauseln mit den Methoden der Abschlusskontrolle bzw. Vertragsauslegung überprüft und korrigiert wird²⁰⁴, und der sogenannten direkten oder offenen Inhaltskontrolle unterschieden, bei welcher AGB-Klauseln bezüglich Widerrechtlichkeit und Sittenwidrigkeit²⁰⁵, Übervorteilung²⁰⁶, Verletzung des Persönlichkeitsrechts und der Vertragsfreiheit²⁰⁷ sowie unter dem Gesichtspunkt der materiellen Vertragsgerechtigkeit überprüft werden²⁰⁸⁻²⁰⁹. Zudem hat das Bundesgericht bei der Überprüfung von Banken-AGBs eine direkte Inhaltskontrolle gestützt auf Art. 100 Abs. 2 OR bejaht²¹⁰. Unter gewissen Voraussetzungen ist zudem eine Überprüfung von AGBs unter dem Aspekt der materiellen Vertragsgerechtigkeit möglich²¹¹. Ob damit der Weg zu einer vermehrten offenen vertragsrechtlichen Inhaltskontrolle von AGBs auf der Grundlage überindividueller, abstrakt-genereller Betrachtungsweisen, am besten gestützt auf Art. 19 Abs. 2 OR²¹², geebnet ist, bleibt abzuwarten²¹³.

²⁰³ BRUNNER, 327 ff.; KOLLER, AGB, 45 f.; KOLLER-TUMLER, 169 ff.; vgl. für den Bereich des Electronic Banking THOMMAN, 164 ff.; WIEGAND, 136 ff.; KOLLER-TUMLER, 164 ff. Vgl. auch LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 19.5.1999, AZ 14.0 9971/98.

²⁰⁴ Vgl. dazu schon weiter oben.

²⁰⁵ Art. 19, Art. 20 OR.

²⁰⁶ Art. 21 OR.

²⁰⁷ Art. 27 ZGB.

²⁰⁸ ARTER/JÖRG, Rückbelastungsklauseln, 30 f.

²⁰⁹ Vgl. etwa BRUNNER, 328; BELSER, 438 ff.

²¹⁰ Und zwar im Rahmen des richterlichen Ermessens nach Art. 4 ZGB; vgl. BGE 112 II 450. Vgl. zudem BGE 109 II 116.

²¹¹ BGE 123 III 292 ff. Zur Problematik des Vertragsschlusses bei unilateralen und bilateralen Monopolen vgl. etwa GRÖNER, 457, 464.

²¹² Vgl. BAUDENBACHER, UWG, N 34 zu Art. 8 UWG.

²¹³ BRUNNER, 327 ff.; KOLLER, OR, 45 f.; KOLLER-TUMLER, 169 ff.; vgl. für den Bereich des Electronic Banking THOMMAN, 164 ff.; WIEGAND, 136 ff.; BAUDENBACHER, AGB-Kontrolle, 83; KOLLER, AGB, 49; BELSER, 441; BAUDENBACHER, UWG, N 33 ff. zu Art. 8 UWG; BUCHER, Belastung, 41 ff.; ARTER/JÖRG, Rückbelastungsklauseln, 31; FURRER, 3 ff.; PISCHONNAZ/VOGENAUER, 417.

3.2 Dialer

3.2.1 Funktionsweise eines Dialers

Bei Webdialern handelt es sich um Softwareprogramme (.exe-Dateien)²¹⁴, deren Hauptzweck darin besteht, auf dem Rechner des Kunden einen neuen Internetzugang einzurichten²¹⁵. Wenn ein Dialerprogramm auf dem Rechner des Kunden installiert wurde²¹⁶, wählt es sich nach dem Anklicken einer entsprechenden Ikone²¹⁷ selbständig über eine Telefonnummer²¹⁸ ins Internet ein²¹⁹, wobei die Zugangsnummer, welche bei der Einwahl bisher verwendet wurde, neu bestimmt wird, und der Dialer als Zugangsnummer nun eine sogenannte Nummer für Mehrwertdienste²²⁰, welche auch als Premium-Rate-Services-Nummer bezeichnet wird²²¹, verwendet²²². Die Kosten, welche durch die Wahl dieser Mehrwertdienstnummer anfallen, bestimmen die Höhe der Kosten der vom Kunden entgegengenommenen Mehrwertdienstleistung²²³. Zweck eines Dialerpro-

²¹⁴ Mit einem Beispiel SIDLER, Rz. 1.

²¹⁵ Vgl. Merkblatt „Technische Grundlagen von Dialern und Mehrwertnummern“, abrufbar unter www.dialerschutz.de/home/Technik/body_technik.html.

²¹⁶ Allerdings gibt es Dialersoftware, die dem Verwender vorgibt, ein nützliches und kostenlos herunterzuladendes Programm zu sein. So gibt es „Updates“, „Verbindungsbeschleuniger“, „Zugangsassistenten“ oder sonstige „nützliche“ Software, welche tatsächlich einzig dazu dienen, einen kostenpflichtigen Zugang zu Websites zu generieren. Problematisch an solchen Programmen ist, dass sie sich automatisch bei jedem späteren Windows-Neustart ins Internet einwählen, oder dass die neu angelegte DFÜ-Verbindung als Standardverbindung definiert wird, was zur Folge hat, dass künftig jede Internetwahl über eine mit erhöhten Kosten verbundene Einwahlnummer erfolgt.

²¹⁷ Ein Web-Symbol, welches eine Verknüpfung zu einem Programm aufweist.

²¹⁸ Bei Kabelmodem (CATV) oder ADSL-Anschlüssen funktionieren Dialer nicht. Voraussetzung ist deshalb die Einwahl ins Internet über ein Modem und eine Telefonleitung.

²¹⁹ Eine zu diesem Zeitpunkt allenfalls bestehende Verbindung wird vom Dialerprogramm zuvor getrennt.

²²⁰ Vgl. Art. 28 Abs. 1 Fernmeldegesetz vom 30. April 1997, SR 784.10 (FMG); Art. 2 der Verordnung über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich vom 6. Oktober 1997, SR 784.104 (AEFV); Verordnung des Bundesamtes für Kommunikation über Fernmeldedienste und Adressierungselemente, SR 784.101.113/2.8, Technische und administrative Vorschriften betreffend die Aufteilung der E.164-Nummern, Ausgabe 9, Ziff 4.8 ff.

²²¹ Oder Telekiosk.

²²² ARTER, Dialer, 42.

²²³ Verordnung des Bundesamtes für Kommunikation über Fernmeldedienste und Adressierungselemente, SR 784.101.113/2.10, Technische und administrative Vorschriften

gramms ist somit, über eine Nummer für Mehrwertdienste Vergütungen für bezogene Dienstleistungen im Internet oder Warenbezüge erheben zu können²²⁴.

3.2.2 Nummern für Mehrwertdienste und Dialer

Aufgrund diverser Missbrauchsfälle in der Vergangenheit hat das BAKOM²²⁵ entschieden, dass ab dem 1. April 2004 die gleichzeitige Verwendung von Nummern für Mehrwertdienste und Dialer verboten ist²²⁶. PC-Dialer können aber noch mit internationalen Nummern, beispielsweise beginnend mit 00882, verwendet werden, um Dienstleistungen über die Telefonrechnung zu verrechnen²²⁷.

3.2.3 Vertragsrechtliche Beziehungen bei Dialern

Bei Bezahlvorgängen für Waren oder Dienstleistungen mittels Dialern steht der Kunde mit mindestens zwei Parteien in rechtlichen Beziehungen. Einerseits besteht zwischen dem Kunden und einem Telefondienstanbieter, welcher ihm Zugang zum Telefonnetz und damit zum Internet²²⁸ verschafft, eine Rechtsbeziehung in der Form eines Telefondienstvertrages²²⁹. Des Weiteren steht der Kunde mit der Person in einem Vertragsverhältnis, deren Dienstleistung er beansprucht oder deren Waren er be-

für die Einzelnummerzuteilung, Ausgabe 3, Ziff. 2.3 ff. Vgl. auch den vorgesehenen Art. 12b E-FMG.

²²⁴ Vgl. zum System der Mehrwertnummern das Merkblatt „Technische Grundlagen von Dialern und Mehrwertnummern“, abrufbar unter www.dialerschutz.de/home/Technik/body_technik.html, 2.

²²⁵ Bundesamt für Kommunikation.

²²⁶ Vgl. Medienmitteilung des BAKOM vom 4. Februar 2004, abrufbar unter www.bakom.ch/de/medieninfo/medienmitteilungen/bakom/artikel/01224/index.html und Verordnung des Bundesamtes für Kommunikation über Fernmeldedienste und Adressierungselemente, SR 784.101.113/2.8, Technische und administrative Vorschriften betreffend die Aufteilung der E.164-Nummern, Ausgabe 9, Ziff 4.8.3 für 0900er-Nummern, Ziff 4.9.3 für 0901er-Nummern und Ziff 4.10.3 für 0906er-Nummern.

²²⁷ Vgl. zu den aufsichts- und lauterkeitsrechtlichen Regelungen rund um Nummern für Mehrwertdienste und Dialer ausführlich ARTER, Dialer, 43 ff.

²²⁸ BAKOM, Merkblatt betreffend die Zuteilung von Einzelnummern, Ziff. 4 – Gültig bis 31.3.2004.

²²⁹ ARTER, Dialer, 45; vgl. allgemein dazu FAIVRE, 45 ff.

zieht²³⁰. Je nach Vertragsinhalt sind dies rechtlich Kaufverträge, Werkverträge, Aufträge u.s.w.²³¹. Nach wohl herrschender Lehrmeinung handelt es sich bei der Inanspruchnahme von Waren und Dienstleistungen über das Internet und Zahlung derselben über den Telefondienstanbieter um zwei voneinander unabhängige Verträge²³². Schliesslich stehen der Mehrwertdiensteanbieter und der Telefondienstanbieter in einem Rechtsverhältnis, welches insbesondere vorsieht, dass der Telefondienstanbieter für den Mehrwertdiensteanbieter das Inkasso besorgt²³³.

3.2.3.1 *Der Vertrag zwischen dem Kunden und dem Telefondienstanbieter*

Die Vertragsbeziehung zwischen Kunde und Telefongesellschaft – bezeichnet als Telefondienstvertrag²³⁴ – beinhaltet insbesondere den Aufbau einzelner Telefonverbindungen²³⁵. Durch die Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte ist es heute nicht mehr erforderlich, dass ein Telefondienstanbieter auch gleichzeitig Zugang zum Telefonnetzwerk verschafft²³⁶. Für die Wahl des Diensteanbieters bestehen verschiedene Möglichkeiten, insbesondere die sogenannte Call-By-Call-Selection²³⁷ sowie die Carrier-Pre-Selection²³⁸⁻²³⁹.

²³⁰ Bundesgerichtshof (Deutschland) (BGH), Urteil vom 22.11.2001 – III ZR 5/01, abgedruckt in K&R 2002, 142. Hierzu auch die weiteren Verweise in Fn 276. HÄRTING, 8; HOFFMANN, 1705; KLEES, 331, 333; LEONTI, 242 ff.; PIEPENBROCK/MÜLLER, 1; SPINDLER, 408; STOGMÜLLER, 251, 254; MANKOWSKI, 264. Vgl. auch BGH, Urteil vom 26.9.2002 – I ZR 102/00, abgedruckt in NJW 2003, 819, 820; Koos, 617, 618.

²³¹ ARTER, Dialer, 48.

²³² Für die Schweiz Bundesgericht (BGer), Urteil vom 5.6.2003 – 4C.50/2003, Ziff. 5.3.; ARTER, Dialer, 45; KOOS, 618.

²³³ FAIVRE, 123.

²³⁴ Oder in Anlehnung an die in der Schweiz geltende Terminologie Fernmeldedienstvertrag. Vgl. Art. 2 lit. b FMG; FAIVRE unterscheidet zusätzlich den Festnetzvertrag und den Mobilfunkvertrag, 71 ff. Der Begriff des Telefondienstvertrages kann als Oberbegriff dieser beiden Verträge angesehen werden. Vgl. zum Ganzen auch BGE 129 III 604.

²³⁵ Siehe dazu „Tochter muss Rechnung zahlen, wenn Vater mit ihrem Handy Sexnummern anwählt“, Rz. 5, Jusletter vom 26.11.2001, abrufbar unter www.jusletter.ch.

²³⁶ Vgl. dazu ARTER, Dialer, 45 ff.

²³⁷ Sog. Carrier selection code, CSC. Der Carrier selection code setzt sich aus zwei Codes zusammen, nämlich dem Dienstzugangscode (sog. Carrier access code, CAC), welcher den Dienst „freie Wahl des Diensteanbieters für nationale und internationale Verbindungen“ bezeichnet, und dem Identifikationscode des Diensteanbieters (sog. Carrier identification code, CIC). Vgl. Verordnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission betreffend das Fernmeldegesetz, Anhang 2, SR 784.101.112/2, Tech-

Ist der Anbieter des Telefonanschlusses auch der Anbieter der Telefonverbindung, so handelt es sich bei diesem Vertragsverhältnis nach der hier vertretenen Ansicht um einen gemischten Vertrag mit Elementen des Miet²⁴⁰- und des Werkvertrages²⁴¹, weil beide Leistungen Hauptleistungspflichten darstellen²⁴². Der Telefondienstvertrag wird als Rahmenvertrag durch die Wahl von Rufnummern konkretisiert²⁴³. Dabei ist die Herstellung der einzelnen Telefonverbindung als Werkleistung²⁴⁴ zu qualifizieren²⁴⁵, weil bei der Herstellung einer einzelnen Telefonverbindung ein Erfolg geschuldet ist²⁴⁶. Als Gegenleistung schuldet der Kunde dem Telefondienstanbieter verbindungs- und rufnummernabhängige Vergütun-

nische und administrative Vorschriften für nationale und internationale Verbindungen, Ziff. 1.5.3, Ziff. 4.

²³⁸ Verordnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission betreffend das Fernmeldegesetz, Anhang 2, SR 784.101.112/2, Technische und administrative Vorschriften für die freie Wahl der Dienstanbieterin für nationale und internationale Verbindungen, Ziff. 3.2.

²³⁹ Vgl. zum Ganzen ausführlich ARTER, Dialer, 46 f. Für eine Definition vgl. auch Art. 2 lit. b FMG i.V.m. Art. 2 lit. a FMG und Art. 3 lit. a FMG und Art. 2 lit. c Verordnung über die Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001, SR 784.101.1 (FDV). Zudem FISCHER/SIDLER, 116 ff. Hinsichtlich der zwischen den Anbietern hierfür notwendigen Interkonktionsvereinbarungen vgl. Art. 11 FMG; dazu FISCHER/SIDLER, 143 ff.; Art. 9 Verordnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission betreffend das Fernmeldegesetz, SR 784.101.112, vom 17. November 1997. Zur Nummernportabilität vgl. Art. 2 ff. Verordnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission betreffend das Fernmeldegesetz sowie Anhang 1 zu dieser Verordnung, SR 784.101.112/1, Technische und administrative Vorschriften für Nummernportabilität zwischen Fernmeldedienstanbieterinnen, Ausgabe 5, Ziff. 1 ff., und Anhang 2 zu dieser Verordnung, SR 784.101.112/2, Technische und administrative Vorschriften für die freie Wahl der Dienstanbieterin für nationale und internationale Verbindungen, Ziff. 1 ff.

²⁴⁰ Bezüglich des Telefonanschlusses.

²⁴¹ Bezüglich den Verbindungen; GRAF VON WESTPHALEN/GROTE/POHLE, 25; BGH, Urteil vom 2.7.1998 – III ZR 287/97, abgedruckt in K&R 1998, 397, 401; als Innominatvertrag qualifiziert durch das Schweizerische Bundesgericht in Urteil 4C.50/2003 vom 5. Juni 2003; siehe dazu auch die kritischen Anmerkungen in SCHÖBI. Vgl. allgemein auch MION. Siehe zur rechtlichen Einordnung des Telefondienstvertrages in Deutschland Dialer&Recht, die Rechtslage bei Verbindungen ins Internet durch 0190-Dialer, abrufbar unter <http://www.dialerundrecht.de/rechtslage.htm>.

²⁴² GRAF VON WESTPHALEN/GROTE/POHLE, 25 f.

²⁴³ ARTER, Dialer, 46.

²⁴⁴ Art. 363 ff.

²⁴⁵ Dauer-Werkverträge werden als atypische Werkverträge – so etwa BGE 93 II 275; BGE 48 II 370 f.; BGE 29 II 124 – oder als Innominatverträge aufgefasst. Dazu BK-KOLLER, N 161 ff., 174 zu Art. 363 OR.

²⁴⁶ Zum Werkbegriff BK-KOLLER, N 62 ff. zu Art. 363 OR.

gen²⁴⁷. Für den fixen Anschluss hingegen ist Mietrecht anwendbar und entsprechend schuldet der Kunde dem Telefondienstanbieter einen Mietzins²⁴⁸. Auch bei den Varianten der Call-By-Call-Selection sowie der Carrier-Pre-Selection ist der Aufbau einer einzelnen Telefonverbindung als Werkleistung zu qualifizieren²⁴⁹.

3.2.3.2 *Der Vertrag zwischen dem Kunden und dem Mehrwertdienstanbieter*

Tritt ein Kunde mit einem Anbieter im Internet in eine vertragliche Beziehung, beispielsweise über den Bezug von Waren oder der Nutzung von Dienstleistungen, so schliesst er je nach Art der Vertragsbeziehung ein Auftrags-, Werkvertrags-, Kaufvertrags- oder anderes Vertragsverhältnis. Bezüglich des Bezahlvorgangs besteht u.a. die Möglichkeit, dass das Entgelt über eine kostenpflichtige Nummer für Mehrwertdienste erfolgt. Die Bezeichnung als Mehrwertdienstvertrag leitet sich damit von der Art des Bezahlverfahrens ab.

Wesentlich ist, dass bei der Wahl einer Nummer für Mehrwertdienste der Kunde in zwei vertragliche Beziehungen tritt und entsprechend zwei vertragliche Leistungen erhält. Einerseits tritt er mit dem Telefondienstanbieter in eine Vertragsbeziehung über die Erstellung der Telefonverbindung, andererseits erhält er vom Mehrwertdienstanbieter eine Vertragsleistung, deren Entgelt durch den Telefondienstanbieter bezogen wird, welcher seinerseits mit dem Mehrwertdienstanbieter in einer Inkassobeziehung steht und die für die Mehrwertdienstleistung bezogenen Entgelte diesem weiterleitet²⁵⁰. Ein Teil des Entgelts vereinnahmt der Telefonanbieter für seine Inkassotätigkeit.

²⁴⁷ Die jeweiligen Preise pro Minute für die einzelnen Rufnummern werden von den Telefongesellschaften in Preislisten festgelegt. So können beispielsweise Rufnummern mit dem Anfang 0901... CHF 2.13 pro Minute kosten, solche mit dem Anfang 0906... CHF 4.26 usw. Webdialer wählen sich – wie erwähnt – aller Regel nach über solche Rufnummern ein.

²⁴⁸ Art. 253 ff. OR; ARTER, Dialer, 46.

²⁴⁹ GRAF VON WESTPHALEN/GROTE/POHLE, 29 ff.

²⁵⁰ ARTER, Dialer, 47 f. m.w.H.

3.2.4 Exkurs: Zustandekommen eines Vertrages im Internet

Für das Zustandekommen eines Vertrages ist erforderlich, dass die Parteien übereinstimmende, auf den Abschluss eines bestimmten Vertrages²⁵¹ gerichtete Willenserklärungen austauschen²⁵². Dialer werden vornehmlich zum Bezahlen von über das Internet abgeschlossenen Verträgen verwendet. Hinsichtlich des Zustandekommens eines Vertrages ist deshalb vorerst zu prüfen, ob der Inhalt einer Website überhaupt als Offerte qualifiziert werden kann und ob es sich um Angebote unter An- oder Abwesenden handelt²⁵³. Bei der elektronischen Verbreitung von Dienstleistungsangeboten und Produktinformationen ging die herrschende Lehre lange davon aus, dass die Anpreisung einer Sach- oder Dienstleistung juristisch der Versendung von Katalogen gleich käme²⁵⁴, auch wenn Preisangaben vorliegen²⁵⁵. Dies würde bedeuten, dass bei der Anpreisung von Waren oder Dienstleistungen auf einer Website keine Offerte vorliegt²⁵⁶. Die rechtliche Qualifikation als Offerte bedingt einen klar erkennbaren Abschlusswillen für den Adressaten, was erfordert, dass eine korrespondierende Leistungsmöglichkeit durch den Anbieter ersichtlich ist oder garantiert wird²⁵⁷. Ist aus den Angaben auf einer Website nicht ersichtlich, ob ein Anbieter seinen auf dem Internet präsentierten „Angeboten“ nachkommen kann, beispielsweise mangels Vorrat²⁵⁸, so stellen die auf einer Inter-

²⁵¹ Nämlich auf den Vertrag, der die objektiv (und subjektiv) wesentlichen Vertragspunkte zum Inhalt hat.

²⁵² GAUCH/SCHLUEP, N 308; GUHL/KOLLER, § 12 N 21; SCHWENZER, N 27.01 f., definiert die Willenserklärung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR als „private Willenskundgabe, die auf die Erzielung einer Rechtsfolge gerichtet ist“. Sie besteht nach SCHWENZER aus dem *äusserlich erkennbaren Erklärungsverhalten* einerseits und dem *inneren Willen* andererseits. Dieser innere Wille kann unterteilt werden in den Handlungswillen (das Bewusstsein, zu handeln), den Geschäfts- oder Rechtsfolgewillen (den Willen, eine bestimmte Rechtsfolge zu erzielen) und den Erklärungswillen (den Willen, den Geschäftswillen der anderen Vertragspartei mitzuteilen). Siehe zum sog. „Rechtsfolgewillen“ auch BasK-KOLLER, N 438; BasK-UCHER, N 15 f., 29 zu Art. 1 OR; ebenfalls BGE 116 II 695.

²⁵³ Art. 3 OR bzw. Art. 4 f. OR.

²⁵⁴ Was keine verbindliche Offerte darstellt.

²⁵⁵ BasK-KOLLER, N 457; WEBER, Rechtsfragen, 243; WEBER/JÖHRI, 43; so auch MEENTS, 68, und VON BERNSTORFF, 15, für die Rechtslage in Deutschland, welcher allerdings anmerkt, dass – anders als beim Teleshopping – beim Internet-Kauf die Produktinformationen beliebig lange betrachtet werden können.

²⁵⁶ Vgl. Art. 7 Abs. 2 OR; JÖRG/ARTER, 169.

²⁵⁷ JÖRG/ARTER, 169.

²⁵⁸ Ebenso HONSELL/PIETRUSZAK, 771, 774, und HUNGER, 43. Anders wohl LANGER, 288 ff.

netseite präsentierten Informationen nur eine Einladung zur Offertstellung dar²⁵⁹. Verspricht der Anbieter jedoch eine unmittelbare Online-Erfüllung oder handelt es sich um beliebig reproduzierbare Leistungen, so bestehen an seinem Leistungswillen und seiner Leistungsmöglichkeit keine Zweifel, weshalb es sich um Offerten im Sinne des Schweizerischen Obligationenrechtes handelt²⁶⁰. Bei Bezahlvorgängen über Nummern für Mehrwertdienste besteht die Besonderheit, dass der Mehrwertdienstanbieter nicht voraussehen kann, wie viele Anrufe auf der entsprechenden Nummer eingehen und er nur dann in eine Vertragsbeziehung treten kann, wenn er einen Anrufenden auch bedienen kann²⁶¹. Entsprechend empfiehlt sich eine Präzisierung durch den Mehrwertdienstanbieter auf dessen Website²⁶².

3.2.5 Streitigkeiten aus Vergütungen bei Dialern

Bestehen Streitigkeiten hinsichtlich der Leistung von Vergütungen aus der tatsächlichen oder behaupteten Nutzung von Dialern, so ist vorerst zwischen dem Zustandekommen des Telefondienst- und des Mehrwertdienstvertrages zu unterscheiden und anschliessend zu prüfen, ob und aus welchem Rechtsverhältnis allenfalls ein Vergütungsanspruch besteht und ob einem Kunden Einwendungsmöglichkeiten offen stehen.

3.2.5.1 *Zustandekommen des Telefondienst- und des Mehrwertdienstvertrages*

Der Abschluss des Telefondienstvertrages als Rahmenvertrag ist regelmässig unproblematisch. Streitig kann jedoch sein, ob im Einzelfall eine Anwahl einer Nummer für Mehrwertdienste erfolgt ist oder nicht. Die

²⁵⁹ JÖRG/ARTER, 169.

²⁶⁰ So auch HUNGER, 43; NESTLÉ, 260; ROSENTHAL, 323 f.; WEBER/JÖHRI, 43 und 46; für Deutschland: HAHN, 151; HOEREN, 286; LAUKTIEN/VARADINEK, 467; LOEWENHEIM/KOCH, 182; NUISSL, 76 f.; REHBINDER/SCHMAUS, 317 f.; STECKLER, 250; DEMMEL/SKROBATZ, 561, 564; offenbar anderer Meinung WIDMER/BÄHLER, 138, 142 (anklicken des „Ja“-Feldes als Annahme), 144, 146 (Levi's Page als Angebot). Weiter ist darauf hinzuweisen, dass im Rahmen des Bundesgesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr (d.h. der Teilrevision von OR und UWG) in einem Art. 7 Abs. 2 E-OR eine Website ausdrücklich der Veröffentlichung von Tarifen, Preislisten etc. (der „Auskündigung“) gleichgestellt werden soll, wonach Informationen auf einer Website im Grundsatz (dem Wortlaut des Gesetzes nach „an sich“) kein Angebot mehr darstellen würden. Siehe zum Ganzen, mit kritischen Hinweisen, JÖRG/ARTER, 169 f.

²⁶¹ HÄRTING, 16.

²⁶² ARTER, Dialer, 50.

Konkretisierung des Telefondienstvertrages hängt davon ab, ob der Kunde mit dem Mehrwertdienstanbieter einen rechtsgültigen Vertrag abgeschlossen hat und ob Konsens über die Vergütung der entsprechenden Leistungen mittels einem Dialer erfolgt ist oder nicht. Dabei sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden. Wird der Kunde über sämtliche anfallenden Kosten eines Dialers offen und korrekt informiert und erfolgt die Installation des Dialerprogramms mit Einverständnis des Kunden und in einer Weise, die dem Kunden die Konsequenz der Installation des Dialers darlegt, so liegt im Aufrufen der erwünschten Mehrwertdienstleistung eine Einladung zur Offertstellung, welcher der Mehrwertdienstanbieter Folge leistet, indem sich nach dem Anklicken durch den Kunden üblicherweise eine neue Website oder ein Pop-Up-Fenster öffnet, welches sämtliche notwendigen Informationen (insbesondere Kosten sowie Informationen darüber, dass es sich um einen Dialer handelt) enthält²⁶³. Mit dem Anklicken eines entsprechenden „Yes“- oder „Continue“-Buttons nimmt der Kunde die Offerte des Mehrwertdienstleisters an und gibt die Willenserklärung ab, einen Vertrag über die Benutzung der angebotenen Mehrwertdienste zu den angegebenen Konditionen und zur Bezahlung mittels eines Dialers schliessen zu wollen²⁶⁴. Damit liegen üblicherweise zwei gegenseitig übereinstimmende Willenserklärungen vor, welche die objektiv wesentlichen Vertragspunkte abdecken und damit zu einem rechtsgültigen Vertrag zwischen dem Kunden und dem Mehrwertdienstanbieter führen²⁶⁵. Mit dem Abschluss des Mehrwertdienstvertrages findet gleichzeitig eine Konkretisierung des Rahmenvertrages durch den Kunden mit dem Telefondienstanbieter statt, denn durch die Wahl einer Nummer für Mehrwertdienste wird eine einzelne Werkleistung des Telefondienstanbieters in Anspruch genommen²⁶⁶.

Im Falle der versteckten Installation oder Einwahl eines Dialerprogramms weiss der Kunde nicht, dass er durch das Anklicken eines bestimmten Buttons eine Dialer-Software auf seine Festplatte lädt, weshalb es am für einen Vertragsschluss nötigen rechtlichen Bindungswillen fehlt und ein Mehrwertdienstvertrag in diesem Falle nicht zustande kommt²⁶⁷. Gleiches gilt, wenn sich ein Dialer nach einmalig gewollter Einwahl über eine bestimmte Nummer für Mehrwertdienste als Standard-Internetverbin-

²⁶³ ARTER, Dialer, 51.

²⁶⁴ ARTER, Dialer, 51.

²⁶⁵ ARTER, Dialer, 51.

²⁶⁶ ARTER, Dialer, 51.

²⁶⁷ ARTER, Dialer, 51.

dung installiert und nun sämtliche Internetverbindungen über die entsprechende Nummer für Mehrwertdienste erfolgen²⁶⁸.

Weiss ein Kunde, dass er ein Programm installiert, werden jedoch über die damit verbundenen Kosten keine Angaben gemacht, beispielsweise weil die entsprechende Software als „Gratiszugangsassistent“ dargestellt wird oder mit Anpreisungen wie „Kostenlos Mitglied werden“ geworben wird, so kommt wiederum kein Mehrwertdienstvertrag zustande, weil sich die Parteien über eine essentialia negotii, nämlich dem Preis der Vergütung, nicht geeinigt haben²⁶⁹. Wird der Kunde wohl darauf hingewiesen, dass durch die Installation einer Software Kosten entstehen, werden über deren Umfang jedoch keinerlei oder nur schwer auffindbare Informationen abgegeben, so kommt nach der Vertrauens- theorie wohl ein Vertrag mit dem Mehrwertdienstanbieter zustande, weil der Kunde die Installation der Software tatsächlich gewollt hat, aber die Abgabe der Willenserklärung erfolgt in Unkenntnis über die Kostenfolgen, weshalb eine Anfechtung des Mehrwertdienstvertrages wegen Erklärungsirrtums grundsätzlich²⁷⁰ zulässig ist²⁷¹.

Werden bei der Installation einer Software falsche Tatsachen vorgespiegelt oder relevante Tatsachen unterdrückt, so kann zudem eine Anfechtungsmöglichkeit aufgrund absichtlicher Täuschung gegeben sein²⁷².

3.2.5.2 Vergütung

Das eigentliche Problem bei Bezahlvorgängen mittels Dialern liegt darin, dass bei einem Streit um Mehrwertdienstgebühren dem Kunden nicht der Mehrwertdienstanbieter, sondern der Telefondienstanbieter gegenübersteht, welcher aufgrund eines Inkassomandates Anspruch auf Vergütung für Telefon- oder Datenverbindungen erhebt, welche aufgrund der Inanspruchnahme eines Dialers durch den Kunden abgerechnet werden. Anspruchsgrundlage hierfür ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der rechtsgültige Vertrag zwischen dem Mehrwertdienstanbieter und dem

268 ARTER, Dialer, 51.

269 ARTER, Dialer, 51 f.

270 Eine Anfechtung wäre nicht zulässig, wenn der Erklärende im Bewusstsein der Unkenntnis des Inhaltes des Erklärten sich allem, was der künftige Vertragspartner will, unterwirft (BGE 49 II 167, 182; SCHWENZER, N 37.18).

271 BAKOM, Merkblatt betreffend die Zuteilung von Einzelnummern, Ziff. 4. Vgl. auch die Interpellation Nr. 01.3756 PFISTER, THEOPHIL, Missbräuche im Bereich kommerzieller Telefonmehrwertdienste; ARTER, Dialer, 52.

²⁷² Vgl. zum Ganzen ARTER, Dialer, 52.

Kunden, in dessen Rahmen die Parteien vereinbaren, dass die Vergütung für die Inanspruchnahme von Mehrwertdienstleistungen oder Waren über eine kostenpflichtige Mehrwertdienstnummer durch den Telefondienstanbieter erfolgt²⁷³. Dem Telefondienstanbieter steht dabei kein eigener vertraglicher Anspruch auf Zahlung der Mehrwertdienstgebühren zu²⁷⁴. Für den Kunden liegt das Problem aber darin, dass die AGB der Telefondienstanbieter hinsichtlich Zahlungsverpflichtung für Mehrwertdienstgebühren regelmässig vorsehen, dass bereits durch die Anwahl einer Nummer für Mehrwertdienste eine Zahlungsverpflichtung gegeben ist oder dem Kunden die Anwahl der entsprechenden Nummer zumindest zurechenbar ist²⁷⁵. Daneben sehen die AGB der Telefondienstanbieter entweder explizit vor, oder es findet eine entsprechende Handhabung in der Praxis statt, dass dem Kunden aus dem Mehrwertdienstvertrag keine Einwendungen gegenüber dem Telefondienstanbieter zustehen²⁷⁶. Faktisch führt dies dazu, dass die Telefondienstanbieter davon ausgehen, dass ihnen ein eigenständiger vertraglicher Anspruch auf Zahlung der in Rechnung gestellten Mehrwertdienstgebühren einzig aufgrund der Anwahl der Mehrwertdienstnummer aus dem Telefondienstvertrag zusteht²⁷⁷. Für den Mehrwertdienstanbieter bietet dies den Vorteil, dass allenfalls gerechtfertigte Einwendungen ihm gegenüber im Rahmen des Inkassos durch den Telefondienstanbieter nicht geltend gemacht werden können und ihm damit auch bei missbräuchlichem Geschäftsgebahren kaum Risiken entstehen²⁷⁸.

3.2.5.3 *Einwendungen des Kunden und AGB-Kontrolle*

Nach dem Stande der heutigen Rechtsprechung hinsichtlich der Überprüfung von AGB ist nicht davon auszugehen, dass die Rechtsprechung

²⁷³ Vgl. BGE 4C.50/2003 vom 5. Juni 2003; zudem MION, Rz. 14; Verordnung des Bundesamtes für Kommunikation über Fernmeldedienste und Adressierungselemente, SR 784.101.113/2.10, Technische und administrative Vorschriften für die Einzelnummerzuteilung, Ausgabe 3, Ziff. 2.3 ff.

²⁷⁴ ARTER, Dialer, 55; HÄRTING, 42; KOOS, 618 f.; SPINDLER, 409; KLEES, 335 ff.; HOFFMANN, 1705, 1706; VORSPEL-RÜTER, 505, 508; PIEPENBROCK/MÜLLER, 1706.

²⁷⁵ ARTER, Dialer, 55.

²⁷⁶ Vgl. die Grundsatzentscheidung des BGH, Urteil vom 22.11.2001 – III ZR 5/01, abgedruckt in K&R 2002, 142, und in NJW 2002, 361 ff., und in JZ 2002, 406, mit Anmerkung SPINDLER, und in CR 2002, 107 ff., mit Anmerkung ECKARDT, und in MMR 2002, 91.

²⁷⁷ ARTER, Dialer, 55.

²⁷⁸ FLUHME, 103, 105 f.; HOFFMANN, 1708 f.; SPINDLER, 409 f.; eingehend HÄRTING, 42 ff.

AGB-Klauseln der Telefondienstanbieter hinsichtlich des Inkassos von Mehrwertdienstgebühren als ungültig qualifizieren würde²⁷⁹. Auch andere Rechtsbehelfe scheinen wenig erfolgreich²⁸⁰. Entsprechend war das Verbot von PC-Dialern die einzig wirksame Möglichkeit, um missbräuchliches Geschäftsgebaren gewisser Anbieter zu unterbinden. Allerdings wurde damit nur punktuell agiert. Zu begrüssen gewesen wäre vielmehr, wenn diese Problematik aufgrund einer griffigen AGB-Prüfung hätte gelöst werden können.

3.3 Kreditkartenverträge

3.3.1 Funktionsweise

Bei Bezahlvorgängen mittels Kreditkarte bestehen in der Praxis verschiedene Möglichkeiten der Übermittlung der Kreditkartendaten. Eine Variante besteht darin, dass einzig der Bestellvorgang im Internet erfolgt und die Kreditkartendaten anschliessend telefonisch oder per Fax übermittelt werden. Eine andere Variante funktioniert dermassen, dass wohl die Bestellung im Internet über eine Website erfolgt, die Übermittlung der Kreditkartendaten anschliessend aber durch separates E-Mail erfolgt. Ohne die Nutzung von E-Mail-Verschlüsselungsstandards wie Pretty Good Privacy (PGP) oder Secure Multipurpose Internet Extensions (S/MIME) ist hiervon jedoch abzuraten, da eine solche Datenübermittlung unsicher ist und von Dritten ausgespäht werden kann²⁸¹. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, dass die Bestellung im Internet über die Website des Händlers erfolgt und auch die Kreditkartendaten im Verlauf des Bestellvorganges unverschlüsselt über die Website mittels HTTP-Protokoll übertragen werden. Sämtliche dieser Methoden sind entweder für den elektronischen Geschäftsverkehr umständlich oder aber unsicher und deshalb ungeeignet und in der Praxis wenig verbreitet.

Am häufigsten erfolgen derzeit Kreditkartenzahlungen über HTML-Formulare mittels SSL als Standard-Verschlüsselungsmechanismus²⁸².

²⁷⁹ Vgl. ausführlich zu Risikoverlagerungsklauseln ARTER/JÖRG, Kreditkartenverträge, 425. Auf Art. 100 Abs. 1 OR und die Problematik, inwieweit es sich bei Telefondienstanbietern um obrigkeitlich konzessionierte Gewerbe handelt bzw. ob diese Bestimmung analogieweise herangezogen werden kann, wird nicht weiter eingetreten.

²⁸⁰ ARTER, Dialer, 56.

²⁸¹ SCHÜRER, 210 ff.

²⁸² Dazu ausführlich ARTER, Kreditkartenzahlungen, 275 ff.

Dagegen hat sich das SET-Verfahren²⁸³ aufgrund dessen Komplexität im Markt nicht durchgesetzt.

Aufgrund einer Vielzahl von Missbräuchen in Folge der mangelnden Möglichkeit der Identifizierung der an Kreditkartentransaktionen beteiligten Personen hat VISA das neue Verfahren dreiD-Secure bzw. „Verified by VISA“ entwickelt²⁸⁴. Dieses basiert auf einem Drei-Ebenen-Modell²⁸⁵, nämlich der Ebene zwischen dem Karteninhaber und dem die Kreditkarte emittierenden Institut²⁸⁶, dem Vertragsunternehmen und dem Acquiring-Unternehmen²⁸⁷ und die eigentliche Transaktionsebene zwischen den beteiligten Instituten²⁸⁸. Auf jeder dieser drei Ebenen liegt die Verantwortung für die Sicherheit von Bezahlvorgängen bei den jeweiligen Instituten. Auf der Ebene der Issuer Domain ist der Emittent dafür verantwortlich, dass der Karteninhaber identifiziert wird und dessen Authentizität gegeben ist. Auf der Ebene der Acquirer Domain ist der Acquirer dafür verantwortlich, dass er Prozeduren definiert, welche sicherstellen, dass nur Vertragsunternehmen an elektronischen Bezahlvorgängen teilnehmen, welche identifiziert sind. Zudem ist der Acquirer für die Abwicklung von Zahlungs- und Autorisierungsprozessen bei den einzelnen Transaktionen verantwortlich. Auf der Ebene der Interoperability Domain ist die sichere Weiterleitung der Kreditkartendaten zu gewährleisten. Zusammenfassend ergibt sich, dass „Verified by VISA“ die Identifikation der an Bezahlvorgängen mittels Kreditkarten beteiligten Parteien ermöglicht und die Authentizität während einer Transaktion gewährleistet.

Voraussetzung für die Verwendung von „Verified by VISA“ ist, dass der Karteninhaber vorgängig eine Zusatzvereinbarung mit dem die Kreditkarte ausgebenden Institut schliesst. Im Rahmen dieser Vereinbarung wird ein Authentifizierungsmechanismus festgelegt, welcher beispielsweise aus Passwort und Benutzererkennung, PIN und TAN oder digitalem Zertifikat besteht²⁸⁹. Die Kreditkarten ausgebende Institution benachrichtigt den Karteninhaber bei einer erfolgreichen Registrierung, stellt ihm die entsprechenden Authentifizierungsmechanismen zur Verfügung und registriert ihn auf seinem Server²⁹⁰. Möchte der Karteninhaber nun online ei-

²⁸³ Dazu AGNEW, 215 ff.

²⁸⁴ Vgl. www.visa.com.

²⁸⁵ Three-Domain-Modell.

²⁸⁶ Issuer Domain.

²⁸⁷ Acquirer Domain.

²⁸⁸ Interoperability Domain.

²⁸⁹ DANNENBERG/ULRICH, 88.

²⁹⁰ Issuer Access Control Server.

nen Vertrag schliessen und mit der Kreditkarte zahlen, so gibt er seine Kreditkartendaten und seinen Namen in ein entsprechendes HTML-Formular ein und übermittelt diese Daten mittels SSL an das Vertragsunternehmen. Das Vertragsunternehmen wiederum sendet die Kreditkartendaten an ein zentrales Register der Kreditkartenorganisation, welche ihrerseits mit der Kreditkarten ausgebenden Institution überprüft, ob der Karteninhaber für „Verified by VISA“ frei geschaltet ist. Voraussetzung auf Seite der Vertragsunternehmen ist, dass diese für die Bezahlung mittels „Verified by VISA“ auf ihrer Website ein entsprechendes Plug-in integriert haben, welches automatisch aktiviert wird, wenn der Karteninhaber eine Bestellung aufgeben möchte. Hat der VISA Directory Server festgestellt, dass der Karteninhaber für „Verified by VISA“ freigeschaltet ist, wird automatisch die kartenausgebende Institution involviert und das vorgängig erwähnte Plug-in stellt eine Authentifizierungsanfrage an den Issuer Access Control Server der die Kreditkarte ausgebenden Institution, welche diese Anfrage wiederum automatisch an den Karteninhaber weiterleitet. Durch diese Weiterleitung erscheint anschliessend ein Pop-Up-Fenster auf der Website des Karteninhabers mit der Bitte um Identifizierung und Autorisierung der gewünschten Bestellung. Dieses Pop-Up-Fenster enthält Informationen über die Kreditkarten ausgebende Institution, die Bezeichnung des Vertragsunternehmens, den vorgesehenen Betrag der Bestellung und das Datum sowie die Kreditkartennummer des Karteninhabers und eine Informationszeile. Der Karteninhaber hat nun seinen Authentifizierungsmechanismus, beispielsweise Passwort und Benutzererkennung, PIN und TAN oder digitales Zertifikat, in ein entsprechendes Feld einzugeben. Die nun eingegebenen Daten des Karteninhabers werden von der Kreditkarten ausgebenden Institution verifiziert und als elektronisch signierte Nachricht an das Vertragsunternehmen übermittelt. Die elektronisch signierte Nachricht enthält einen einzigartigen kryptografischen Wert²⁹¹, welcher auf den Transaktionsdaten basiert. Das Vertragsunternehmen verifiziert nun die Signatur und sendet eine weitere Nachricht an den Kreditkartenemittenten²⁹². Hierbei werden die wichtigsten Authentifizierungsdaten inklusive des „Cardholder Authentication Verification Value“ übertragen und die weiteren notwendigen Zahlungsautorisierungen zwischen Kreditkartenacquirer und Kreditkartenemittent vorgenommen. Abschliessend erhält sowohl das Vertragsunternehmen als

²⁹¹ Cardholder Authentication Verification Value, CAVV.

²⁹² D.h. diejenige Organisation, welche im Rahmen eines Emissionsvertrages mit dem Händler in eine Vertragsbeziehung getreten ist.

auch der Karteninhaber eine Zahlungsbestätigung. Ein ähnliches System hat MasterCard mit „SecureCode“ entwickelt.

Nachfolgend wird auf die rechtlichen Aspekte von „Verified by VISA“ und MasterCard „SecureCode“ nicht weiter eingetreten.

3.3.2 Vertragsrechtliche Beziehungen rund um Kreditkarten

3.3.2.1 Typisierung

Bei der Typisierung von Kreditkartenzahlungen ist eine Vielzahl von Unterscheidungen möglich. Vorerst ist zu unterscheiden zwischen Kreditkartensystemen, die sich auf die Beziehung zwischen Unternehmen und Käufer beschränken²⁹³ und solchen, bei denen in einem Bezahlvorgang zusätzlich eine Kreditkartenorganisation²⁹⁴ in die Zahlungsabwicklung eingeschaltet ist²⁹⁵. Nachfolgend werden nur die sogenannt qualifizierten Kreditkartensysteme dargestellt.

Auch bei qualifizierten Kreditkartensystemen bestehen mannigfaltige Unterscheidungsmöglichkeiten. Zentral ist die Aufgabenteilung bei den Kreditkartenorganisationen: Diese können entweder sämtliche Funktionen integral wahrnehmen oder diese – was heute mehrheitlich der Fall ist – auf mehrere Parteien unterteilen²⁹⁶. Die Aufgabenteilung bei den Kreditkartenorganisationen erfolgt regelmässig dermassen, dass die Anwerbung von Unternehmen, welche die Kreditkarte als Zahlungsmittel akzeptieren, vom sogenannten Acquirer, die Ausgabe von Kreditkarten an Verwender vom Emittenten vorgenommen wird. Der Acquirer steht nur mit den Vertragsunternehmen, der Emittent ausschliesslich mit dem Karteninhaber in Vertragsbeziehungen²⁹⁷. Der Acquirer zahlt an das Vertragsunternehmen und kassiert hierfür einen Disagio, erhält seine Erstattung aber nicht direkt vom Karteninhaber, sondern vom Emittenten, welcher seinerseits eine Kreditkartengebühr sowie Erstattungszahlungen des Karteninhabers vereinnahmt und Letztere an den Acquirer weiterleitet²⁹⁸. Die Rechte und Pflichten zwischen Emittent und Acquirer ergeben sich aus einem sogenannten Regelstatut des gemeinsamen Kreditkartensystems²⁹⁹.

²⁹³ Sog. einfache Kreditkartensysteme.

²⁹⁴ Sog. qualifizierte Kreditkartensysteme.

²⁹⁵ ARTER/JÖRG, Kreditkartenverträge, 425 f.

²⁹⁶ ARTER/JÖRG, Kreditkartenverträge, 426.

²⁹⁷ KIENHOLZ, 9.

²⁹⁸ KIENHOLZ, 9.

²⁹⁹ KIENHOLZ, 9.

Bei elektronischen Kreditkartenzahlungen finden sich des Öfteren auch sogenannte Zahlungsvermittler, welche zwischen Vertragsunternehmen, Karteninhaber und Kreditkartenorganisation treten und in der Regel Softwaredienstleistungen für die elektronische Rechnungsstellung erbringen und als Intermediäre zwischen den Parteien tätig sind³⁰⁰.

Da die Kreditkartenorganisationen den Zahlungsverkehr und/oder die Kreditkartenbewirtschaftung oftmals nicht selber übernehmen, werden mit diesen Aufgaben regelmässig Banken betraut³⁰¹.

3.3.2.2 Emissionsvertrag

Das Verhältnis zwischen Kreditkartenorganisation und Kreditkarteninhaber³⁰² – bezeichnet als Kreditkartenemissionsvertrag oder Kreditkartenabrede – ist nach überwiegender Meinung atypischer auftragsrechtlicher Natur³⁰³. Es handelt sich um einen Innominatkontrakt³⁰⁴ mit Elementen der qualifizierten Anweisung³⁰⁵, des Auftrags³⁰⁶, des Kontokorrents³⁰⁷ und, je nach vertraglicher Ausgestaltung, des Kreditvertrages³⁰⁸. Der Karteninhaber ist verpflichtet, von der Kreditkartenorganisation vergütete Forderungen der Vertragsunternehmen rückzuerstatten, eine Jahresgebühr zu leisten und die Kreditkarte bzw. die Kreditkartendaten sorgfältig zu verwenden und zu verwahren³⁰⁹. Die Kreditkartenorganisation ist verpflichtet, den bargeldlosen Dienstleistungs- und Warenbezug bei Vertragsunternehmen zu ermöglichen und den Zahlungsverkehr abzuwi-

³⁰⁰ Vgl. dazu ARTER, Kreditkartenzahlungen, 286 f.

³⁰¹ GIGER, 139 ff.; WÜRSCH, 38 f.; DIETZI, 166 f.

³⁰² Deckungsverhältnis.

³⁰³ BasK-SCHLUEP/AMSTUTZ, N 250 zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR; GIGER, 194 f.; PICHLER, 3235; MEDER, 90; ARTER, Kreditkartenzahlungen, 287.

³⁰⁴ Siehe zu den Innominatkontrakten HONSELL, 413 f.; HUGUENIN, N 1081 ff.; JÄGGI/GAUCH, N 547 ff.; KRAMER/SCHMIDLIN, N 154.

³⁰⁵ Siehe dazu FELLMANN, N 4 ff. zu Art. 397 OR; BasK-WEBER, N 1 ff. zu Art. 397 OR.

³⁰⁶ Ausführlich zum Auftrag insb. FELLMANN, N 4 ff. zu Art. 394 OR; siehe im Weiteren HONSELL, 301 ff.; HUGUENIN, N 523 ff.; BasK-WEBER, N 1 ff. zu Art. 394 OR.

³⁰⁷ Siehe dazu BasK-GONZENBACH, N 3 ff. zu Art. 117 OR; GAUCH/AEPLI, N 4 ff. zu Art. 117 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3236.

³⁰⁸ BasK-SCHLUEP/AMSTUTZ, N 250 zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR; GIGER, 194 f.; ARTER, Kreditkartenzahlungen, 288. Zur Problematik der Qualifikation der übernommenen Geschäftsbesorgung durch die Kreditkartenorganisation als Werkleistung vgl. KÜMPEL, N 4.928.

³⁰⁹ BasK-SCHLUEP/AMSTUTZ, N 256 zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR; GIGER, 143; ARTER, Kreditkartenzahlungen, 288, 294 mit Hinweisen zur Sorgfaltspflicht bei der Verwendung der Kreditkartendaten bei elektronischen Geschäftstransaktionen.

ckeln³¹⁰. Nachfolgend wird einzig auf die Problematik der Sorgfaltspflichten des Karteninhabers näher eingegangen.

Verwendet der Kreditkarteninhaber gegenüber einem Vertragsunternehmen seine Kreditkarte oder die Kreditkartendaten, so handelt es sich hierbei um eine konkretisierende Einzelweisung³¹¹ im Zuge des rahmenvertraglichen Dauerschuldverhältnisses des Kreditkartenemissionsvertrages³¹². Dabei weist der Karteninhaber die Kreditkartenorganisation an, die von ihm gegenüber dem Vertragsunternehmen eingegangene Verpflichtung auf seine Rechnung zu tilgen und die Forderung zu kreditieren, wobei die Einzelweisung zwecks Bezahlung des zwischen Karteninhaber und Vertragsunternehmen im Valutaverhältnis geschlossenen Vertrages erfüllungshalber erfolgt³¹³.

Hierfür steht der Kreditkartenorganisation eine rechtlich als Aufwendungsersatzanspruch³¹⁴ zu qualifizierende Vergütung zu³¹⁵. Die Kreditkartenorganisation ist für sämtliche in Ausführung einer wirksamen Weisung gemachten Auslagen und Verwendungen schadlos zu halten und von Verbindlichkeiten zu befreien³¹⁶. Beweispflichtig für die Erteilung einer rechtsgültigen Weisung des Karteninhabers ist die Kreditkartenorganisation³¹⁷. Wird die Kreditkarte nicht durch den Karteninhaber, sondern durch eine nicht berechtigte Person verwendet, fehlt es an einer rechtsgültigen Weisung³¹⁸. Entsprechend steht der Kreditkartenorganisation kein Aufwendungsersatzanspruch zu³¹⁹.

Ist ein Aufwendungsersatzanspruch der Kreditkartenorganisation gegenüber dem Karteninhaber aufgrund mangelnder Weisung nicht gegeben, so wird sich regelmässig die Frage stellen, ob die Kreditkartenorganisation das Risiko dieses Missbrauches selber zu tragen hat oder ob sie diesen Schaden liquidieren kann. Im Rahmen des Kreditkartenemissionsvertrages ist dabei zu prüfen, ob der Kreditkartenorganisation ein Schadenersatzan-

³¹⁰ BasK-SCHLUEP/AMSTUTZ, N 256 zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR; GIGER, 143.

³¹¹ Art. 397 OR.

³¹² ARTER, Kreditkartenzahlungen, 290; zu Einzelweisungen vgl. BUIS, 45; GUGGENHEIM, 234. Vgl. auch BGE 126 III 20.

³¹³ MEDER, 90 f.; BITTER, 105; ARTER, Kreditkartenzahlungen, 290 f.

³¹⁴ Art. 402 Abs. 1 OR.

³¹⁵ Ausführlich dazu FELLMANN, N 4 ff. zu Art. 402 OR; HUGUENIN, N 584 ff.

³¹⁶ GIGER, 189 f.; MEDER, 91; BasK-WEBER, N 8 zu Art. 402 OR; ARTER, Kreditkartenzahlungen, 291.

³¹⁷ Vgl. KIENHOLZ, 52; vgl. auch Art. 8 ZGB.

³¹⁸ ARTER, Kreditkartenzahlungen, 291.

³¹⁹ Vgl. AG Hamburg-Altona, Urteil vom 28.6.2000, 314A C98/00; LANGENBUCHER, 259; ARTER, Kreditkartenzahlungen, 292; siehe auch BGE 110 II 283.

spruch gegen den Kreditkarteninhaber zusteht. Ein solcher Schadenersatzanspruch kann gegeben sein, wenn der Kreditkarteninhaber Sorgfaltspflichten missachtet, beispielsweise die Kreditkartendaten nicht sorgfältig verwahrt³²⁰ oder diese einem Dritten in missbräuchlicher Weise zugänglich macht³²¹. Bei Verletzung einer Sorgfaltspflicht kann die Kreditkartenorganisation gegenüber dem Karteninhaber ein Schadenersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung³²² geltend machen, sofern dem Karteninhaber ein Verschulden nachzuweisen ist³²³.

Der Kreditkarteninhaber ist als Ausfluss seiner Sorgfaltspflicht gehalten, die Kreditkartendaten sorgfältig zu verwahren und zu verwenden³²⁴. Bei der herkömmlichen Verwendung von Kreditkarten liegt das Verschulden des Kreditkarteninhabers regelmässig darin, dass die Karte nicht sorgfältig verwahrt wurde und damit Dritten zugänglich ist, oder dass bei Abhandenkommen der Kreditkarte keine Sperre bei der Kreditkartenorganisation veranlasst wird. Meistens sehen die AGB der Kreditkartenorganisationen auch in Missbrauchsfällen Haftungsbegrenzungen vor. Allerdings werden diese nur wirksam, wenn der Kreditkarteninhaber seine Sorgfaltspflichten erfüllt.

Bei elektronischen Geschäftstransaktionen hat die Kreditkarte an sich keine Bedeutung, denn übermittelt werden lediglich Kreditkarteninformationen. Die Übertragung von Kreditkartendaten, Verfalldatum und dem

³²⁰ Zur Sorgfaltspflicht bei der Verwendung von Kartendaten vgl. ARTER, Kreditkartenzahlungen, 294.

³²¹ BOHNET, 271. Vgl. zur Beweislastproblematik und zum Missbrauch von Codes im Bereich der EC-Karte STRUBE, 1210 ff.; OLG Frankfurt, Urteil vom 7.12.2001, 24 U 188/99, abgedruckt in WM 2002, 1055; AG Hohenschönhausen, Urteil vom 9.5.2001, 11 C 430/99, abgedruckt in WM 2002, 1057; AG Nürnberg, Urteil vom 30.1.2002, 31 C 9097/01, abgedruckt in WM 2002, 1060. Allg. zu elektronischen Zahlungssystemen etwa BRUNS, 19 ff.; BUCHER, Risiko, 97; WEBER, Haftung, 85 ff. Im Bereich Kreditkartenverträge vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 11.4.2001, 7 U 18/00.

³²² Zum Begriff der positiven Vertragsverletzung siehe GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 2603 ff.; WIEGAND, N 2, N 7, N 25 und N 32 ff. zu Art. 97 OR.

³²³ Vgl. etwa LG Berlin, Urteil vom 16.11.1998, 51 S 292/98, abgedruckt in WM 1999, 1921 f.; LG Bonn, Urteil vom 16.6.1999, 5 S 41/99, abgedruckt in WM 1999, 1921 f.; BOHNET, 271; LANGENBUCHER, 259.

³²⁴ BOHNET, 271. Zur deutschen Rechtsprechung im Bereich ec-Karten und der daraus resultierenden Kontroverse bezüglich der Verwahrung von PIN-Codes bzw. des ersten Anscheines bei Verwendung des richtigen PIN durch eine unberechtigte Person jüngstens beispielsweise OLG Frankfurt, Urteil vom 7.12.2001, 24 U 188/99, abgedruckt in WM 2002, 1055; AG Hohenschönhausen, Urteil vom 9.5.2001, 11 C 430/99, abgedruckt in WM 2002, 1057; AG Nürnberg, Urteil vom 30.1.2002, 31 C 9097/01, abgedruckt in WM 2002, 1060.

CVC-Code, auch über eine ungesicherte Internet-Verbindung, stellt für sich allein genommen kein sorgfaltspflichtwidriges Verhalten des Karteninhabers dar, denn dieser ist nicht verpflichtet, Kartennummer oder Verfalldatum geheim zu halten, weil diese Daten auch bei herkömmlicher Verwendung in Geschäften einer Vielzahl von Drittpersonen bekannt gemacht werden und im Rahmen des Bezahlvorgangs, beispielsweise den Mitarbeitern des Vertragsunternehmens, zur Kenntnis gebracht werden³²⁵.

Schwieriger ist die Situation, wenn Legitimationsmittel, beispielsweise Codes, verwendet werden. Grundsätzlich lässt das schweizerische Recht die parteiautonome Risikovertteilung mittels vertraglich festgelegten Legitimationsordnungen zu³²⁶. Vertragliche Legitimationsordnungen sehen regelmässig vor, dass eine Leistung an eine berechnigte Person erfolgt, wenn sich diese durch die Verwendung des vereinbarten Legitimationsmittels legitimiert. Solche Legitimationsordnungen sind nicht unproblematisch und unterliegen den allgemeinen Grenzen der Beschränkung der Sorgfaltspflicht des Beauftragten an sich. Des Weiteren sind vertragliche Legitimationsordnungen regelmässig in AGBs vereinbart, weshalb sie auch mit den Mitteln der AGB-Kontrolle überprüft werden können³²⁷.

3.3.2.3 *Akquisitionsvertrag*

Die Qualifikation des Akquisitionsvertrages ist umstritten. Nach einer Meinung handelt es sich um einen Vertrag zu Gunsten Dritter³²⁸, welcher innominatrechtliche Komponenten enthält, nach anderer Meinung um einen atypischen Mäklervvertrag³²⁹. Das Vertragsunternehmen ist verpflichtet, seine Zahlungsansprüche gegen den Karteninhaber an die Kreditkartenorganisation „abzutreten“³³⁰. Des Weiteren hat das Vertragsunternehmen alle Karteninhaber hinsichtlich Entgelt und Konditionen gleich zu be-

³²⁵ So auch PICHLER, 3236, und LANGENBUCHER, 265.

³²⁶ Vgl. etwa BGE 108 II 314; BGE 109 II 116; BGE 122 III 27.

³²⁷ Vgl. grundlegend STEINMANN, 177 ff.; WEBER, Banken, 157 ff.; BUCHER, Risiko, 103; BUCHER, Belastung, 44 ff.

³²⁸ Zum Begriff siehe GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3997 ff.; BasK-GONZENBACH, N 1 ff. zu Art. 112 OR; BeK-WEBER, N 4 ff. zu Art. 112 OR.

³²⁹ BasK-SCHLUEP/AMSTUTZ, N 250 zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR; vgl. auch GIGER, 200 ff.

³³⁰ ARTER, Kreditkartenzahlungen, 269; BasK-SCHLUEP/AMSTUTZ, N 255 zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR; GIGER, 143 ff.

handeln wie die übrigen Kunden³³¹. Schliesslich hat das Vertragsunternehmen eine Provision an die Kreditkartenorganisation auf die mit den Karteninhabern getätigten Umsätze zu leisten³³². Die Kreditkartenorganisation ist verpflichtet, die generierten Zahlungsvorgänge abzuwickeln und an das Vertragsunternehmen anhand von eingereichten Rechnungsbelegen eine Vergütung zu leisten³³³. Zudem hat die Kreditkartenorganisation Werbemassnahmen zu treffen und die einzelnen Vertragsunternehmen in Verzeichnissen aufzuführen³³⁴. Nicht eingetreten wird an dieser Stelle auf die kontrovers diskutierte Frage, wie der Zahlungsanspruch des Vertragsunternehmens gegenüber der Kreditkartenorganisation zu qualifizieren ist³³⁵.

3.4 click&buy

3.4.1 Funktionsweise

Das Bezahlssystem „click&buy“ wird in der Schweiz von swisscom fixnet³³⁶ angeboten. Wesensmerkmal von „click&buy“ ist die einmalige, vorgängige Registrierung des Kunden auf einer entsprechenden Website, unter Eingabe persönlicher Informationen und gewünschter Bezahloption beim Bezug von Waren oder Dienstleistungen bei Vertragspartnern, und die spätere Bezahlung bei Vertragsunternehmen mittels Benutzername und Passwort³³⁷.

³³¹ ARTER, Kreditkartenzahlungen, 269; BasK-SCHLUEP/AMSTUTZ, N 255 zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR; GIGER, 143 ff.; Vgl. zu den sogenannten NDR-Klauseln („No discrimination rule“) die Untersuchung der Wettbewerbskommission in RPW 2003, 106 ff., welche festgehalten hat, dass es sich beim Verbot der Preisdifferenzierung nach Art des Zahlungsmittels um eine unangemessene Geschäftsbedingung handelt, welche sich rechtlich nicht rechtfertigen lässt, und die Acquiring-Unternehmen der Kreditkartenbranche damit ihre kollektiv marktbeherrschende Stellung missbrauchen. Entsprechend wurde es den Acquirern untersagt, das Verbot der Preisdifferenzierung nach Art des Zahlungsmittels bzw. nach Kreditkartensystem in den bestehenden Handelsverträgen durchzusetzen, in neuen Vertragsbestimmungen einzuführen oder anderweitig von den Vertragsunternehmen zu erzwingen. Gegen diesen Entscheid haben diverse Unternehmen bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen eine Verwaltungsbeschwerde eingereicht.

³³² ARTER, Kreditkartenzahlungen, 269; BasK-SCHLUEP/AMSTUTZ, N 255 zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR; GIGER, 143 ff.

³³³ ARTER, Kreditkartenzahlungen, 269.

³³⁴ ARTER, Kreditkartenzahlungen, 267.

³³⁵ Vgl. dazu ausführlich ARTER, Kreditkartenzahlungen, 297 ff.

³³⁶ Vgl. www.swisscom-fixnet.ch/clickandbuy.

³³⁷ DANNENBERG/ULRICH, 185 ff.

3.4.2 Registrierung

Nachfolgend wird kurz die kostenlose Registrierung³³⁸ bei swisscom fixnet „click&buy“ dargestellt³³⁹. Bei der Kundenregistrierung hat der Kunde in einem ersten Schritt in einer Eingabemaske das Land der Registration und die gewünschte Sprache zu wählen und seine vollständige Wohnsitzadresse, Geburtsdatum und E-Mail-Adresse bekannt zu geben³⁴⁰. Die E-Mail-Adresse dient gleichzeitig als Benutzername³⁴¹. Schliesslich hat der Kunde ein mindestens sechsstelliges Kennwort³⁴² zu wählen³⁴³. Zudem kann der Kunde eine sogenannte Sicherheitsfrage und eine geheime Antwort wählen, welche dann benötigt wird, wenn das Kennwort vergessen wird³⁴⁴.

In einem zweiten Schritt hat der Kunde die Bezahloption für spätere Transaktionen zu wählen: Diese sind entweder die Swisscom Fixnet Telefonnummer oder eine Kreditkarte; entsprechend hat der Kunde diese Daten in einer Eingabemaske anzugeben³⁴⁵.

In einem dritten Schritt hat der Kunde, sofern er die Swisscom Fixnet Rechnung als Zahlungsmittel gewählt hat, diese zu bestätigen, indem er vom entsprechenden Telefonanschluss aus eine Gratisnummer wählt³⁴⁶. Sowohl bei der Wahl der Bezahlungsoption Telefonrechnung als auch Kreditkarte kann anschliessend die Registrierung abgeschlossen werden, und die Zugangsdaten (E-Mail und Kundennummer) werden dem Kunden zur Kontrolle per E-Mail bestätigt³⁴⁷.

³³⁸ Vgl. Art. 2 swisscom fixnet, Allgemeine Geschäftsbedingungen click&buy.

³³⁹ Vgl. auch swisscom fixnet, click&buy: Hilfe für den Kunden, 1 ff.

³⁴⁰ swisscom fixnet, click&buy: Hilfe für den Kunden, 1; Art. 3 swisscom fixnet, Allgemeine Geschäftsbedingungen click&buy.

³⁴¹ Sog. Username, vgl. Art. 5 swisscom fixnet, Allgemeine Geschäftsbedingungen click&buy; swisscom fixnet, click&buy: Hilfe für den Kunden, 1.

³⁴² D.h. Passwort. Vgl. Art. 5 swisscom fixnet, Allgemeine Geschäftsbedingungen click&buy.

³⁴³ Art. 2 swisscom fixnet, Allgemeine Geschäftsbedingungen click&buy; swisscom fixnet, click&buy: Hilfe für den Kunden, 1.

³⁴⁴ swisscom fixnet, click&buy: Hilfe für den Kunden, 2.

³⁴⁵ swisscom fixnet, click&buy: Hilfe für den Kunden, 2.

³⁴⁶ swisscom fixnet, click&buy: Hilfe für den Kunden, 2.

³⁴⁷ swisscom fixnet, click&buy: Hilfe für den Kunden, 2.

3.4.3 Einzelne Bezahlvorgänge

Will ein Kunde nun auf einer Website eines bei „click&buy“ angeschlossenen Partnerunternehmens eine Ware erwerben oder eine Dienstleistung beziehen, so hat er für den Bezahlvorgang den entsprechenden „click&buy“-Button anzuklicken³⁴⁸. Dabei öffnet sich ein neues Pop-Up-Fenster, die sogenannte Bezahlseite³⁴⁹. Der Kunde hat seinen Benutzernamen und sein Kennwort einzugeben³⁵⁰. Die Bezahlseite zeigt Informationen über den Anbieter und dessen Angebot sowie den Preis an³⁵¹. Klickt der Kunde den Button „Akzeptieren“ an, so wird das Angebot freigeschaltet und der Abruf im Benutzerkonto gebucht³⁵². Zwecks vollständiger Kostenkontrolle der einzelnen Bezahlvorgänge wird die Inanspruchnahme kostenpflichtiger Dienste protokolliert³⁵³. Die endgültige Abrechnung erfolgt am Monatsende, je nach der gewählten Bezahloption mittels Telefonrechnung oder über die Kreditkartenrechnung³⁵⁴.

3.4.4 Abrechnungsvarianten für den Anbieter

Für den Anbieter besteht die Möglichkeit der Inanspruchnahme diverser Abrechnungsvarianten, beispielsweise Pay-per-Click, Pay-per-Minute, Online-Abonnemente oder Pay-per-Stream³⁵⁵.

3.4.5 Wesentliche Bestimmungen der Kunden-AGB

3.4.5.1 Pflichten des Kunden

Wie bei Bezahlvorgängen mittels der Verwendung von Kenn- und Passwörtern üblich, sehen die AGB vor, dass der Kunde das click&buy-Passwort sorgfältig aufzubewahren hat, damit unberechtigte Drittpersonen da-

³⁴⁸ Art. 3 swisscom fixnet, Allgemeine Geschäftsbedingungen click&buy.

³⁴⁹ swisscom fixnet, click&buy: Hilfe für den Kunden, 11.

³⁵⁰ Art. 3 swisscom fixnet, Allgemeine Geschäftsbedingungen click&buy; swisscom fixnet, click&buy: Hilfe für den Kunden, 11.

³⁵¹ swisscom fixnet, click&buy: Hilfe für den Kunden, 11.

³⁵² swisscom fixnet, click&buy: Hilfe für den Kunden, 11.

³⁵³ Art. 3 swisscom fixnet, Allgemeine Geschäftsbedingungen click&buy.

³⁵⁴ Art. 3 swisscom fixnet, Allgemeine Geschäftsbedingungen click&buy.

³⁵⁵ DANNENBERG/ULRICH, 188. Als Schutz für den Kunden bestehen diverse Optionen, beispielsweise der Definition eines sog. Surf-Limits, mittels welchem der Kunde festlegen kann, dass nur ein maximaler Geldbetrag ausgegeben werden kann oder dass jugendgefährdende Angebote gesperrt werden.

von keine Kenntnis erhalten³⁵⁶. Bei einem Missbrauch oder Verlust dieser Angaben oder einem entsprechenden Verdacht hat der Kunde den Kundendienst zu informieren³⁵⁷. Der Kunde hat aus solchen Pflichtverletzungen resultierende Schaden der Swisscom Fixnet zu ersetzen und sie von allen Nachteilen freizustellen, die durch seine schädigenden Handlungen entstehen³⁵⁸.

3.4.5.2 *Unautorisierte und missbräuchliche Nutzung*

Der Kunde trägt das Risiko des Verlustes seines Passwortes sowie das Risiko des unberechtigten Leistungsbezugs mittels click&buy durch Drittpersonen³⁵⁹. Der Kunde hat zur Kenntnis zu nehmen, dass Swisscom Fixnet sämtliche Zahlungsvorgänge ausführt, die durch Eingabe des richtigen Kennwortes und des richtigen Passwortes ausgelöst sind³⁶⁰.

3.4.6 **Rechtliches**

Bei click&buy handelt es sich um ein Inkassosystem. Das Rechnungungsverfahren erfolgt zweistufig: In einem ersten Schritt erfolgt nur die Buchung einer Transaktion im Buchungssystem, während in einem zweiten Schritt die abschliessende Bezahlung erfolgt und den Kunden die gesammelten, verbuchten Transaktionen in Rechnung gestellt werden. Die Begleichung der Rechnung erfolgt – je nach gewählter Bezahloption – mittels Kreditkarte oder über die Telefonrechnung. Entsprechend kommen für die Buchung einer Transaktion und deren Zurechnung zum Kunden die Kunden-AGB click&buy zur Anwendung, währenddessen für die Zahlungspflicht die einschlägigen Bestimmungen der Kreditkartenorganisation oder des Telefondienstanbieters anwendbar sind.

Im Verhältnis zwischen dem Kunden und swisscom fixnet „click&buy“ ist die Bestimmung zentral, dass der Kunde das Risiko des Verlustes des Passwortes sowie das Risiko des unberechtigten Leistungsbezugs

³⁵⁶ Art. 5 swisscom fixnet, Allgemeine Geschäftsbedingungen click&buy.

³⁵⁷ Art. 5 swisscom fixnet, Allgemeine Geschäftsbedingungen click&buy.

³⁵⁸ Art. 5 swisscom fixnet, Allgemeine Geschäftsbedingungen click&buy.

³⁵⁹ Art. 6 swisscom fixnet, Allgemeine Geschäftsbedingungen click&buy.

³⁶⁰ Art. 6 swisscom fixnet, Allgemeine Geschäftsbedingungen click&buy.

trägt³⁶¹. Nach der herrschenden Rechtsauffassung ist diese Art der Risikoverlagerung zulässig³⁶².

3.5 Easyp@y

3.5.1 Funktionsweise

Bei Easyp@y handelt es sich um ein vorausbezahltes Bezahlverfahren, welches auf sogenannten Scratch-Cards³⁶³ beruht und derzeit ebenfalls von Swisscom fixnet angeboten wird. Scratch-Cards gehören zu den atypischen vorausbezahlten Zahlungsinstrumenten, da sie weder auf der Grundlage von Smart Cards noch softwarebasierten elektronischen Münzen basieren, sondern der Gruppe der virtuellen Konten zuzuordnen sind³⁶⁴.

Scratch-Cards sind physische Plastikkarten, welche zu unterschiedlichen Werten erworben werden können. Der Erwerbspreis der Easyp@y-Karte repräsentiert ein Guthaben. Dieses Guthaben ist einem PIN-Code zugeordnet. Der PIN-Code befindet sich auf der Scratch-Card. Bereits beim Erwerb der Karte ist dieses Guthaben beim Ausgeber der Karte freigeschaltet.

Beim Erwerb der Karte ist der 12stellige-PIN-Code noch verdeckt, kann aber nach Erwerb der Karte freigerubbelt und anschliessend bei elektronischen Bezahlvorgängen verwendet werden³⁶⁵.

Eine Qualifikation solcher Systeme als elektronisches Geld scheidet aus, weil keine Werteinheiten auf der Karte selbst gespeichert werden³⁶⁶. Vielmehr ist der Easyp@y-Karte direkt ein Guthaben zugeordnet.

3.5.2 Einzelne Bezahlvorgänge

Will der Kunde auf der Website eines Vertragsunternehmens einen Zahlungsvorgang auslösen, so hat er für den Bezahlvorgang den entsprechenden „Easyp@y“-Button anzuklicken, worauf sich ein entsprechendes Pop-

³⁶¹ Art. 6 swisscom fixnet, Allgemeine Geschäftsbedingungen click&buy.

³⁶² Vgl. dazu Ziff. 3.1 m.w.H.

³⁶³ Es existiert auch eine Variante eines Prepaidtickets. Vgl. Art. 1 swisscom fixnet, Allgemeine Geschäftsbedingungen Easyp@y.

³⁶⁴ DANNENBERG/ULRICH, 157.

³⁶⁵ NEUMANN, 342.

³⁶⁶ NEUMANN, 342.

Up-Fenster öffnet, in welches der Kunde den PIN-Code einzugeben hat³⁶⁷. Das Guthaben wird durch den Server des Zahlungsdiensteanbieters überprüft und dem Vertragsunternehmen wird eine Bestätigung oder Ablehnung der Zahlung übermittelt. Nach der Auslösung des Bezahlvorganges kann der Kunde Dienstleistungen des Vertragsunternehmens nutzen. Reicht das Guthaben auf einer „Easyp@y“-Karte nicht aus, so können mehrere Karten für einen Bezahlvorgang verwendet werden. Einmal getätigte Bezahlvorgänge können nicht rückgängig gemacht werden. Bei der Abrechnung der Forderung des Vertragsunternehmens wird das der Karte zugeordnete Guthaben belastet³⁶⁸. In der Praxis bestehen mehrere Abrechnungsvarianten – verbreitet ist die sofortige Guthabensüberweisung auf ein Verrechnungskonto des Vertragsunternehmens oder eine spätere Sammeltransaktion.

Das System ist relativ sicher, da die Datenübertragung des PIN-Codes mit SSL verschlüsselt werden kann, der Payment Server und das Vertragsunternehmen zertifiziert sind und mit der Passwort-Sicherung ein Mindestmass an Authentizität gewährleistet ist³⁶⁹. Zudem beläuft sich das maximale Missbrauchsrisiko auf den Geldwert der erworbenen „Easyp@y“-Karte³⁷⁰.

3.5.3 Wesentliche Bestimmungen der Kunden-AGB

3.5.3.1 Pflichten der Easyp@y-Inhaber

Easyp@y-Inhaber haben u.a. die Easyp@y-Karte und den darauf enthaltenen PIN-Code sorgfältig aufzubewahren, damit unberechtigte Drittpersonen davon keine Kenntnis erhalten können³⁷¹.

Zudem hat der Easyp@y-Inhaber, sofern er mit Leistungen des Vertragsunternehmens nicht zufrieden ist, sich direkt an diesen zu wenden, da eine Rückerstattung für das Entgelt für die Gegenleistung des Vertragsunternehmens durch swisscom fixnet ausgeschlossen ist³⁷².

³⁶⁷ Art. 3 swisscom fixnet, Allgemeine Geschäftsbedingungen Easyp@y.

³⁶⁸ NEUMANN, 342.

³⁶⁹ DANNENBERG/ULRICH, 159.

³⁷⁰ Art. 3 swisscom fixnet, Allgemeine Geschäftsbedingungen Easyp@y.

³⁷¹ Art. 3 swisscom fixnet, Allgemeine Geschäftsbedingungen Easyp@y.

³⁷² Art. 3 swisscom fixnet, Allgemeine Geschäftsbedingungen Easyp@y.

3.5.3.2 Gewährleistung und Haftung

Die Gewährleistungs- und Haftungsbestimmungen der Kunden-AGB sind von untergeordneter Bedeutung, da die Bestimmungen über die Pflichten der Easyp@y-Inhaber die wesentlichen Sorgfaltspflichten enthalten.

3.5.4 Rechtliches

Wie schon bei swisscom fixnet „click&buy“ findet sich eine beinahe gleichlautende Bestimmung hinsichtlich der Risikotragung bei unautorisierter oder missbräuchlicher Nutzung: Der Easyp@y-Inhaber trägt das Risiko des Verlustes der Karte oder der Easyp@y-Nummer bei der unberechtigten Verwendung durch Drittpersonen. Nach der herrschenden Rechtsauffassung kann eine solche Bestimmung rechtsgültig zwischen den Parteien vereinbart werden.

4. Abschliessende Bemerkungen

Elektronische Geschäftstransaktionen sind heute bereits selbstverständlich geworden. Etwas grösser ist bis anhin die Unsicherheit bei elektronischen Bezahlvorgängen. Es ist zu erwarten, dass in absehbarer Zeit Kreditkartentransaktionen auf eine neue tatsächliche und rechtliche Grundlage gestellt werden. Ebenso werden sich – wenn auch anfänglich noch verhalten – für bestimmte Bezahlvorgänge neue Zahlungsmechanismen durchsetzen. Schliesslich ist mittelfristig mit neuen Zahlungsmechanismen unter Nutzung mobiler Endgeräte zu rechnen.

Damit dürfte der Schweizerische Gesetzgeber nicht umherkommen, sich mit Bezahlmechanismen – sowohl aus aufsichtsrechtlicher als auch vertragsrechtlicher Sicht – zu befassen. Der heutige aufsichtsrechtliche Rahmen ist wenig durchdacht. Und unter vertragsrechtlichen Gesichtspunkten sind zudem die Konsumentenrechte zu stärken.

Literaturverzeichnis

- AGNEW, GORDON: Secure Electronic Transactions: Overview, Capabilities, and Current Status, in: KOU, WEIDONG (Hrsg.): Payment Technologies for E-Commerce, Berlin/Heidelberg/New York et al. 2003, 211.
- ARTER, OLIVER (Kreditkartenzahlungen): Kreditkartenzahlungen im Fernabsatz, in: JÖRG, FLORIAN S./ARTER, OLIVER (Hrsg.): Internet-Recht und Electronic Commerce Law, 2. Tagungsband, Bern 2003, 267.
- ARTER, OLIVER (E-Banking): Aufsichts- und vertragsrechtliche Aspekte von E-Banking und E-Brokerage, in: ARTER, OLIVER/JÖRG, FLORIAN S. (Hrsg.): Internet-Recht und Electronic Commerce Law, 3. Tagungsband, Bern 2003, 21.
- ARTER, OLIVER (Dialer): Vertragsrechtliche Probleme bei Dialern – zugleich ein Beitrag zu Telefondienstverträgen, recht 2004, 42.
- ARTER, OLIVER/JÖRG, FLORIAN S. (Rückbelastungsklauseln): Rückbelastungsklauseln bei Kreditkartenverträgen im E-Commerce, SJZ 2003, 25.
- ARTER, OLIVER/JÖRG FLORIAN S. (Kreditkartenverträge): Kreditkartenverträge – unter besonderer Berücksichtigung von Rückbelastungsklauseln, AJP 2004, 425.
- BAUDENBACHER, CARL (AGB-Kontrolle): AGB-Kontrolle: Aus dem Westen nichts Neues, SZW 1996, 83.
- BAUDENBACHER, CARL (UWG): Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel/Genf/München 2001.
- BELSER, EVA-MARIA: Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit. Ein Kommentar zum deutschen Bürgschaftsbeschluss und zum Stand der richterlichen Inhaltskontrolle in der Schweiz, AJP 1998, 438.
- VON BERNSTORFF, CHRISTOPH: Ausgewählte Rechtsprobleme im Electronic Commerce, RIW 2000, 15.
- BITTER, GEORG: Kreditkarten: Risikoverteilung bei Mängeln des Valutaverhältnisses, ZBB 1996.
- BLAUROCK, UWE/MÜNCH, FRED: Elektronisches Geld und Stored Value Cards, K&R 2000, 97, 103.
- BÖHM-RUPPRECHT, STEFFEN: Cybermoney – Die rechtliche Struktur von Zahlungen im Internet, Eine Untersuchung der Zahlungssysteme eCash und Milicent, Hamburg 2003.
- BOHNET, FRANÇOIS: The Liability of the Holder of a Credit Card for Unauthorized Purchases under Swiss Law: Shall we Follow the American Model?, SZW 2000, 271.
- BRUNNER, ALEXANDER: Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, ZSR I (1999), 327.
- BRUNS, PATRICK: Beweislastverteilung bei missbräuchlicher Nutzung elektronischer Zahlungssysteme, MMR 1999, 19.
- BUCHER, EUGEN (Risiko): Wer haftet wem?, Zum Problem der Tragung des Risikos betrügerisch veranlasster Bankvergütungen, recht 1984, 97.
- BUCHER, EUGEN (BT): Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1988.
- BUCHER, EUGEN (Belastung): Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrissen im Bankverkehr?, Ein weiteres Mal Bemerkungen zu den AGB der Banken, recht 1997, 41.
- VON BÜREN, BRUNO: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972.

- BUIS, ERIC: Die Banküberweisung und der Bereicherungsausgleich bei fehlgeschlagenen Banküberweisungen, Zürich 2001.
- VON DER CRONE, HANS C.: Rechtliche Aspekte der direkten Zahlung mit elektronischer Überweisung (EFTPOS), Zürich 1988.
- DANNENBERG, MARIUS/ULRICH, ANJA: E-Payment und E-Billing, elektronische Bezahlssysteme für Mobilfunk und Internet, Wiesbaden 2004.
- DEMME, ANNETTE/SKROBATZ, JAN: Rechtsfragen der Nutzung von Premiumrate-Diensten (0190er Nummern), CR 1999, 561.
- DIETZI, HANSPETER: Zahlungsverkehr, in: WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.): Rechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs, Berner Bankrechtstag, Band 7, Bern 2000, 166 f.
- VON DÜCKER, HANS-GERD: Erfüllung einer Geldschuld durch Banküberweisung, WM 1999, 1257.
- EMCH, URS/RENZ, HUGO/ARPAGAU, RETO: Das Schweizerische Bankgeschäft, Zürich/Basel/Genf 2004.
- ESCHER, MARKUS (Bankrechtsfragen): Bankrechtsfragen des elektronischen Geldes im Internet, WM 1997, 1173.
- ESCHER, MARKUS (Rahmenbedingungen): Bankaufsichtsrechtliche Rahmenbedingungen des elektronischen Geldes, in: LANGENBUCHER, KATJA/GÖSSMANN, WOLFGANG/ WERNER, STEFAN (Hrsg.): Zahlungsverkehr, Handbuch zum Recht der Überweisung, Lastschrift, Kreditkarte und der elektronischen Zahlungsformen, München 2004, 223.
- FAIVRE, SIMON: Der Telekommunikationsvertrag, Bern 2005.
- FELLMANN, WALTER: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992.
- FISCHER, PETER R./SIDLER, OLIVER: Fernmelderecht, in: WEBER, ROLF H. (Hrsg.): Informations- und Kommunikationsrecht, in: KOLLER/MÜLLER/RHINOW/ZIMMERLI (Hrsg.): Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band V, Basel 2003, 116.
- FLUHME, HANS: Pay by call, CR 2003, 103.
- FURCHE, ANDREAS/WRIGHTSON, GRAHAM: Computer Money, Zahlungssysteme im Internet, Heidelberg 1996.
- FURRER, STEPHAN: Aktuelle Fragen des Konsumentenschutzes im Versicherungsrecht, HAVE 2002, 3.
- GAUCH, PETER/AEPLI, VIKTOR: Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Teilband V 1h, Das Erlöschen der Obligation, Art. 114-126 OR, Zürich 1991.
- GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER R./SCHMID, JÖRG/REY, HEINZ: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Band II, Zürich 2003.
- GAUTSCHI, GEORG (BK-GAUTSCHI): Berner Kommentar, Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Bern 1962.
- GEURTS, MATTHIAS: Zahlungssysteme, in: KAMINSKI, BERT/HESSLER, THOMAS/KOLASCHNIK, HELGE F./PAPATHOMA-BAETGE, ANASTASIA (Hrsg.): Rechtshandbuch E-Business, Rechtliche Rahmenbedingungen für Geschäfte im Internet, Neuwied/Kriftel 2002, 1049.
- GIAVANOLI, MARIO: Virtuelles Geld und globaler Finanzmarkt: Herausforderungen für den Juristen an der Schwelle des dritten Jahrtausends, SZW 1999, 125.
- GIGER, HANS: Kreditkartensysteme, Zürich 1985.
- GRAF VON WESTPHALEN, FRIEDRICH/GROTE, ELISABETH/POHLE, JAN: Der Telefondienstvertrag, Heidelberg 2001.

- GRAMLICH, LUDWIG: Elektronisches Geld, Gefahr für die Geldpolitik und Währungshoheit?, CR 1997, 11.
- GRONER, ROGER: Wirtschaftliche Argumentation des Bundesgerichtes, „Economy is the art of making the most of life“, SJZ 1998, 457.
- GUGGENHEIM, DANIEL: Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, Zürich 1986.
- GUHL, THEO (GUHL/BEARBEITER): Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechtes, Zürich 2000.
- HAHN, ANNE-CATHERINE: Vertragsschluss im Internet: Ausgewählte Fragen, in: HOEREN, THOMAS/QUECK, ROBERT (Hrsg.): Rechtsfragen der Informationsgesellschaft, Berlin 1999, 151.
- HÄRTING, NIKO: recht der mehrwertdienste – 0190/0900 –, Köln 2004.
- HEERMANN, PETER W.: Geld und Geldgeschäft, Tübingen 2003, 11.
- HESS, MARTIN: Rechtliche Aspekte der Banküberweisung unter besonderer Berücksichtigung des Interbankzahlungsverkehrssystems Swiss Interbank Clearing (SIC), SZW 1991, 101.
- HLADIK, JÖRG: E-Geld auf dem Vormarsch, Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischen Geldes, MMR 2001, 731.
- HOEREN, THOMAS: Der virtuelle Yeti – Probleme eines europäischen Internet-Verbraucherschutzrechtes, in: WEBER, ROLF H./HILTY, RETO M./AUF DER MAUR, ROLF (Hrsg.): Geschäftsplattform Internet, Zürich 2000, 286.
- HOFFMANN, JOCHEN: Der unerklärliche Einwendungsverlust bei Gebühren für Telefon-Mehrwertdienste, ZIP 2002, 1705.
- HONSELL, HEINRICH: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern 2003.
- HONSELL, HEINRICH/PIETRUSZAK, THOMAS: Der Vernehmlassungsentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, AJP 2001, 771.
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basel/Genf/München 2003.
- HUANG, ZHENG/ZHENG, DONG/LI, ZICHEN/KOU, WEIDONG: Industrial E-Payment Systems and Solutions, in: KOU, WEIDONG (Hrsg.): Payment Technologies for E-Commerce, Berlin/Heidelberg/New York et al. 2003, 283 ff.
- HUGUENIN, CLAIRE: Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 2002.
- HUNGER, PATRICK: Die Begründung der Geschäftsverbindung im Internet, Zürich 2000.
- JÄGGI, PETER/GAUCH, PETER: Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Teilband V 1b, Kommentar zu Art. 18 OR, Zürich 1980.
- JÖRG, FLORIAN S./ARTER, OLIVER: Ein kritischer Blick auf den Entwurf zum Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, AJP 2002, 169.
- KIENHOLZ, GERFRIED: Die Zahlung mit Kreditkarte im Nah- und Fernabsatz, München 2000.
- KLEES, ANDREAS: Vertragsverhältnisse bei der Nutzung von Mehrwertdienstnummern, CR 2003, 331.
- KOCH, CHRISTIAN/VOGEL, HANS-GERD: Grundlagen des Online-/Internet-Banking, in: LANGENBUCHER, KATJA/GÖSSMANN, WOLFGANG/WERNER, STEFAN (Hrsg.): Zahlungsverkehr, Handbuch zum Recht der Überweisung, Lastschrift, Kreditkarte und der elektronischen Zahlungsformen, München 2004, 203.
- KOLLER, ALFRED (OR): Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil. Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, Bern 1996.
- KOLLER, ALFRED (BeK-KOLLER): Berner Kommentar, Der Werkvertrag, Bern 1998.

- KOLLER, THOMAS: Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – dargestellt anhand einer Deckungsausschlussklausel in der Betriebshaftpflichtversicherung, recht 1999, 47.
- KOLLER, THOMAS/KISSLING, CHRISTA: Anweisung und Dokumentenakkreditiv im Zahlungsverkehr, in: WIEGAND, WOLFGANG: Rechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs, Berner Bankrechtstag, Band 7, Bern 2000, 23.
- KOLLER-TUMLER, MARLIS: E-Banking und Konsumentenschutz, in: WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.): E-Banking, rechtliche Grundlagen, Berner Bankenrechtstag, Band 8, Bern 2002, 167.
- KÖNDGEN, JOHANNES: Bereicherungsansprüche im bargeldlosen Zahlungsverkehr, SZW 1996, 30.
- KOOS, STEFAN: Ausgewählte Aspekte des rechtlichen Schutzes gegen ungewollte Netzeinwahl durch Dialer, K&R 2002, 617, 618.
- KOU, WEIDONG: Wireless Infrastructure, in: KOU, WEIDONG (Hrsg.): Payment Technologies for E-Commerce, Berlin/Heidelberg/New York et al. 2003, 127.
- KOU, WEIDONG/POON, SIMPSON/KNORR, EDWIN M.: Smart Cards and Applications, in: KOU, WEIDONG (Hrsg.): Payment Technologies for E-Commerce, Berlin/Heidelberg/New York et al. 2003, 95.
- KRAMER, ERNST A./SCHMIDLIN, BRUNO: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986.
- KÜMPEL, SIEGFRIED: Bank- und Kapitalmarktrecht, Köln 2004.
- KUNZ, MICHAEL: Öffentlichrechtliche Rahmenbedingungen für die Ausgabe von Prepaid-Bezahlkarten zur Bezahlung im Internet, Ein Überblick über die aktuelle Rechtslage in der Schweiz, in: Jusletter vom 8. November 2004.
- LANGENBUCHER, KATJA: Die Risikoordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr, München 2001.
- LANGER, DIRK: Verträge mit Privatkunden im Internet, Zürich 2003.
- LAUKTIEN, ANNETTE-TABEA/VARADINEK, BRIGITTA: Der Vertragsabschluss im Internet, ZUM 2000, 467.
- LEONTI, WOLFGANG C.: Wie kann man gegen illegale Dialer vorgehen?, ITRB 2002, 242.
- LOEWENHEIM, ULRICH/KOCH, FRANK A.: Praxis des Online-Rechts, Weinheim 1998.
- MANKOWSKI, PETER: Anmerkung zu OLG Hamm vom 5.11.2002, CR 2003, 264.
- MARRA, ANDREAS: Das Handy als Shoppingcenter: Mit dem Mobiltelefon einkaufen und bezahlen, in: TEICHMANN, RENÉ/LEHNER, FRANZ (Hrsg.): Mobile Commerce, Strategien, Geschäftsmodelle, Fallstudien, Berlin/Heidelberg/New York et al. 2002, 144.
- MEDER, STEPHAN: Kreditkartenmissbrauch: Die Verteilung des Haftungsrisikos im Telephone-Order, Mail-Order- und Internet-Verfahren, ZBB 2000, 90.
- MEENTS, JAN GEERT: Verbraucherschutz bei Rechtsgeschäften im Internet, Köln 1998.
- MION, THEODOR: Replik zum Beitrag von PD Dr. Felix Schöbi „Was können Verträge“, Jusletter vom 10. November 2003.
- MÜLLER, LORENZ: Elektronisches Geld, Baden-Baden 2002.
- NESTLÉ, BARBARA M.: Die Übernahme allgemeiner Geschäftsbedingungen bei Internetangeboten (nach schweizerischem, europäischem und amerikanischem Konsumentenschutzrecht), in: WEBER, ROLF H./HILTY, RETO M./AUF DER MAUR, ROLF (Hrsg.): Geschäftsplattform Internet, Zürich 2000.
- NEUMANN, DANIA: Elektronisches Geld, in: LANGENBUCHER, KATJA/GÖSSMANN, WOLFGANG/WERNER, STEFAN (Hrsg.): Zahlungsverkehr, Handbuch zum Recht der Überwei-

- sung, Lastschrift, Kreditkarte und der elektronischen Zahlungsformen, München 2004, 331.
- NUSSL, DAGMAR: Vertragsschluss und Werbung im Rahmen des Electronic Commerce, in: GORA, WALTER/MANN, ERIKA (Hrsg.): Handbuch Electronic Commerce, Berlin 1999, 76.
- ÖBERHOLZER, MIRKO THOMAS: Electronic Bill Presentment and Payment (EBPP) – Neueste rechtliche Entwicklungen bei Zahlungsverkehrssystemen, in: ARTER, OLIVER/JÖRG, FLORIAN S. (Hrsg.): Internet-Recht und Electronic Commerce Law, Lachen/St. Gallen 2001, 113.
- OECHSLER, JÜRGEN: Grundprobleme der Zivilrechtsdogmatik des Kreditkartengeschäftes, WM 2000, 1613.
- ÖHLER, CHRISTOPH: Aufsichtsrechtliche Fragen des electronic banking, WM 2002, 162.
- ÖSER, HUGO/SCHÖNENBERGER, WILHELM (ZK-ÖSER/SCHÖNENBERGER): Zürcher Kommentar, Zürich 1945.
- PICHLER, RUFUS: Kreditkartenzahlung im Internet, Die bisherige Verteilung des Missbrauchsrisikos und der Einfluss der Verwendung von SET, NJW 1998, 3235.
- PIEPENBROCK, HERMANN-JOSEF/MÜLLER, ULF: Zahlungsansprüche für Gespräche bei Telefonmehrwertdiensten, MMR-Beilage 1999, 1.
- PISCHONNAZ, PASCAL/VOGENAUER, STEFAN: Le „pluralisme pragmatique“ du tribunal fédéral: une méthode sans méthode?, Réflexion sur l’ATF 123 III 292, AJP 1999, 417.
- REHBINDER, MANFRED/SCHMAUS, STEFAN: Rechtsprobleme beim Vertragsschluss im Internet, in: REHBINDER, MANFRED (Hrsg.): UFITA, Archiv für Urheber- und Medienrecht, Bern 2000, 317.
- ROSENTHAL, DAVID: Projekt Internet. Was Unternehmen über Internet und Recht wissen müssen, Zürich 1997.
- SANDIG, KAI: Die Geschichte des virtuellen Geldes, in: THIESSEN, FRIEDRICH (Hrsg.): Bezahlungssysteme im Internet, Frankfurt am Main 1999, 28.
- SCHÖBI, FELIX: Was können Verträge?, Bemerkungen zum Bundesgerichtsentscheid 4C.50/2003 vom 5. Juni 2003, Jusletter vom 6. Oktober 2003.
- SCHÜRER, TILO: Die Kreditkarte im Internet, in: KETTERER, KARL-HEINZ/STROBORN, KARSTEN (Hrsg.): Handbuch ePayment: Zahlungsverkehr im Internet; Systeme, Trends, Perspektiven, Köln 2002, 206.
- SCHWENZER, INGEBORG: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2003.
- SIDLER, OLIVER: Webdialer: Betreiber von 0906-Nummern in juristischer Grauzone, Jusletter vom 15. Oktober 2001, abrufbar unter www.jusletter.ch.
- SPINDLER, GERALD: Sittenwidrigkeit von Telefonsexverträgen, JZ 2002, 408.
- STECKLER, BRUNHILDE: Current Legal Aspects of Electronic Commerce Regarding German Contract Law, European Intellectual Property Review 1999, 250.
- STEINMANN, MARKUS: Kundenidentifikation durch Code und ihre rechtliche Bedeutung im Bankwesen, Zürich 1994.
- STOGMÜLLER, THOMAS: Fakturierung und Inkasso von Mehrwertdiensten, CR 2003, 251, 254.
- STRUBE, HARTMUT: Haftungsrisiken der ec-Karte, WM 1998, 1210.
- THALMANN, CHRISTIAN: Die Rechtzeitigkeit von Überweisungen und Einzahlungen auf ein Bank- oder Postcheckkonto des Gläubigers, SZW 1990, 257.
- THOMMAN, FELIX: Sicherheit und Haftungsbeschränkungen im Internet-Banking, recht 1998, 164.
- UNRUH, MEY MARIANNE: Bankaufsicht im Bereich elektronischer Zahlungsmöglichkeiten, Münster 2004.

- VORSPEL-RÜTER, ULRICH: Telefonsex kostenlos?, K&R 1999, 505.
- WEBER, ROLF H. (Geldschulden): Probleme bei der bargeldlosen Erfüllung von Geldschulden, SJZ 1982, 137.
- WEBER, ROLF H. (Banken): Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken – zum Problem einer Grenzziehung, SAG 1984, 150.
- WEBER, ROLF H. (Haftung): Haftung für Schäden bei Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, SJZ 1985, 85.
- WEBER, ROLF H. (BasK-WEBER): Kommentar zu Art. 394-411 OR, in: HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.): Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basel/Frankfurt am Main 1996.
- WEBER, ROLF H. (Rechtsfragen): Rechtsfragen des elektronischen Vertragsabschlusses, in: WEBER, ROLF H. (Hrsg.): Informatikrecht im europäischen Umfeld, Zürich 1997.
- WEBER ROLF H. (BeK-WEBER): Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 6. Teilband, Art. 110-113 OR, Bern 2002.
- WEBER, ROLF H./JÖHRI, YVONNE: Vertragsschluss im Internet, in: WEBER, ROLF H./HILTY, RETO M./AUF DER MAUR, ROLF (Hrsg.): Geschäftsplattform Internet, Zürich 2000.
- WERNER, STEFAN: Geldverkehr im Internet, Ein Praxisleitfaden, Heidelberg 2002.
- WIDMER, URSULA/BÄHLER, KONRAD: Rechtsfragen beim Electronic Commerce, Zürich 2000, 138.
- WIEGAND, WOLFGANG: Die Geschäftsverbindung im E-Banking, in: WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.): E-Banking, Rechtliche Grundlagen, Berner Bankrechtstag, Band 8, Bern 2002, 136.
- WIEGAND, WOLFGANG/HODEL, ANNETTE: Die bargeldlose Zahlung im schweizerischen Recht, in: WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.): Rechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs, Berner Bankrechtstag, Band 7, Bern 2000, 179.
- WIEGAND, WOLFGANG/MARTI, MARIO: Die E-Banking-Vereinbarung – Rechtliche Einordnung und Wirkung, in: WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.): E-Banking, Die einzelnen Rechtsgeschäfte, Berner Bankrechtstag 9, Bern 2003, 75.
- WODA, KRZYSZTOF: Elektronisches Geld, Aachen 2003.
- WONG, JOHNNY/MIRLAS, LEV/KOU, WEIDONG/LIN, XIAODONG: Credit Card-Based Secure Online Payment, in: KOU, WEIDONG (Hrsg.): Payment Technologies for E-Commerce, Berlin/Heidelberg/New York et al. 2003, 227.
- WÜRSCH, JOSEF: Die Kreditkarte nach schweizerischem Privatrecht, Diss., Bern 1975.
- YANG, BO: Digital Checks, in: KOU, WEIDONG (Hrsg.): Payment Technologies for E-Commerce, Berlin/Heidelberg/New York et al. 2003, 195.
- ZEIDLER, SVEN-ERIK: Risikotragung und Haftung im Videotex-Telebanking, Diss., Bern 1991.