

Weitere Infos zu diesen Themen finden Sie in der Rubrik Bankrecht unter www.FCH-Gruppe.de

Prof. Dr. Hervé Edelmann, Thümmel, Schütze & Partner

AGB-Fiktionsänderungsmechanismus europarechtskonform

S. 138

Prof. Dr. Hervé Edelmann, Thümmel, Schütze & Partner

Keine Haftung des Anlagevermittlers bei P & R Containern

S. 139

Prof. Dr. Hervé Edelmann, Thümmel, Schütze & Partner

Umfang vorvertraglicher Aufklärungspflichten bei Fondserwerb

S. 141

Prof. Dr. Hervé Edelmann, Thümmel, Schütze & Partner

Kein Widerruf von außerhalb von Geschäftsräumen gestellten Bürgschaften

S. 143

Max Kirschhöfer, Thümmel, Schütze & Partner

Das vergessene Sparbuch

S. 144

Andrea Neuhof, Thümmel, Schütze & Partner

RegE-StaRUG

S. 146

Max Kirschhöfer, Thümmel, Schütze & Partner

Ist Einwilligung nicht gleich Einwilligung?

S. 147

Herausgeberbeirat

Prof. Dr. Hervé Edelmann
Thümmel, Schütze & Partner
Rechtsanwälte
herve.edelmann@tsp-law.com
www.tsp-law.com

In Zusammenarbeit mit

Thümmel, Schütze & Partner
RECHTSANWÄLTE

TSP



Thomas Ackermann

Liebe Leserinnen und Leser,

mit seiner Aufsehen erregenden Entscheidung vom 26.03.2020 hatte der Europäische Gerichtshof den sog. Kaskadenverweis zur Berechnung der Widerrufsfrist in den seit dem 11.06.2010 geltenden gesetzlichen Mustertexten der Widerrufsinformation des Gesetzgebers als nicht richtlinienkonform angesehen, da sich die Berechnung der Widerrufsfrist nicht klar und prägnant aus der Information ergibt.

Zwar stellt der Bundesgerichtshof unverzüglich am 31.03.2020 klar, dass die Entscheidung des EuGH nicht auf grundpfandrechtlich gesicherte Immobilier-Verbraucherdarlehen anwendbar sei, da die Verbraucherkreditrichtlinie hierauf keine Anwendung findet, jedoch war der Gesetzgeber bei nicht grundpfandrechtlich gesicherten Allgemein-Verbraucherdarlehen gefordert, das gesetzliche Muster anzupassen.

Ende August hatte das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz daraufhin einen Gesetzentwurf zur Gestaltung des gesetzlichen Musters für eine Widerrufsinformation bei Allgemein-Verbraucherdarlehen vorgelegt und die Bundesregierung am 19.11.2020 den Gesetzentwurf beschlossen. Die neue gesetzliche Musterinformation umfasst mit Erläuterungen acht Seiten, so dass wir gespannt sein dürfen, ob dadurch das Ziel zu mehr Klarheit und Prägnanz erfüllt wird!

Aber auch im Baufinanzierungsgeschäft wird die neue Widerrufsinformation für Allgemein-Verbraucherdarlehen Auswirkungen entfalten, da viele Renovierungs- oder Modernisierungsdarlehen als Allgemein-Verbraucherdarlehen ohne grundpfandrechtliche Besicherung vergeben werden! In unserem neuen Online-Seminar-Format FCH TopAktuell erhalten Sie am 17.12.2020 topaktuelle Informationen zu den künftigen gesetzlichen Änderungen (die Änderungen sollen nach derzeitigen Gesetzesstand mit Inkrafttreten des Gesetzes sofort gelten!) und den Auswirkungen auf die Kreditprozesse sowie Tipps zur sofortigen ad-hoc-Umsetzung in den Häusern.

Viele Grüße und viel Spaß beim Lesen dieser Ausgabe unserer Banken-Times SPEZIAL Bankrecht

Ihr *Thomas Ackermann*,
Bereichsleiter Bankrecht,
Finanz Colloquium Heidelberg GmbH

ALL YOU CAN READ: Sämtliche Beiträge
aus allen FCH-Fachzeitschriften digital



FCH meinABO



Nutzen Sie unser Abomodell und bestellen
Sie Ihren Probemonat gratis²

Finanz Colloquium Heidelberg GmbH
Info@FCH-Gruppe.de
Tel.: +49 6221 99 89 8-0

Ihre Vorteile:

- Sie verfügen mit FCH meinABO innerhalb Ihres Instituts über SÄMTLICHE Beiträge ALLER FCH-Fachzeitschriften: Derzeit BankPraktiker, ForderungsPraktiker, RevisionsPraktiker, CompRechtsPraktiker, PrivateFinancePraktiker.
- Ersparnis gegenüber Print: fast 500,- €/Jahr!¹

Für FCH meinABO mit 5 frei verfügbaren Lizenzen zahlen Sie gerade einmal 199 €/Jahr oder 19,90 €/Monat. Jede weitere Lizenz kostet nur 29,90 €/Jahr bzw. 2,90 €/Monat.

¹ Der Preis von 199 €/Jahr gilt für 5 Lizenzen innerhalb einer Bank. Hierbei handelt es sich um ein automatisches Verlängerungsverfahren.

² Ihr persönliches Probeabo geht automatisch in ein kostenpflichtiges Abonnement über ohne dass Sie dafür etwas tun müssen. Eine Unterbrechung oder Verrechnung eines bestehenden Abonnements ist leider nicht möglich.

AGB-Fiktionsänderungsmechanismus europarechtskonform

**Prof. Dr. Hervé Edelmann,
Rechtsanwalt und Fachanwalt für
Bank- und Kapitalmarktrecht,
Thümmel, Schütze & Partner**

In seiner Entscheidung vom 11.11.2020, Az. C 287/19, BeckRS 2020, 30025, hat der Europäische Gerichtshof entgegen der Auffassung des Generalanwalts sowie entgegen der Auffassung des Obersten Gerichtshofs Österreichs klargestellt, dass die mit der im deutschen Recht für Zahlungsdienstrahmenverträge geltende und die Fiktionsänderungsmechanismusklausel enthaltende Norm des § 675g BGB vergleichbare Klausel 14 der AGB der betroffenen Deniz Bank europarechtskonform und somit zulässig ist. Begründet wurde dies im Wesentlichen damit, dass Art. 52 Nr. 6a) i. V. m. Art. 54 Abs. 1 der RL 2015/2366 zum einen keine Präzisierung oder Vorgaben hinsichtlich der Eigenschaft des Zahlungsdienstnutzers enthalten, sodass von diesen Regelungen sowohl Verbraucher als auch nicht Verbraucher betroffen sind (Rn. 48 f. u. 58, 66) und zum anderen damit, dass diese Regelungen keine Vorgaben zum Inhalt von Änderungen und somit auch kei-

ne Beschränkungen hinsichtlich der Art und dem Inhalt der abzuändernden Vertragsbedingungen enthalten mit der weiteren Folge, dass jedwede Änderung der Vertragsbedingungen mit der Zustimmungsfiktionsklausel herbeigeführt werden kann (Rn. 50, 58, 66). Maßgeblich sei insofern allein, dass es sich überhaupt um „Änderungen“ der Bedingungen des Rahmenvertrages handelt, d. h. um Anpassungen, die sich auf die Bedingungen des konkreten Rahmenvertrages nicht in einem solchen Maße auswirken, dass der Vorschlag des Dienstleisters in Wirklichkeit dem Abschluss eines neuen Vertrags gleichkomme (Rn. 47).

Auf der anderen Seite stellt der EuGH fest, dass es den nationalen Gerichten unbenommen bleibe zu prüfen, ob die betroffene Fiktionsänderungsklausel, wenn diese im Verhältnis zu einem Verbraucher verwendet würde, nicht missbräuchlich i. S. v. Art. 3 der neben der RL 2015/2366 weiterhin anwendbaren Richtlinie 93/13 sein könnte (Rn. 64-66). Diesbezüglich verweist der EuGH noch darauf, dass er in diesem Zusammenhang bereits entschieden habe, dass Standardklauseln, die eine einseitige Vertragsanpassung erlauben, den in der Richt-

linie 93/13 aufgestellten Anforderungen an Treu und Glauben, Ausgewogenheit und Transparenz genügen müssten (Rn. 65).

Hiervon unabhängig hält der EuGH in seiner Entscheidung vom 11.11.2020 fest, dass es sich bei der Nahfeldkommunikationsfunktion (Near Field Communication) einer

BUCHTIPP

- [Ellenberger/Findeisen/Nobbe/Böger \(Hrsg.\): Kommentar zum Zahlungsverkehrsrecht, 3. Aufl. 2020.](#)

Infos unter www.FCH-Gruppe.de

SEMINARTIPP

- [\(Un\)Zulässige Bankentgelte, Verwahrtgelte & Zinsanpassungsklauseln](#)

02.11.2021, Köln.

Infos unter www.FCH-Gruppe.de

PRAXISTIPP

Es ist für die Bankenpraxis sehr erfreulich, dass der EuGH die von der Instanzrechtsprechung in Deutschland vertretene Rechtsauffassung bestätigt hat, wonach die Fiktionsänderungsmechanismusklausel rechtswirksam und mit den europäischen Regelungen vereinbar ist (vgl. hierzu *Edelmann*, WuB 2020, 451, ders. BTS 2020, 68 m.j.w.N.).

Nachdem wiederum ein Kreditinstitut sowohl nach § 675g BGB als auch nach den europäischen Bestimmungen Vertragsbedingungen jedweder Art durch die Fiktion der Zustimmung gem. § 675g BGB ändern kann, die Zustimmungsfiktionsänderungsmechanismusklausel zudem als transparent anzusehen ist (vgl. *Edelmann*, WuB 2020, 451 m.w.N.) und die Fiktionsklausel wiederum nach hiesiger Auffassung den Kreditinstituten keine einseitige missbräuchliche Vertragsanpassungsmöglichkeit i. S. v. Art. 3 der Richtlinie 93/13 ermöglicht, spricht im Hinblick auf die Entscheidung des EuGH vieles dafür, dass zumindest bei Zahlungsdienstrahmenverträgen jede Vertragsänderung mit der Zustimmungsfiktionsänderungsklausel nach § 675g BGB entsprechend der deutschen Instanzrechtsprechung herbeigeführt werden kann. Hiervon unberührt bleibt wiederum die sog. „klassische“ AGB-Ausübungskontrolle in Bezug auf die neue Klausel (vgl. hierzu *Edelmann*, a.a.O.).

personalisierten multifunktionalen Bankkarte, mit welcher Kleinbetragszahlungen zu Lasten des verknüpften Kundenkontos getätigt werden können, um ein Zahlungsinstrument im Sinne von Art. 4 Nr. 14 RL 2015/2366 handelt (Rn. 79) und dass es sich bei kontaktlosen Kleinbetragszahlungen

unter Verwendung der Nahfeldkommunikationsfunktion um die anonymisierte Nutzung des fraglichen Zahlungsinstruments i. S. v. Art. 63 Abs. 1b RL 2015/2366 handelt (Rn. 93). Ungeachtet dessen hebt der EuGH hervor, dass eine Bank, die ein solches Zahlungsinstrument herausgibt und

welche sich auf die ihr eingeräumten Haftungserleichterungen beruft, nicht einfach behaupten könne, dass das Sperren der Karte technisch unmöglich sei, obwohl dies nach dem objektiven Stand der Technik nachweislich nicht unmöglich ist (Rn. 106).

Vorstand & AufsichtsrAT
Personal & Führung
Kreditgeschäft & Immobilienfinanzierung
Sanilnso
Bankrecht
Compliance
Revision
Controlling
IT & Orga
Einlagen- & Wertpapiergeschäft

Keine Haftung des Anlagevermittlers bei P & R Containern

Prof. Dr. Hervé Edelmann,
Rechtsanwalt und Fachanwalt für
Bank- und Kapitalmarktrecht,
Thümmel, Schütze & Partner

In seiner Entscheidung vom 13.07.2020, Az. 8 U 2610/20, WM 2020, 1822, erinnert das OLG München zunächst daran, dass der Kapitalanleger grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen von Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzungen trägt und damit auch die Beweislast dafür, dass die vermittelte Anlage aufklärungsbedürftige Plausibilitätsdefizite hatte. Demgemäß gelte nichts anderes für solche Fallkonstellationen, in denen eine Prüfung der Plausibilität nicht stattgefunden hat. Auch hier müsse der Kapitalanleger darlegen und beweisen, dass bei einer hypothetisch unterstellten Plausibilitätsprüfung für den Anlagevermittler erkennbar geworden wäre, dass die Kapitalanlage Plausibilitätsdefizite aufweist (Rn. 2 u.H.a. BGH, WM 2017, 800, Rn. 15 f.).

Sodann hält das OLG München unter Auflistung der für die Abgrenzung von Anlageberatung und Anlagevermittlung maßgeblichen Merkmale (Rn. 6) fest, dass vorliegend vom Abschluss eines Anlagevermittlungsvertrag kennzeichnenden Auskunftsvertrag auszugehen ist. In diesem Zusammenhang führt das OLG München in Abgrenzung zum OLG Nürnberg (Urteil v. 24.03.2020, Az. 3 U 2637/18) aus, dass dem

Abschluss eines Auskunftsvertrages nicht entgegenstehe, dass der Anleger über die Zurverfügungstellung von schriftlichen Unterlagen hinaus vom Vermittler keine weiteren Auskünfte verlangt habe (Rn. 12). Etwas anderes könne nach Auffassung des OLG München nur dann gelten, wenn der Kapitalanleger auf eine Aufklärung über die Nachteile und Risiken wirksam verzichtet, was wiederum der Anlagevermittler oder Berater zu beweisen hat (Rn. 13).

Sodann erinnert das OLG München daran, dass der Anlagevermittler nicht nur die wirtschaftliche Tragfähigkeit des von ihm angebotenen Produkts zu prüfen habe sondern darüber hinaus auch prüfen muss, ob der von ihm zur Grundlage seiner Anlagevermittlung gemachte Prospekt ein schlüssiges Gesamtbild über das Produkt gibt und ob die darin enthaltenen Informationen sachlich richtig und vollständig sind (Rn. 31). In diesem Zusammenhang führt das OLG München aus, dass diese Plausibilitätsprüfung in einem gewissen Umfang auch Ermittlungspflichten miteinschließen

kann und zwar dann, wenn es um Umstände geht, die Zweifel an der inneren Schlüssigkeit einer im Prospekt mitgeteilten Tatsache aufwerfen (Rn. 32). Allerdings hebt das OLG München auch hervor, dass an die Pflichten eines Anlagevermittlers keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden dürfen, weswegen auch der mit der notwendigen Überprüfung verbundene Aufwand stets dem Anlagevermittler zumutbar sein muss (Rn. 32 u.H.a. BGH, WM 2009, 739). Insofern müsse ein Anlagevermittler, anders als die Anlagegesellschaft/Emittentin, ohne besondere Anhaltspunkte schwierigen und ungeklärten Rechtsfragen nicht nachgehen, die er regelmäßig nur unter Inanspruchnahme sachkundiger Hilfe, wie z. B. durch die Einholung eines Rechtsgutachtens, abklären kann (Rn. 32 u.H.a. BGH, WM 2012, 24, Rn. 17).

Dies zugrunde legend hält das OLG München dann fest, dass es sich bei der für die erfolgreiche Realisierung des Anlageproduktes ganz maßgebliche Frage, ob der prospektierte Eigentumserwerb der P & R

SEMINARTIPPS

- (Neue) Haftungsrisiken im Wertpapiergeschäft: Anleihen und Zertifikate, 03.05.2021, Zoom.
- (Neue) Haftungsrisiken im Wertpapiergeschäft, 04.10.2021, Frankfurt/M.

Infos unter www.FCH-Gruppe.de

KUNDENFEEDBACKS



zu unseren Hybrid-Seminaren

MEHR Kundenfeedbacks unter:
www.fch-gruppe.de/die-zukunft-ist-jetzt

„Der Vorteil des Formats ist die Teilnahme am Seminar bei Bestehen von Reise- oder sonstigen Beschränkungen. Grundsätzlich sind Videoseminare gut geeignet, um einen Einstieg in die Themenbereiche zu finden und Hinweise auf rechtliche Grundlagen und ggf. Zweitliteratur zu bekommen. Positiv habe ich auf jeden Fall das Bemühen des FCH zur Kenntnis genommen, in dieser für uns alle ungewohnten und auch unvorhersehbaren Situation zügig eine tragfähige Lösung zu finden. Diese Lösung kann m. E. eine Präsenzveranstaltung zwar nicht vollständig ersetzen, jedoch in diesen Zeiten eine gangbare Alternative sein.“

Christian Schmelter

Interne Revision, Sparkasse Vest Recklinghausen

Spontan wurde das von mir gebuchte Seminar aufgrund des COVID-19 Virus online gehalten. Drei Dozenten trugen jeweils einen Vortrag vor. Die Tonqualität über das Übertragungstool war sehr gut und verständlich. Über eine Chatfunktion konnten gezielt Fragen gestellt werden auf die explizit eingegangen wurde. Das Skript sowie die Videofunktion des Redners (sofern dieser sie nutzt) sind gut einzusehen gewesen. Aufgrund der Zeit und Kostenersparnis (An- und Abreise) war dies die perfekte Ersatzlösung und ggf. kann es für die Zukunft sogar öfter umgesetzt werden. Ein Onlineseminar über die FCH-Gruppe ist zu empfehlen!

Stephan Gundlach

Referent Interne Revision

Bank11 für Privatkunden und Handel GmbH

„Durch die neuen Online-/Video-Seminare sind Schulungen weiterhin möglich und es kommt zu keinem Stillstand in der Weiterbildung. Zudem ergeben sich durch das Format deutliche Kosteneinsparungen bspw. bei den Reisekosten.“

Janne Lena Gruber

Digital Managerin & Marketing

TRUMPF Financial Services GmbH

Die Video-/Online-Seminare ermöglichen es den Teilnehmern sowie aber auch den Dozenten orts-unabhängig an Veranstaltungen teilzunehmen, was auf Seiten der Teilnehmer mit erheblicher Zeit- und Ressourcen-Ersparnis bei weiterhin hoher Qualität des Lernerlebnisses einhergeht. Weiterhin bietet das Seminarformat die Möglichkeit, einen wesentlich breiteren Teilnehmer und Dozentenkreis anzusprechen (räumlich, inhaltlich), was zu facettenreicheren Diskussionen führen kann. Das Videoformat ermöglicht insbesondere bei inhaltlichen Seminaren, in denen die Wissensvermittlung im Vordergrund steht, ein uneingeschränktes Lernerlebnis bei wenig Nachteilen ggü. einer Präsenzveranstaltung.

Oliver Schulte

COO German Platform and Advisory Business

FIL Fondsbank GmbH

Container überhaupt möglich ist/war, um eine schwierige und ungeklärte Rechtsfrage handelte, die ein Anlagevermittler regelmäßig nur unter Inanspruchnahme sachkundiger Hilfe hätte klären können, weswegen er hierzu im konkreten Fall nach Auffassung des OLG München nicht verpflichtet war (Rn. 44 ff.).

Schließlich urteilt das OLG München, dass der Anlagevermittler bei dem Verkauf der P & R Container über das Totalverlustrisiko nicht aufzuklären brauchte. Dies deshalb, weil nach Auffassung des OLG München bei dem Anlageprodukt P & R Containern die Risiken für den Eintritt eines Totalverlustes deutlich geringer sind als bei einem Immobilienfonds mit ca. 50 % Fremdkapitalquote, für den der Bundesgerichtshof eine Aufklärung über das Totalverlustrisiko bereits abgelehnt habe (Rn. 43 u.H.a. BGH, WM 2009, 2303).

BUCHTIPP

- **Ellenberger/Clouth (Hrsg.): Praktikerhandbuch Wertpapier- und Derivategeschäft**
5. Aufl. 2018.

Infos unter www.FCH-Gruppe.de

PRAXISTIPP

Auch wenn die Entscheidung des OLG München für Kapitalanleger, die ihr Geld in P & R Containern investiert haben, unbefriedigend sein dürfte, so hat das OLG München ungeachtet dessen unter Heranziehung der anerkannten Rechtsprechungsgrundsätze des Bundesgerichtshofs zur Haftung eines Anlagevermittlers zurecht entschieden, dass dem Anlagevermittler im konkreten Fall ohne Hinzutreten besonderer Umstände eine Pflichtverletzung nicht vorgeworfen werden könne.

Vorstand & AufsichtsrAT Personal & Führung Kreditgeschäft & Immobilienfinanzierung Sanilnso
Bankrecht Compliance Revision Controlling IT & Orga **Einlagen- & Wertpapiergeschäft**

Umfang vorvertraglicher Aufklärungspflichten bei Fondserwerb

Keine Haftung desjenigen, der von der früheren Gründungs- und Treuhandkommanditistin eines Fonds den Kommanditanteil erwirbt.

Prof. Dr. Hervé Edelmann,
Rechtsanwalt und Fachanwalt für
Bank- und Kapitalmarktrecht,
Thümmel, Schütze & Partner

In einem Fall, in welchem sich der Kapitalanleger als Treugeber an einer GmbH & Co. KG beteiligt hatte, deren Gründungs- und Treuhandkommanditistin ihren Kommanditanteil an die Beklagte verkauft hatte und welche nunmehr vom Kapitalanleger – anstatt der früheren Gründungs- und Treuhandkommanditistin des Fonds – wegen vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzungen in Anspruch genommen wurde, entschied der Bundesgerichtshof – anders als die beiden Vorinstanzen – in seinem Urteil vom 15.09.2020, Az. II ZR 20/19, WM 2020, 1972, dass der Erwerber des Kommanditanteils des früheren Gründungs- und Treuhand-

kommanditisten nicht für etwaige vom früheren Kommanditisten begangene vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzungen haftet, die der Kapitalanleger der früheren Gründungs- und Treuhandkommanditistin des Fonds zur Last legt.

Zur Begründung führt der Bundesgerichtshof zunächst aus, dass der Gesellschafter einer Personengesellschaft seinen Gesellschaftsanteil mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter auf eine dritte Person mit der Wirkung übertragen kann, dass der Erwerber ohne weiteres in die Rechtsstellung eintritt, die bis dahin der Veräußerer innehatte. Diese Rechtsstellung – Gesellschaftsanteil oder Mitgliedschaft – sei wiederum der Inbegriff der Rechtsbeziehungen des Altgesellschafters aus dem Gesellschaftsverhältnis zu der Gesellschaft, zu deren Vermögen und zu den übrigen Gesellschaftern (Rn. 9

u.H.a. BGH, BGHZ 98, 48, 50). Insofern hafte ein neu in eine Kommanditgesellschaft eintretende Kommanditist, wozu auch der Anteilserwerber zähle, auch für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft nach § 173 HGB. Mit der Übernahme der Rechtsstellung des Altgesellschafters könnten daher dem Neugesellschafter auch Verbindlichkeiten des Altgesellschafters gegenüber der Gesellschaft oder gegenüber Mitgesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis treffen, nicht jedoch sonstige Verbindlichkeiten des Altgesellschafters (Rn. 9).

Dies zugrunde legend hält der BGH sodann fest, dass es sich bei der Haftungsverpflichtung wegen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten gerade um eine solche sonstige Verbindlichkeit des Altgesellschafters handelt, für welche die Gesell-

schaft nicht haftet. Zwar sei die frühere Gründungs- und Treuhandkommanditistin als nicht nur kapitalistisch beigetretene Altgesellschafterin und mithin Vertragspartnerin des Aufnahmevertrages mit dem Kapitalanleger vorvertraglich zu dessen Aufklärung verpflichtet und demgemäß bei Verletzung dieser Pflicht diesem gegenüber auch schadensersatzpflichtig. Diese Scha-

densersatzverpflichtung treffe aber nur den Altgesellschafter und nicht auch die Gesellschaft selbst. Diese Verpflichtung könne wiederum der Gesellschaft auch nicht zugerechnet werden (Rn. 10 u.H.a. BGH, WM 2004, 1823, 1823 – 2019 – u. WM 2018, 724).

Vor diesem Hintergrund gelangt der Bundesgerichtshof insgesamt zum Ergebnis,

dass der durch Erwerb des Kommanditanteils der früheren Gründungs- und Treuhandkommanditistin neu eintretende Kommanditist nicht für eine vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzung des früheren Gründungs- und Treuhandkommanditisten haftet.

SEMINARTIPPS

- (Neue) Haftungsrisiken im Wertpapiergeschäft: Anleihen und Zertifikate, 03.05.2021, Zoom.
- (Neue) Haftungsrisiken im Wertpapiergeschäft, 04.10.2021, Frankfurt/M.

Infos unter www.FCH-Gruppe.de

BUCHTIPP

- Ellenberger/Clouth (Hrsg.): Praktikerhandbuch Wertpapier- und Derivategeschäft 5. Aufl. 2018.

Infos unter www.FCH-Gruppe.de

Auslagerung der Compliance-Funktionen auf dem Prüfstand?

Ob Zentrale Stelle, WpHG-Compliance, MaRisk-Compliance oder Datenschutz, die Möglichkeiten Compliance-Bereiche auszulagern sind vielfältig – und häufig auch sinnvoll.

Fragen Sie sich allerdings auf Basis der MaRisk-Novelle, ob es

→ noch sinnvoll ist, Compliance-Bereiche auszulagern

oder → ob Sie Compliance-Bereiche weiterhin auslagern dürfen?

Dann unterstützen unsere Spezialisten Sie mit einer fundierten Einschätzung zum Thema Auslagerung sowie der Compliance-Situation Ihres Hauses.

Haben Sie sich bereits dazu entschlossen Compliance in der Bank abzudecken? Wenn bereits feststeht, dass eine weitere Auslagerung für Sie nicht (oder nicht mehr) in Frage kommt, begleiten wir Sie individuell:

- Ggf. Unterstützung beim Re-Insourcing
- Anpassen von Unterlagen und Dokumenten
- Zusammenführung der verschiedenen Risiko- und Gefährdungsanalysen
- Qualifizierung und Sachkundenachweis der internen Beauftragten
- Temporäre Unterstützung im Tagesgeschäft.

Gerne stehen wir Ihnen für ein weiterführendes Gespräch zur Verfügung!



FCH Compliance GmbH
Sandra Leicht, Geschäftsführung
Sandra.Leicht@FCH-Gruppe.de

Kein Widerruf von außerhalb von Geschäftsräumen gestellten Bürgschaften

Kein Widerrufsrecht des Bürgen nach §§ 355, 312 b Abs. 1, 312 g Abs. 1 BGB n.F.

Prof. Dr. Hervé Edelmann,
Rechtsanwalt und Fachanwalt für
Bank- und Kapitalmarktrecht,
Thümmel, Schütze & Partner

Entgegen seiner früheren Rechtsprechung zu § 1 HWiG bzw. § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB in der bis zum 12.06.2014 geltenden Fassung sowie entgegen der vom Berufungsgericht vertretenen Auffassung (vergleiche hierzu OLG Hamburg, Urteil vom 26.04.2019, Az. 13 U 51/18, WM 2020, 1066 mit kritischer Anmerkung Rümpker/Rüsing WUB 2020, 432) sowie entgegen einer in der Literatur stark vertretenen Meinung (vergleiche hierzu nur Grüneberg, in Palandt, BGB-Kommentar 79. Auflage 2020, § 312 Rn. 5; Schürnbrand WM 2014, 1157, 1159 f.), hält der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 22.09.2020, Az. XI ZR 219/19 (ZIP 2020, 2175) fest, dass es im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut der ab dem 13.06.2014 geltenden Norm des § 312 Abs. 1 BGB, wonach das Widerrufsrecht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen i. S. v. § 312b BGB nur bei Verbraucherverträgen im Sinne des § 310 Abs. 3 BGB gilt, die eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand haben, für die Anwendbarkeit der §§ 312 b, 312 g BGB in der ab dem 13.06.2014 geltenden Fassung nicht genügt, dass der Bürge sein Leistungsversprechen in der dem Gegner erkennbaren Erwartung abgibt, ihm selbst oder einem bestimmten Dritten werde daraus irgendein Vorteil erwachsen. Denn in einem solchen Fall erbringe der Unternehmer gerade nicht gegen ein vereinbartes Entgelt des Verbrauchers die charakteristische Leistung im Sinne von § 312 Abs. 1 BGB (so Rn. 16 in diesem Sinne auch Hölldampf, in Assmann/Schütze/Buck-Heeb, Handbuch des Kapitalanlagerechts 5. Auflage 2020, § 4 Rn. 13).

In diesem Zusammenhang führt der Bundesgerichtshof weiter aus, dass auch die grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB auf Verträge über Finanzdienstleistungen nicht zu einem Widerrufsrecht des Bürgen führt. Denn Bürgschaften oder sonstige Kreditsicherheiten von Verbrauchern seien von dem in § 312 Abs. 5 Satz 1 BGB legal definierten Begriff der Finanzdienstleistungen nicht erfasst (Rn. 18; so auch Kropf, WM 2015, 1699, 1604).

Sodann führt der Bundesgerichtshof aus, dass das Widerrufsrecht nach §§ 355, 312b Abs. 1, 312 g Abs. 1 BGB nicht entgegen dem eindeutigen Wortlaut aus Schutzzweckerwägungen im Wege einer Analogie auf außerhalb von Geschäftsräumen gestellte Verbraucherbürgschaften ausgeweitet werden kann. Hierfür fehle es nämlich an einer planwidrigen Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelung (Rn. 19). Dies deshalb, weil der Gesetzgeber mit der Neuregelung der §§ 312 ff. BGB ausschließlich Verbraucherverträge erfassen wollte, die als Austauschvertrag mit einer Gegenleistung des Verbrauchers ausgestaltet sind (Rn. 20). Demgegenüber sollten Verträge, in denen der Verbraucher die für den Vertragstypus charakteristische Leistung schuldet, von §§ 312 ff.

BGB ebenso wenig erfasst werden wie unentgeltliche Verbraucherverträge (Rn. 21 ff.).

Hiervon ausgehend hält der Bundesgerichtshof ferner fest, dass die §§ 312 Abs. 1, 312 b Abs. 1, 312 g Abs. 1 BGB auch nicht im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung oder Rechtsfortbildung auf Bürgschaftsverträge erstreckt werden können (Rn. 26). Gegenteiliges lasse sich auch nicht aus Art. 3 Abs. 1 RL 2011/83/EU folgern. Zwar sei zutreffend, dass die in Art. 3 Abs. 1 Abs. 2 aufgenommene Umschreibung „jegliche Verträge, die zwischen einem Unternehmen und einem Verbraucher geschlossen werden“, entsprechend § 310 Abs. 3 BGB zunächst alle Verträge zwischen einem Unternehmen und einem Verbraucher ohne Rücksicht auf den Vertragsgegenstand erfasse. Allerdings werde hierbei übersehen, dass die Richtlinie für diese Verträge nach Art. 3 Abs. 1 nur unter den Bedingungen und in dem Umfang gelte, wie sie in den Bestimmungen der Richtlinie festgelegt sind. Insofern könne Art. 3 Abs. 1 RL nur für die Vertragsarten gelten, für welche die Richtlinie auch Regelungen enthält. Für einseitige Verbraucher verpflichtende Verträge enthalte die Richtlinie jedoch nach wie vor kein Widerrufsrecht. Solche Verträge

PRAXISTIPP

Mit seiner vorstehenden Entscheidung hat der Bundesgerichtshof die bisher hoch umstrittene Frage geklärt, ob Bürgschaften als Verbraucherverträge im Sinne von § 312 Abs. 1 BGB nach § 312 g Abs. 1 BGB bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (§ 312 b BGB) und bei Fernabsatzverträgen (§ 312 c BGB) widerrufen werden können, in dem Sinne beantwortet, dass dies jedenfalls für solche Bürgschaften nicht mehr möglich ist, die von der ab dem 13.06.2014 geltenden Neufassung des § 312 Abs. 1 BGB erfasst werden. Denn diese Norm setzt zwingend voraus, dass der Unternehmer gegen ein vereinbartes Entgelt des Verbrauchers die vertragscharakteristische Leistung erbringt, was bei der Bürgschaft ganz offenkundig nicht der Fall sei.

würden dem Anwendungsbereich der Richtlinie gerade nicht unterfallen, da sie keine Leistung des Unternehmers zum Vertragsgegenstand hätten (so Rn. 28; in diesem Sinne auch Rumpker/Rüsing, WuB 2020, 432, 434).

Abschließend stellt der Bundesgerichtshof klar, dass für eine Anrufung des Europäischen Gerichtshofs nach Art. 267 AEUV kein Anlass besteht. Dies deshalb, weil die Frage, ob die Richtlinie entsprechend § 312 Abs. 1 BGB voraussetzt, dass der Unternehmer gegen ein vereinbartes Entgelt des Verbrauchers die vertragscharakteristische Leistung erbringt, angesichts des Wortlauts, der Regelungssystematik und des Regelungszwecks der Richtlinie ohne Weiteres zu beantworten sei, so dass für Zweifel kein Raum verbleibe (Rn. 30 f. „acte clair“).

BUCHTIPP

- **Nobbe (Hrsg.): Kommentar zum Kreditrecht 3. Aufl. 2018.**
Infos unter www.FCH-Gruppe.de

SEMINARTIPPS

- **Kreditsicherheiten Kompakt: Sach- und Personalsicherheiten**, 08.06.2021, Würzburg.
 - **21. FCH-Bankrechts-Tage**, 11.–12.10.2021, Frankfurt/M.
 - **Kreditsicherheiten-Tagung**, 23.–24.11.2021, Köln.
- Infos unter www.FCH-Gruppe.de

Vorstand & AufsichtsrAT
Personal & Führung
Kreditgeschäft & Immobilienfinanzierung
Sanilnso
Bankrecht
Compliance
Revision
Controlling
IT & Orga
Einlagen- & Wertpapiergeschäft

Das vergessene Sparbuch

Urteil des AG Frankfurt v. 23.12.2019, 29 C 4021/19 (46).

Max Kirschhöfer,
Rechtsanwalt,
Thümmel, Schütze & Partner

Sie geraten heute buchstäblich in Vergessenheit: Sparbücher aus Papier. Viele von Ihnen werden sich noch daran erinnern, dass Sie in Ihrer Kindheit von Eltern oder Großeltern ein Sparbuch geschenkt bekamen. Vielleicht denken Sie gerade in dieser Sekunde daran, ob nicht irgendwo auf dem Dachboden ein längst vergessenes Sparbuch zu finden ist – bei den heute niedrigen Zinsen kann das durchaus interessant sein. So – oder ähnlich – passiert es jedenfalls immer wieder. Der Kunde bzw. Besitzer eines Sparbuchs erscheint dann in der nächstgelegenen Filiale und begehrt die Auszahlung des (vermeintlichen) Guthabens. Wird das gesamte Guthaben ausgezahlt oder – wie im Fall des AG Frankfurt – von einem Sparbuch auf ein ande-

res Sparbuch umgebucht, sollte eigentlich die Auszahlung/Umbuchung im Sparbuch vermerkt und selbiges eingezogen oder in der Regel durch „Lochen“ entwertet werden. Aus Gründen, die im Nachhinein nicht nachvollzogen werden können, wurde dieses Procedere indessen nicht in allen Fällen eingehalten. Der Kunde bzw. Besitzer des Sparbuchs (die Kinder/Erben) des eigentlichen Kunden stehen dann – nachdem das Sparbuch ein „zweites Mal“ gefunden wurde – abermals in der Filiale und begehren die Auszahlung des erhofften Sparguthabens, lange nachdem die gesetzlichen Aufbewahrungsfristen abgelaufen sind.

In dem Fall, der dem Urteil des AG Frankfurt vom 23.12.2020 zugrunde lag, stand folgendes unstreitig fest: Das streitbefangene Sparbuch war gelocht. Die Klägerin, welche bereits über ein weiteres Sparbuch verfügte, hatte im November 2002 unter Einzahlung eines Betrages von € 750,00 hierauf das zweite streitgegenständliche Sparbuch

eröffnet. Im Dezember 2008 erschien die Klägerin in der Filiale der Beklagten und ließ sich auf dem nicht streitgegenständlichen früheren Sparbuch einen Betrag i. H. v. € 775,32 als „Gutschrift“ eintragen. Im Jahr 2019, also über zehn Jahre später, erschien die Klägerin erneut bei der Beklagten und wollte sich das auf dem streitgegenständlichen, jedoch gelochten Sparbuch liegende Guthaben in Höhe von € 750,00 zzgl. Zinsen auszahlen lassen. Da die zehnjährige Aufbewahrungsfrist für verschiedene, die Auszahlung belegende Unterlagen abgelaufen war, konnte die Bank anhand von Belegen

SEMINARTIPP

- **Aktuelle Praxisprobleme in Kontoführung & Zahlungsverkehr**
04.11.2021, Zoom.
Infos unter www.FCH-Gruppe.de

die Auszahlung nicht mehr darlegen und es kam zum streitigen Verfahren. In solchen oder ähnlich gelagerten Fällen muss die Bank dann anhand anderer und sich von Fall zu Fall unterscheidender Umstände darlegen und beweisen, dass das vormals auf einem Sparbuch verbuchte Guthaben ausbezahlt wurde.

Im vorliegenden Fall gelang dies zunächst dadurch, dass die Bank substantiiert darlegen konnte, dass sich der auf das „zweite“ Sparbuch gebuchte Betrag i. H. v. € 775,32 aus dem ursprünglichen Einzahlungsbetrag und den addierten Zinsbeträgen zusammensetzte. Denn in einer solchen Situation spreche bereits der Beweis des ersten Anscheins für eine Übertragung des vollständigen Sparguthabens von dem streitgegenständlichen auf das „zweite“ Sparbuch. Insbesondere für den Umstand, dass die unstreitig vorgenommene Buchung als „Gutschrift“ festgehalten und nicht anders bezeichnet wurde, spreche bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung für den Vortrag der Beklagten, dass das Guthaben lediglich von einem Sparbuch auf ein anderes umgebucht wurde. Auch der Umstand, dass das streitgegenständliche Sparbuch unstreitig gelocht wurde, stelle nach Ansicht des Amtsgerichts Frankfurt ein gegen die Klä-

gerin sprechendes Indiz dar. Die streitige Behauptung der Klägerin, diese habe das Sparbuch selbst gelocht, um das Sparbuch besser aufbewahren zu können, hielt das Amtsgericht für fernliegend. In diesem Zusammenhang führte das Amtsgericht aus, dass allgemein bekannt sei, dass ein gelochtes Sparbuch keine Gültigkeit im Rechtsverkehr mehr habe, weswegen man „tunlichst Abstand von jedweder Beschädigung eines Sparbuchs zu nehmen“ und insbesondere ein Sparbuch nicht zu lochen habe. Selbst wenn dies der Klägerin nicht bekannt gewesen sein sollte, so das Amts-

gericht weiter, hätte diese durch eine einfache Internetabfrage herausfinden können, dass ein Sparbuch durch dessen Lochung entwertet wird.

BUCHTIPP

- **Kontoführung & Zahlungsverkehr**
5. Aufl. 2017.

Infos unter www.FCH-Gruppe.de

PRAXISTIPP

Die aus dem Dezember 2019 stammende Entscheidung des Amtsgerichts Frankfurt wurde von der hessischen Justiz zu Recht als „Entscheidung des Monats“ (des Monats September 2020) gekürt. Das Amtsgericht würdigt sehr schön den Parteivortrag und kommt zu dem Ergebnis, dass am Ende des Tages der Klage nicht stattzugeben war, was das Amtsgericht noch mit dem Hinweis versehen hat, dass für die richterliche Überzeugung keine letzte Gewissheit erforderlich ist, sondern eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, die vernünftigen Zweifel schweigen gebietet, völlig ausreicht, um eine Entscheidung zu treffen. In vergleichbaren „Sparbuch-Fällen“ ist daher im Falle eines Rechtsstreits anzuraten, jegliche Indizien, die für eine Auszahlung sprechen, dem Gericht ausführlich darzulegen. Aber auch im Vorfeld eines streitigen Verfahrens bietet es sich an, dem Kunden in einem persönlichen Gespräch anhand bestehender Indizien aufzuzeigen, dass das Sparguthaben längst ausgezahlt wurde und dies seiner Erinnerung wohl entfallen ist.

Steigern Sie als Anbieter im Bankensektor Ihren Unternehmenserfolg mit einer Präsenz auf unseren Plattformen.

Individuell, fachbezogen und mit einem klaren Fokus auf Ihre Leistungen und Zielgruppen innerhalb der Finanzinstitute.



RegE-StaRUG

Regierungsentwurf eines Gesetzes über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz – StaRUG).

Andrea Neuhof,
Rechtsanwältin und Fachanwältin für
Bank- und Kapitalmarktrecht,
Thümmel, Schütze & Partner

Am 14.10.2020 wurde der Regierungsentwurf des Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG) vorgelegt. Dessen Art. 1 beinhaltet das Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz – RegE-StaRUG). Hierdurch soll u. a. die Restrukturierungsrichtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.06.2019 umgesetzt werden.

Ziel des StaRUG ist die Schaffung eines vorinsolvenzlichen Restrukturierungsrahmens zur Ermöglichung insolvenzabwendender Sanierungen mit der Möglichkeit für Unternehmen, sich auf der Grundlage eines von den Gläubigern mehrheitlich angenommenen Restrukturierungsplans zu sanieren. Erklärtermaßen soll hierbei eben jene Lücke geschlossen werden, die das geltende Sanierungsrecht zwischen dem Bereich der freien, dafür aber auf den Konsens aller Beteiligten angewiesenen Sanierung einerseits und der insolvenzverfahrensförmigen Sanierung mit ihren Kosten und Nachteilen gegenüber der freien Sanierung gelassen hat (vgl. Regierungsentwurf S. 1 lit. B Abs. 1).

Zugangsvoraussetzung soll eine drohende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners sein, wobei weder eine tatsächliche Zahlungsunfähigkeit bestehen noch eine Überschuldung bereits eingetreten sein darf. Antragsberechtigt ist nur der Schuldner. Kernstück der Restrukturierung ist ein Restrukturierungsplan, der mit einer Mehrheit von mindestens 75 % jeweils innerhalb aller beteiligten Gläubigergruppen auch gegen den Willen nicht zustimmender Gläubigerminderheiten gerichtlich beschlossen werden kann. Voraussetzung für die Bindung der überstimmten Gläubigerminderheiten ist, dass diese durch den Plan nicht schlechter gestellt wird als sie ohne Plan stünde. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) plant die – bislang noch ausstehende – Veröffentlichung einer insbesondere an die Bedürfnisse kleiner und mittlerer Unternehmen angepassten Checkliste für den Restrukturierungsplan auf der Website www.bmjv.bund.de.

Als flankierende Maßnahmen kommt unter anderem ein Moratorium – die sog. Stabilisierungsanordnung nach § 56 RegE-StaRUG – in Betracht. Es beinhaltet eine Vollstreckungs- und Verwertungssperre gegenüber einzelnen, mehreren oder allen Gläubigern, soweit dies zur Wahrung der Aussichten auf die Verwirklichung des Restrukturierungsziels erforderlich ist. Bestimmte Forderungen – etwa von Arbeitnehmern im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis,

Forderungen aus vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen sowie Forderungen nach § 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO – sind hiervon gemäß § 6 RegE-StaRUG ausgenommen. Geplant ist zudem eine Befristung auf bis zu drei Monate, die auf maximal acht Monate verlängert werden kann.

Überdies sieht § 97 Abs. 1 RegE-StaRUG eine Privilegierung von Sanierungsfinanzierungen mit Ausnahme von Gesellschafterdarlehen vor. Die Regelungen eines rechtskräftig bestätigten Restrukturierungsplans und Rechtshandlungen, die im Vollzug eines solchen Plans erfolgen, sind demnach bis zur nachhaltigen Restrukturierung einer Anfechtung nur zugänglich, wenn die Bestätigung auf der Grundlage unrichtiger oder unvollständiger Angaben des Schuldners erfolgte und dem anderen Teil dies bekannt war.

Wenngleich während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache die Insolvenzantragspflichten gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 RegE-StaRUG ruhen, ist der Eintritt sowohl von Zahlungsunfähigkeit als auch von Überschuldung dem Gericht ohne schuldhaftes Zögern anzuzeigen (§ 44 Abs. 1 S. 1 RegE-StaRUG), wobei ein Unterlassen dieser Anzeige gemäß § 44 Abs. 3 StaRUG strafbewehrt ist. Das Gericht wird hierauf grundsätzlich die Aufhebung des Restrukturierungsverfahrens anordnen. Ausnahmen gelten, soweit die Umsetzung des

SEMINARTIPPS

- [PraxisDigital: NEUES vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren](#), 01.02.2021, Zoom.
- [Neue aufsichtsrechtliche Vorgaben für die Sanierungsbearbeitung](#), 19.04.2021, Frankfurt/M.

Infos unter www.FCH-Gruppe.de

BUCHTIPP

- [Cranshaw/Paulus/Michel \(Hrsg.\): Bankenkommmentar zum Insolvenzrecht](#), 3. Aufl. 2016.

Infos unter www.FCH-Gruppe.de

Restrukturierungsplans bereits so weit vorgeschritten sein sollte, dass die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens offensichtlich nicht im Interesse der Gläubiger wäre

– was bei Eintritt eines Insolvenzgrundes prima facie schwer vorstellbar erscheint – oder aber die Insolvenzreife aus der Kündigung oder Fälligkeit einer Forderung

nach Anzeige der Restrukturierungssache beim Gericht resultiert und der Erfolg des Restrukturierungsplans überwiegend wahrscheinlich ist.

PRAXISTIPP

Wenn man die Pressemitteilungen zu den Entwürfen des StaRUG verfolgt, könnte man zuweilen meinen, eine vorinsolvenzliche Unternehmenssanierung habe es in der Vergangenheit in Deutschland überhaupt noch nicht gegeben und eine solche werde nunmehr erstmals durch das angestrebte StaRUG ermöglicht. Das Gegenteil ist jedoch der Fall. Insbesondere die außergerichtliche Unternehmenssanierung durch Banken ist bereits seit Jahrzehnten gängige wie durchaus auch erfolgreiche Praxis. Allerdings basiert sie auf dem gegenseitigen Vertrauen und Konsens der Beteiligten sowohl auf Unternehmens- als auch auf Gläubigerseite. Soweit ein derartiger Konsens an der (unbegründeten) Sanierungsunwilligkeit einzelner Beteiligten scheitert, mag das StaRUG im Einzelfall durchaus eine sinnvolle Alternative zur aktuellen Sanierungspraxis darstellen. Inwieweit es sich allgemein durchsetzen kann, bleibt allerdings nach derzeitigem Sachstand fraglich.

So lassen die Zugangsvoraussetzungen zum Restrukturierungsverfahren durchaus

gewisse Zweifel daran aufkommen, inwieweit das StaRUG in der Praxis überhaupt zum Zuge kommen wird. Dies gilt insbesondere für das Erfordernis der bereits drohenden Zahlungsunfähigkeit bei noch nicht eingetretener Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung. Denn soweit innerhalb des neuen Prüfungshorizonts für die Überschuldungsprüfung von zwölf Monaten (vgl. Art. 5 Nr. 11 SanInsFoG zur Ergänzung von § 19 Abs. 2 InsO) drohende Zahlungsunfähigkeit eintritt, wird man regelmäßig nicht von einer positiven Fortführungsprognose ausgehen können, was dann in der Praxis aufgrund des hierauf erforderlichen Ansatzes von Zerschlagungswerten in der Überschuldungsbilanz in aller Regel zur Annahme von Überschuldung führen wird. Das Restrukturierungsverfahren wäre demgemäß lediglich in einem vergleichsweise frühen Krisenstadium eine Option, nämlich wenn der prognostizierte Eintritt der Zahlungsunfähigkeit noch mehr als ein Jahr entfernt liegt. Ansonsten schließen sich die positive Zugangsvoraussetzung der drohenden Zahlungsunfähigkeit und

die negative Zugangsvoraussetzung der noch nicht eingetretenen Überschuldung gegenseitig aus.

Wenn man sich zudem vergegenwärtigt, in welchem Stadium Unternehmenskrisen aktuell regelmäßig als solche erkannt werden – nämlich allzu häufig leider erst, wenn eine mögliche Insolvenz bereits in greifbarer Nähe gerückt ist – dann lässt dies kaum Hoffnung zu, dass das Restrukturierungsverfahren in der breiten Masse der Fälle überhaupt eine realistische Option darstellen wird. Krisen entwickeln sich häufig erst schleichend über längere Zeiträume. Der bekannt gewordene Kriseneintritt und die vermeintlich erst drohende Zahlungsunfähigkeit entpuppen sich dann bei näherem Hinsehen oftmals als bereits seit langem bestehende Krise samt eingetretener Zahlungsunfähigkeit, die als solche von den Beteiligten noch nicht bemerkt worden war.

Nach alledem bleiben die weitere Entwicklung sowie die tatsächliche Endfassung des StaRUG mit Spannung abzuwarten.

- Vorstand & Aufsichtsrat
- Personal & Führung
- Kreditgeschäft & Immobilienfinanzierung
- SanInsO
- Bankrecht
- Compliance
- Revision
- Controlling
- IT & Orga
- Einlagen- & Wertpapiergeschäft

Ist Einwilligung nicht gleich Einwilligung?

Max Kirschhöfer,
Rechtsanwalt,
Thümmel, Schütze & Partner

Im Jahr 2018 markierten zwei Daten jeweils einen für das Zahlungsverkehrsrecht relevanten Zeitpunkt. Zum 13.01.2018 lief die

Umsetzungsfrist für die am 12.01.2016 in Kraft getretene Richtlinie (EU) 2015/2366 (PSD II) ab. Seit dem 25.05.2018 ist die Verordnung (EU) 2016/679 (DS-GVO) vom 27.04.2016 in allen EU-Mitgliedstaaten unmittelbar anzuwenden.

Relevant sind die beiden Daten aus Sicht des Zahlungsverkehrsrechts aus folgendem

Grund: Der regulierte Zahlungsverkehr ist derzeit ohne die Verarbeitung personenbezogener Daten nicht denkbar. Denkbar ist ein Zahlungsverkehr ohne Bezug zu personenbezogenen Daten allenfalls im Bereich der Distributed Ledger Technology. Zur Ausführung eines Zahlungsauftrages muss im innereuropäischen Zahlungsverkehr nämlich regelmäßig die IBAN des

Zahlers sowie die IBAN des Zahlungsempfängers verarbeitet werden. Handelt es sich beim Zahler bzw. beim Zahlungsempfänger um natürliche Personen, liegt eine Datenverarbeitung i. S. d. DS-GVO vor und deren Anwendungsbereich ist eröffnet.

Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist unter der DS-GVO allerdings nur zulässig, wenn hierfür ein sich aus der DS-GVO ergebender Rechtfertigungsgrund vorliegt (Art. 5 Abs. 1 lit. a, Art. 6 Abs. 1 DS-GVO, sog. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt). Praktikable Rechtfertigungsgründe im nicht-öffentlichen Bereich für die Verarbeitung personenbezogener Daten sind insbesondere die datenschutzrechtliche Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO), die Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung (Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO) oder die auf einem berechtigten Interesse des Verpflichteten oder eines Dritten basierende Datenverarbeitung (Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO). Im Zusammenhang mit der Erbringung einer Zahlungsverkehrsdienstleistung liegt es somit nahe, die im Zusammenhang mit dem Zahlungsvorgang stehende Datenverarbeitung im Verhältnis zwischen Bank und eigenem Kunden mittels der Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung zu rechtfertigen (Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO).

Dem scheint bzw. schien indessen bislang Art. 94 Abs. 2 PSD II bzw. § 59 ZAG entgegenzustehen. In jedem Falle aber sorgte der Wortlaut der beiden Vorschriften für eine gewisse Rechtsunklarheit im Zusammenhang mit der Erbringung von Zahlungsverkehrsdienstleistungen. Zurückzuführen ist dies darauf, dass es in Art. 94 Abs. 2 PSD II deutsche Fassung heißt, ein Zahlungsdienstleister dürfe die für das Erbringen seines Zahlungsdienstes erforderliche

Datenverarbeitung „nur mit der ausdrücklichen Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers“ vornehmen. Die englische Fassung hingegen spricht von „explicit consent.“ In redaktioneller Hinsicht ist dies problematisch, da jedenfalls nach deutschem Rechtsverständnis die Einwilligung als vorherige Zustimmung zu verstehen ist (§ 183 BGB), während eine Zustimmung in Form der Genehmigung grds. auch nachträglich erfolgen kann. In § 59 Abs. 2 ZAG heißt es hingegen wieder (zutreffend), die Datenverarbeitung im Zusammenhang mit der Erbringung eines Zahlungsdienstes dürfe nur mit der „ausdrücklichen Einwilligung“ des Kunden erfolgen.

Aus Sicht des Datenschutzrechts ist dies problematisch, da eine Einwilligung (nach dem englischen Wortlaut der DS-GVO „consent“) nach Art. 7 DS-GVO freiwillig erteilt werden muss, was nur dann der Fall ist, wenn der Kunde ein echtes Wahlrecht zwischen Erteilung der Einwilligung und deren Versagung hat (take it or leave it). Ein solches Wahlrecht des Kunden läge aber im Zusammenhang mit der Erbringung eines Zahlungsdienstes gerade nicht vor. Denn versagt der Kunde – dem Wortlaut der PSD II und des ZAG nach – die Einwilligung, ist die Bank an der Erbringung des Zahlungsdienstes gehindert und

kann diesen somit auch nicht erbringen. Denn PSD II und ZAG geben ja vor, dass die durch den Zahlungsverkehr bedingte Datenverarbeitung nur bei Vorliegen einer „Einwilligung“ erfolgen darf. Dem Wortlaut der beiden Rechtsakte nach kämen somit die weiteren datenschutzrechtlichen Rechtfertigungsgründe nicht als Rechtsgrundlage für eine Datenverarbeitung in Betracht. Um diesen Konflikt zu lösen, wurde zum Teil vorgeschlagen, Art. 94 Abs. 2 PSD II sowie § 59 Abs. 2 ZAG „einschränkend“ auszulegen. Mit Blick darauf, dass der Wortlaut einer Norm grundsätzlich die Grenze der Auslegung bildet, ist eine solche „einschränkende“ Auslegung nicht unbedenklich.

Der Europäische Datenschutzausschuss (European Data Protection Board = EDPB) hat sich in der (Konsultationsfassung) seiner „Guidelines 06/2020 on the interplay of the PSD II and the GDPR“ vom 17.07.2020 zu dieser Frage nunmehr umfassend positioniert und stellt klar, dass er den Begriff der Einwilligung („explicit consent“) unter der PSD II anders auslegt, als den Begriff der Einwilligung („consent“) nach der DS-GVO, wobei der EDPB nicht zwischen explicit consent und consent unterscheidet. Konkret geht der EDPB davon aus, dass die Einwilligung nach Art. 94 Abs. 2 PSD II in einem

PRAXISTIPP

Nach Veröffentlichung der finalen Fassung der Guidelines sollte zunächst geprüft werden, ob der EDPB an seiner Rechtsauffassung festhält bzw. diese in die eine oder andere Richtung präzisiert. Im Anschluss daran sollte geprüft werden, ob die verwendeten AGB, Sonderbedingungen und Datenschutzhinweise die von Seiten der (Datenschutz-)Aufsicht geforderten Informationen enthalten und die gebotene „Trennung“ zu den übrigen Vertragsklauseln sichergestellt ist.

SEMINARTIPP

- Aktuelle Praxisprobleme in Kontoführung & Zahlungsverkehr, 04.11.2021, Zoom.

Infos unter www.FCH-Gruppe.de

BUCHTIPPS

- Duncker/Hallermann/Maull (Hrsg.): Bearbeitungs- und Prüfungsleitfaden: Neues Datenschutzrecht, 2019.
- Göhrig/Maull/Petersen (Hrsg.): Managementleitfaden Datenschutz, 2019.

Infos unter www.FCH-Gruppe.de

vertraglichen Kontext gesehen werden müsse. Die Bedeute, dass Art. 94 Abs. 2 PSD II dahingehend auszulegen ist, dass den Betroffenen bei Vertragsabschluss vor Augen geführt werden müsse, welche Kategorien personenbezogener Daten verarbeitet werden sollen und sie dem ausdrücklich zustimmen müssen,

wobei die entsprechenden Hinweise klar von weiteren Vertragsklauseln getrennt werden sollen.

Ob sich der EuGH einer solchen gespaltenen Auslegung des Begriffs der Einwilligung anschließen wird, bleibt abzuwarten. Darauf hinzuweisen ist allerdings,

dass der EuGH im Zusammenhang mit der ePrivacy-RL entschieden hat, dass im Sinne eines unionsweit maßgeblichen Auslegungsergebnisses der Begriff der „Einwilligung“ einheitlich im Sinne des Einwilligungsbegriffes der DS-GVO auszulegen ist (vgl. EuGH, Urt. v. 01.10.2019, Az. C-673/17).

BMS

Bond Management Support GmbH & Co. KG
Frankfurt am Main

Avalmanagement

Wir sind ein externer Dienstleister mit Erfahrungen in der Avalabwicklung im In- und Ausland. Unser Ziel ist es, das Avalrisiko durch das eingesetzte technische, kaufmännische und juristische Know-how zu reduzieren. Die Erfahrung der letzten Jahre hat gezeigt, dass ein proaktives Herangehen und kein bloßes Abwarten der immer kommenden Inanspruchnahme des Avals, das Risiko für die Kreditinstitute nachweislich reduziert hat.

Poolverwaltung

Wir übernehmen die Koordination bzw. Abwicklung der Poolverwaltung/-führung in Lieferanten- oder Bankenpools.

Baucontrolling

Wir übernehmen die technische und kaufmännische Prüfung sämtlicher Vertragsunterlagen.

Referenzen / Auftraggeber, u. a.:

HypoVereinsbank	Volksbank Alzey-Worms eG
UniCredit	DZ Bank
Sparkasse Wetzlar	Emsländische Volksbank eG
Commerzbank	SwissRe
IBB Int. Bankhaus AG	Taunussparkasse
KSK Tübingen	Volksbank Köln Bonn
Zurich	Euler Hermes Deutschland
Sparkasse Bielefeld	Nord/LB
Kreissparkasse Köln	LBBW
Sparkasse Essen	u.v.m.

Ihr Ansprechpartner Rechtsanwalt Torsten Steinwachs

Geschäftsführender Partner der BMS
Zertifizierter Restrukturierungs- und Sanierungsexperte
Zertifizierter Wirtschaftsmediator (Uni of A. Science)
BMS Bond Management Support
GmbH & Co. KG
Wiesenhüttenplatz 26, 60329 Frankfurt am Main
Tel. 069 8740309-00, Fax: 069 8740309-10
torsten.steinwachs@bms-bond.com

www.bms-bond.com



Banken-Times kostenlos bestellen

Mit diesem Newsletter informieren wir unsere Kunden und weitere interessierte Kreise über aktuelle Fachthemen aus der Kreditwirtschaft.

Der E-Mail-Versand der Banken-Times erfolgt nach vollständigem Ausfüllen und Rücksenden des nachstehenden Coupons kostenlos.

Name:

Vorname:

Position:

Abteilung:

Unternehmen:

E-Mail:

Erhalten Sie kostenlos und unverbindlich die Banken-Times zu den folgenden Themenbereichen:

BANKEN-TIMES KLASSIK

BANKEN-TIMES SPEZIAL BANKRECHT

BANKEN-TIMES SPEZIAL COMPLIANCE

BANKEN-TIMES SPEZIAL VORSTAND & AUFSICHTSRAT

BANKEN-TIMES SPEZIAL KREDITGESCHÄFT & IMMOBILIENFINANZIERUNG

BANKEN-TIMES SPEZIAL PERSONAL & FÜHRUNG

BANKEN-TIMES SPEZIAL SANI/INSO

BANKEN-TIMES SPEZIAL CONTROLLING

BANKEN-TIMES SPEZIAL REVISION

BANKEN-TIMES SPEZIAL EINLAGEN- & WERTPAPIERGESCHÄFT

BANKEN-TIMES SPEZIAL IT & ORGA

Bestellung bitte senden an: bt@fch-gruppe.de

Fach-/Produktinformationen und Datenschutz

Die FCH Gruppe AG und ihre Tochtergesellschaften nebst Dienstleistern (z. B. Lettershop) verwenden Ihre personenbezogenen Daten für die Durchführung unserer Leistungen und um Ihnen ausgewählte Fach- und Produktinformationen per Post zukommen zu lassen. Sie können der Verwendung Ihrer Daten jederzeit durch eine Mitteilung per Post, E-Mail oder Telefon widersprechen.

Senden Sie mir bitte Fach- und Produktinformationen sowie die Banken-Times für meinen Fachbereich kostenfrei an meine angegebene E-Mail-Adresse (Abbestellung jederzeit möglich).

Impressum

Finanz Colloquium Heidelberg GmbH
Im Bosseldorn 30, 69126 Heidelberg
ViSdP: Thomas Ackermann
Telefon: +49 6221 99898-0
Telefax: +49 6221 99898-99
E-Mail: Info@FCH-Gruppe.de
Internet: www.FCH-Gruppe.de

Geschäftsführer:
Marcus Michel
Prof. Dr. Patrick Rösler
Frank Sator, Björn Wehling

Sitz der Gesellschaft ist Heidelberg,
Amtsgericht Mannheim, HRB Nr. 335598

Zum Bestellen oder Abbestellen dieses Newsletters senden Sie uns bitte eine E-Mail an bt@fch-gruppe.de

ISSN 2364-270X