

Effiziente Risikoallokation bei Kreditkartensystemen

- *Eine Untersuchung anhand der Ökonomischen Analyse des Rechts* –

Langenbucher, Anja

geb.: 12.November 1972

aus Stuttgart

Vorgelegt am 18.02.2002

Inhaltsverzeichnis

EFFIZIENTE RISIKOALLOKATION BEI KREDITKARTENSYSTEMEN.....	1
1. KAPITEL:.....	4
EINFÜHRUNG UND GANG DER ARBEIT.....	4
I. <u>EINFÜHRUNG UND PROBLEMSTELLUNG.....</u>	4
II. <u>GANG DER ARBEIT</u>	10
2. KAPITEL:.....	12
DIE GRUNDSTRUKTUR IM BARGELDLOSEN ZAHLUNGSSYSTEM.....	12
I. <u>DAS GRUNDDREIECK</u>	12
1. Aufbau aller kartengebundenen Zahlungssysteme	12
2. Spezielle Ausgestaltung	17
a) Kreditkarten	17
aa) Kommerzielle Kartenorganisationen: American Express, Diners Club.....	17
bb) Interbankenvereinigungen: VISA, Mastercard/Eurocard.....	18
b) Von Handels- oder Dienstleistungsunternehmen emittierte Kundenkarten.....	21
c) Elektronisches Geld.....	23
II. <u>RECHTSVERHÄLTNISSE ZWISCHEN DEN PARTEIEN.....</u>	26
1. Bilaterale Verträge der Beteiligten im Drei-Parteien-System.....	26
2. Das Rechtsverhältnis zwischen Kartenemittent und Vertragsunternehmen (Vollzugsverhältnis).....	27
3. Das Rechtsverhältnis zwischen Kartenemittent und Karteninhaber (Deckungsverhältnis).....	29
4. Das Rechtsverhältnis zwischen Karteninhaber und Vertragsunternehmen (Valutaverhältnis)	
31	
III. <u>STRATEGISCHE INTERESSEN DER PARTEIEN IM GRUNDDREIECK.....</u>	33
1. Zahlender - Zahlstelle (Emittent).....	33
a) Der Vertrag über die Benutzung einer Karte mit Kreditoption ($t = 0$).....	33
b) (Nicht-)Entrichtung des Rechnungsbetrages an den Emittenten nach Einsatz der Karte ($t = 2+x$).....	39
2. Zahlender – Zahlungsempfänger.....	43
3. Zahlstelle – Zahlungsempfänger	45
a) Der Vertrag zwischen Akquisiteur und Vertragsunternehmen ($t = 0$).....	45
b) (Nicht-)Entrichtung des gestundeten Rechnungsbetrags durch die Zahlstelle an den Zahlungsempfänger ($t = 2$).....	46
4. Innerhalb der Zahlstelle: Emittent – Akquisiteur	48
IV. <u>DIE EFFIZIENTE ZUWEISUNG VON RISIKEN ALS GRUNDFRAGE DER ARBEIT</u>	49
3. KAPITEL:.....	53
GEGENSTAND DER ÖKONOMISCHEN ANALYSE DES RECHTS	53
I. <u>DIE GRUNDLAGEN DER ÖKONOMISCHEN ANALYSE DES RECHTS AUS DER NEOKLASSIK</u>	53
1. Das Coase Theorem und das Denkmodell des vollständigen Vertrages	53
a) Das Coase Theorem als Ausgangspunkt.....	53
b) Die Anwendung des Coase Theorems auf die ökonomische Analyse des Rechts: Das Denkmodell des vollständigen Vertrages.....	57
2. Kritik am Coase-Theorem.....	60
a) Einkommenseffekte.....	60
b) Besitzeffekte	63
c) Strategisches Verhalten.....	65
3. Ausweg für die Ökonomische Analyse des Rechts	67
a) Einkommens- und Besitzeffekte.....	67
b) Strategisches Verhalten	70
II. <u>DIE EFFIZIENZKRITERIEN ZUR RISIKOALLOKATION.....</u>	74
1. Der Cheapest Cost Avoider oder das Loss reduction principle.....	75
2. Der Cheapest Insurer.....	77
3. Der Superior Risk Bearer oder das Loss spreading principle	79
4. Das wohlfahrtsökonomische Prüfungsschema.....	81
III. <u>EINIGE ERGÄNZENDE ÜBERLEGUNGEN.....</u>	85

4. **KAPITEL:**..... 91

ÖKONOMISCHE ANALYSE DES KREDITAUSFALLSRISIKOS 91

I.	RELEVANTE RECHTLICHE HAFTUNGSREGELUNGEN	92
1.	Strafrechtliche Normen	92
2.	Zivilrechtliche Normen	92
3.	Allgemeine Geschäftsbedingungen	95
II.	DIE ÖKONOMISCHE ANALYSE	97
1.	Das Antragsrisiko	97
a)	Die Haftungsregelung	97
b)	Die ökonomische Analyse	98
aa)	Der Kartemittent	99
bb)	Das Vertragsunternehmen	105
cc)	Der Karteninhaber	109
2.	Das Zahlungsrisiko	111
a)	Zahlungsausfall durch Insolvenz des Karteninhabers	111
aa)	Die Haftungsregelung	111
bb)	Die ökonomische Analyse	113
(1)	Der Kartemittent	114
(2)	Das Vertragsunternehmen	119
(3)	Der Karteninhaber	122
b)	Zahlungsausfall durch Überschreiten des floor limits	125
aa)	Die Haftungsregelung	125
bb)	Die ökonomische Analyse	127
(1)	Das Instrument des floor limits	127
(2)	Haftung des Vertragsunternehmens	129
c)	Zahlungsausfall wegen Zahlungsverweigerung der Karteninhabers	132
aa)	Die Haftungsregelung	132
bb)	Die ökonomische Analyse	136
(1)	Die Beteiligung des Kartemittenten	137
(2)	Die Alternativen	140
(a)	Das Vertragsunternehmen	140
(b)	Der Karteninhaber	143
(c)	Kombinationslösungen	145
d)	Zahlungsausfall durch mißbräuchliche Verlustanzeige	148
aa)	Die Haftungsregelung	148
bb)	Die ökonomische Analyse	149
(1)	Das Vertragsunternehmen	150
(2)	Der Kartemittent	150
(3)	Der Karteninhaber	151
III.	ZUSAMMENFASSUNG	153
5.	KAPITEL:	157

ÖKONOMISCHE ANALYSE DES DRITTRISIKOS 157

I.	ÜBERBLICK ÜBER DIE DRITTRISIKEN	157
1.	Mißbrauch nach Verlust oder Diebstahl	157
2.	Fälschung	158
II.	DIE RECHTLICHE HAFTUNGSREGELUNG	159
1.	Sorgfaltspflichten der beteiligten Parteien zur Vermeidung von Mißbrauch	159
a)	Das Vertragsunternehmen	159
b)	Der Kartemittent	160
c)	Der Karteninhaber	161
2.	Ansprüche des Vertragsunternehmens gegenüber dem Emittenten	161
a)	Im Fall des Forderungskaufes	162
b)	Im Fall der Garantie oder des abstrakten Schuldversprechens	164
3.	Ansprüche des Emittenten gegenüber dem Karteninhaber	165
a)	Anspruch aus Geschäftsbesorgungsvertrag	165
aa)	Anspruch aus Geschäftsbesorgungsvertrag i.V.m. einer Weisung des Karteninhabers	165
bb)	Anspruch aus einem Geschäftsbesorgungsvertrag i.V.m. einer Klausel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	166
b)	Sonstige Ansprüche	168
aa)	Die abgetretene Forderung aus dem Valutaverhältnis	168
bb)	Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag	168

c)	Mögliche Schadensersatzpflicht des Karteninhabers aus schuldhafter Vertragsverletzung.....	169
4.	Zusammenfassung	170
III.	<u>DIE ÖKONOMISCHE ANALYSE</u>	171
1.	Einleitung	171
a)	Gruppe 1: Risiken nahe des Kartenemittenten.....	171
b)	Gruppe 2: Risiken nahe des Karteninhabers	172
c)	Gruppe 3: Risiken nahe des Vertragsunternehmens	173
2.	Mißbrauch nach Diebstahl	175
a)	Diversifikationsmöglichkeiten	175
b)	Anreizsetzung zur Risikovermeidung.....	177
aa)	Das Vertragsunternehmen.....	177
bb)	Der Karteninhaber.....	179
cc)	Der Kartenemittent	179
c)	Das adverse Selektions-Problem und Moral Hazard-Risiko.....	182
3.	Besonderheiten beim Mißbrauch nach Verlust durch fahrlässige Aufbewahrung	187
4.	Fälschung	190
a)	Möglichkeiten der Einflußnahme.....	190
b)	Diversifikationsmöglichkeiten	192
IV.	<u>ZUSAMMENFASSUNG</u>	193
6. KAPITEL:	197
ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK	197
LITERATURVERZEICHNIS	201

1. Kapitel:
Einführung und Gang der Arbeit

I. Einführung und Problemstellung

Kartengebundene Zahlungssysteme haben in den letzten Jahren zunehmend an Bedeutung gewonnen.¹ Insbesondere die Kreditkarte ist durch ihren problemlosen Einsatz im Ausland und bei Käufen über das Internet oder per Telefon ausgesprochen beliebt.² Während in Deutschland 1994 auf 1000 Einwohner lediglich rund 580 Karten entfielen, erhöhte sich diese Zahl 1999 bereits auf 1299 Karten, mit denen etwa 759 Millionen Transaktionen abgewickelt wurden.³ Im europäischen Durchschnitt betrachtet belegt Deutschland dabei einen der hinteren Plätze. In Großbritannien war 1999 die Anzahl der Karten mit 1530 pro 1000 Einwohner zwar nicht bedeutend höher, die Karte wurde jedoch als Zahlungsinstrument wesentlich häufiger eingesetzt – 3406 Millionen Transaktionen sind verzeichnet worden -, was immerhin 57 Karteneinsätze pro Kopf bedeutet; in Deutschland beläuft sich dieselbe Zahl lediglich auf 9, obgleich der Bundesbürger im Durchschnitt sogar mehr als eine

¹ Vgl. DIEMER (1998), S. 28 f..

² Vgl. DEUTSCHE BUNDESBANK (1999), S. 134.

³ Vgl. EZB (2000), S. 202 und EZB (2002), S. 527 und 532. Diese Zahlen beinhalten Karten mit einer Debit- und einer Kreditfunktion.

Zahlungskarte besitzt.⁴ Diese Daten bestätigen die Vermutung, daß die Karte als Zahlungsinstrument täglich an Bedeutung gewinnt und zukünftig vermutlich eines der häufigsten Mittel sein wird, eine Rechnung zu begleichen. In Großbritannien werden bereits 35% der Gesamtzahl aller Zahlungstransaktionen mit einer Karte abgewickelt, in Portugal sind es schon 47% und in Dänemark gar 50%.⁵ Hinkt Deutschland mit der Einsatzhäufigkeit der kartengebundenen Zahlungsinstrumente seinen europäischen Nachbarn auch noch etwas hinterher, so ist durch die hohe Anzahl bereits ausgegebener Karten doch der entscheidende Grundstein gelegt – es kann davon ausgegangen werden, daß die Zahl der mit Hilfe von Karten abgewickelten Zahlungstransaktionen in Zukunft beträchtlich zunimmt und sich der Überweisung als bislang häufigste Zahlungsart, annähern wird.⁶

Kartengebundene Zahlungssysteme sind naturgemäß komplexer als Bargeldzahlungen, da sie in der Regel die Teilnahme mehrerer Parteien voraussetzen.⁷ Es überrascht daher nicht, daß solche Systeme anfällig für die verschiedensten Risiken sind. Derartige Risiken, die sich bei einer Zahlung mit Kreditkarte zwischen den Beteiligten realisieren können, lassen sich entweder auf äußere Einflüsse zurückführen, wie das Auftreten exogener Schocks und der Mißbrauch durch unbefugte Dritte, oder sie liegen im Verhalten der verschiedenen am Zahlungssystem beteiligten Parteien selbst begründet.

Typische Beispiele für die Realisierung eines Risikos sind der Verlust von Kreditkarten, deren Diebstahl oder mißbräuchlicher Einsatz. Auch können die rechtmäßigen Karteninhaber, etwa weil sie - verschuldet oder unverschuldet - insolvent geworden sind, ihre aufgelaufenen Rechnungsbeträge entweder gar nicht oder nur teilweise erstatten. Denkbar ist darüber hinaus, daß ein Karteninhaber den Kauf eines fehlerhaften oder auch nur nicht gefallenden Produktes widerrufen möchte und sich aus diesem Grund weigert, seine Kreditkartenrechnung zu bezahlen. Ein weiteres Risiko werfen Antragsteller auf, die sich um den Besitz einer Kreditkarte bemühen, aber nicht denjenigen Anforderungen zu entsprechen in der Lage sind,

⁴ Vgl. EZB (2002), S. 524, 527 und 532.

⁵ Vgl. EZB (2002), S. 534.

⁶ Vgl. EZB (2002), S. 534.

deren ordnungsgemäße Erfüllung sie zunächst versprechen. Durch die asymmetrische Informationsverteilung weiß der Antragstellende regelmäßig besser über die Intentionen Bescheid, die er mit dem Erwerb einer Kreditkarte verfolgt, als das antragsbearbeitende Unternehmen. Der kartenakzeptierende Händler hat möglicherweise ebenfalls andere Absichten, als vom Kartenemittenten, mit dem er in einem vertraglichen Verhältnis steht, angenommen und umgekehrt. Zuletzt bilden auch technische Defekte eine eigene Risikokategorie. Diese mögen den Einsatz der Kreditkarte bei der Zahlung verhindern, oder es kann sich bei der dem Händler vorgelegten Karte um eine Fälschung handeln.

Bei der Realisierung all dieser vorgenannten Risiken kommt es zu einer Unterbrechung oder zumindest Verzögerung des Zahlungsstromes zwischen Karteninhaber, kartenemittierendem Unternehmen und kartenakzeptierendem Händler, was erhebliche Kosten für alle am Zahlungssystem beteiligten Parteien verursacht.

Umso mehr mag es erstaunen, daß trotz der eingangs erwähnten gestiegenen Häufigkeit des Kreditkarteneinsatzes die rechtliche Lage in Bezug auf die durch die eben beschriebenen Risiken aufgeworfenen Haftungsfragen keineswegs als eindeutig bezeichnet werden kann. In Deutschland fehlt es etwa trotz der wachsenden Bedeutung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs und insbesondere der Kreditkarte bislang an einer speziellen Regelung für Kreditkarten im Bereich des Zivilrechts.⁸ Auf europäischer Ebene ist man im Hinblick auf die Schaffung eines einheitlichen Binnenmarktes auch für Finanzdienstleistungen schon lange an einer Harmonisierung der nationalen Gesetzgebungen interessiert.⁹ Bisher sind allerdings vornehmlich Empfehlungen verabschiedet worden, welche die zentrale Stellung einheitlicher

⁷ Von Handel- und Dienstleistungsunternehmen emittierte Kundenkarten können dabei in einigen Fällen als Ausnahme gesehen werden. In der Regel ist jedoch das kartenemittierende Unternehmen als Intermediär dazwischen geschaltet. Vgl. dazu 2. Kapitel, I.1. und 2.b).

⁸ Eine Ausnahme bildet der im Rahmen der Schuldrechtsreform neu eingeführte § 676h BGB, *Missbrauch von Zahlungskarten*. Diese Norm regelt jedoch lediglich, was ohnehin Rechtsprechung war: Das kartenemittierende Kreditinstitut kann für die Verwendung von Zahlungskarten keinen Aufwendungsersatz vom Karteninhaber verlangen, wenn diese mißbräuchlich verwendet wurden. Diese Vorschrift dient der Umsetzung von Artikel 8 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz. Vgl. AMTSBLATT (1997), S. 19 ff..

Zahlungsformen für die Entwicklung des Binnenmarktes betonen: Der ungehinderte Fluß von Finanzmitteln ist als „Öl im Getriebe“ des Binnenmarktes bezeichnet worden; nur wenn Zahlungsströme durch Ländergrenzen nicht behindert werden, ist auch der grenzüberschreitende Warenverkehr vollständig realisierbar.¹⁰ Eine europaweit einheitliche Regelung der Zahlung mit Kreditkarten steht dagegen bislang noch aus.¹¹

Da es an zwingenden gesetzlichen Vorgaben für die Ausgestaltung einer Kreditkartenzahlung fehlt, kommt den *Allgemeinen Geschäftsbedingungen* der kartenemittierenden Unternehmen, also den von diesen verwendeten standardisierten Vertragsklauseln, besondere Bedeutung zu. Diese sind in den allermeisten Fällen umfangreich, unübersichtlich und dem ungeschulten Leser nur schwer verständlich. Beim Vertragsabschluß werden sie gleichwohl dem Kunden, der einen Antrag auf Benutzung einer Kreditkarte stellt, bzw. dem Händler, der im Begriff ist, einen Vertrag über die zukünftige Akzeptanz der Kreditkarte als Zahlungsmittel abzuschließen, vom Kartenemittenten vorgelegt. Eine Möglichkeit, von den Standardbedingungen abweichende Vertragsgestaltungen durchzusetzen, besteht im Regelfall nicht, da die Kartenemittenten nur zu ihren Standardbedingungen zum Vertragsabschluß bereit sind.¹² Um das hiermit angesprochene Machtgefälle zwischen dem Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen und dessen Vertragspartner abzumildern, wird die Zulässigkeit solcher Bedingungen anhand der neuen §§ 305 ff. BGB (ehemals das *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG)*) überprüft. Dabei führen die §§ 308, 309 BGB bestimmte in Standardverträgen häufig verwendete Klauseln explizit als unwirksam auf. Für die Kontrolle von Kreditkartenverträgen fehlt es allerdings im Katalog der §§ 308, 309 BGB an häufig verwendeten Klauseln. Will man einen

⁹ Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION (1986) 754 ENDG. ; Mitteilung der Kommission an den Rat, Trümpfe für Europa: Neue Kartenzahlungssysteme. Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION (1997) 157 ENDG., Mitteilung der Kommission, Europäische Initiative für den elektronischen Geschäftsverkehr.

¹⁰ An bereits verabschiedeten Richtlinien im Bereich des allgemeinen bargeldlosen Zahlungsverkehrs ist die Richtlinie 97/5/EG über grenzüberschreitende Überweisungen ebenso zu nennen, wie die Richtlinie 98/26/EG über bargeldlose Zahlungssysteme.

¹¹ Eine Ausnahme bildet wiederum Art. 8 der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG, auf welcher der bereits erwähnte § 676h BGB beruht. Vgl. AMTSBLATT (1997), S. 19 ff..

¹² Ein Problem der wissenschaftlichen Durchdringung dieses Gebiets ist die Sichtung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Akquisiteure gegenüber den Vertragsunternehmen. Die Banken sind zur Herausgabe derselben nur selten bereit, so daß oft auf Sekundärliteratur zurückgegriffen werden mußte. Vgl. dazu TAUPITZ (1995), ANHANG, S. 309ff..

Kreditkartenvertrag auf seine Zulässigkeit hin untersuchen, ist man somit auf die allgemeine Inhaltskontrolle des § 307 BGB verwiesen. Dieser orientiert sich am Leitbild des geschriebenen Rechts, soweit es Ähnlichkeiten zu der Klausel aufweist, die kontrolliert werden soll. Sinn und Zweck der Inhaltskontrolle ist es dabei, möglichst weitgehend zu verhindern, daß der Verwender der Geschäftsbedingungen – der diese infolge der ungleichen Verhandlungsposition zwischen ihm als Verwender und seinem Vertragspartner als Akzeptierenden weitgehend diktieren kann - dieselben einseitig zu seinem Vorteil ausnutzt und damit der Vertragspartner, ohne über die Bedingungen verhandeln zu können, über Gebühr benachteiligt wird. Anhand der Generalklausel des § 307 BGB (ehemals § 9 AGBG) wird die überwiegende Mehrheit aller Rechtsstreitigkeiten über die Wirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgetragen.¹³ Danach sind Allgemeine Geschäftsbedingungen im Wesentlichen dann unwirksam, wenn sie entweder nach § 307 Absatz 1 BGB den Vertragspartner entgegen den Geboten von *Treu und Glauben* unangemessen benachteiligen oder nach § 307 Absatz 2 Nr. 1 BGB *mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren sind*. Für eine Inhaltskontrolle anhand der wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung, welche der zu kontrollierenden Klausel ähnlich ist, fehlt es allerdings am Leitbild, wenn es weder eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, gegen die eine standardisierte Geschäftsbedingung verstoßen könnte – wie dies in Deutschland bei der Kreditkartenzahlung in Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung gerade des Kreditkartengeschäfts der Fall ist – noch eine gesetzliche Vorschrift gibt, die wenigstens einen ähnlichen Sachverhalt regelt. An die Stelle eines gesetzlichen Leitbildes muß daher ein allgemeinerer Maßstab zur Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Kreditkartenverträgen treten. Für derartige Fälle wird bereits heute in der juristischen Literatur auf ökonomische Effizienzkriterien verwiesen¹⁴, welche die Lücke ausfüllen könnten, die

¹³ Vgl. § 307 BGB:

- (1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.
- (2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung
 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder
 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

¹⁴ Vgl. KÖTZ (1993), S. 189 ff.. Vgl. KÖHLER (1980), S. 589 ff..

sich durch das weitgehende Fehlen eines gesetzlichen Leitbildes ergibt. Das Anliegen der vorliegenden Arbeit ist es, ein solches ökonomisches Leitbild zu entwerfen, welches dem Juristen, der nach der Zulässigkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen fragt, einen Maßstab an die Hand zu geben vermag.

Es mag auf den ersten Blick überraschen, warum ein gesetzliches Leitbild ausgerechnet ökonomischen Effizienzkriterien entsprechen sollte. Führt man sich das für kostenträchtige Risiken anfällige Zahlungssystem jedoch noch einmal vor Augen, leuchtet der Zusammenhang unmittelbar ein: Jedes der oben geschilderten Risiken muß von einem der am System Beteiligten getragen werden. Für denjenigen, der das jeweilige Risiko trägt und somit für den hiermit verbundenen Schaden geradestehen muß, verursacht dies Kosten, so daß er versuchen wird, eben diese soweit wie möglich auf die anderen Parteien zu überwälzen. Die Kosten verteilen sich als Konsequenz schließlich auf alle Parteien im System. Trägt nicht diejenige Partei das Risiko, für die dies den geringsten Aufwand bedeutet, kommt es zwangsläufig zu Ineffizienzen, die schließlich durch die angesprochene Überwälzung den Nutzen aller Beteiligten schmälern. Es ist daher notwendig und sinnvoll und dient dem Interesse aller am Zahlungssystem Beteiligten zu untersuchen, wie eine Risikoallokation aussehen kann, die sich nach ökonomischen Effizienzkriterien richtet. Eine solche Untersuchung erfolgt in Anlehnung an die Ökonomische Analyse des Rechts, welche genau dieses Vorgehen seit geraumer Zeit für die Rechtswissenschaften propagiert.

Der amerikanische Richter RICHARD POSNER gilt als der Begründer der sogenannten *Ökonomischen Analyse des Rechts* in den USA. Auf ihn ist die Idee zurückzuführen, das 1960 begründete und später als *Coase-Theorem*¹⁵ bekanntgewordene Verhandlungsmodell als Ausgangspunkt eines Denkmodells zu verwenden, welches das Recht nach ökonomischen Effizienzkriterien untersuchen und gestalten will.¹⁶ POSNER unterscheidet dabei zwischen positiver und normativer ökonomischer Analyse des Rechts. Während es Aufgabe der positiven Analyse ist, bestehende

¹⁵ Vgl. COASE (1960), S. 1 ff..

¹⁶ Vgl. POSNER (1998), preface, S.vii: „*This is the fifth edition of a textbook-treatise...It differs from other textbooks on the subject in the breadth of its coverage (almost the whole legal system) and in the emphasis placed on the legal regulation of nonmarket behaviour.*“

Eine Übertragung auf das deutsche Recht findet sich bei SCHÄFER/OTT (2000) in ihrem Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts. Kritisch gegenüber dem Posner'schen Vorgehen ist

Rechtsnormen und Gesetze zu erklären und das ökonomische Gedankengut hinter ihrer Entstehung zu verstehen, geht es der normativen Analyse darum, vorzustellen, wie das Recht einen gegebenen Sachverhalt behandeln sollte.¹⁷ Jedes Urteil beeinflusst zukünftige Fälle, indem es bestimmte Anreize für das Verhalten derjenigen Individuen schafft, die das Urteil kennen und sich auf dessen Geltung verlassen. Sind beispielsweise für Kreditkartenmißbrauch zu erwartende Strafen besonders drakonisch, kann hierin eher ein funktionstüchtiges Mittel zur Abschreckung gesehen werden als in einer durchlässigen oder unklaren Gesetzgebung, von der vermutlich keine oder nur geringe Auswirkung auf das Verhalten der beteiligten Individuen erwartet werden kann. Solche Handlungsfolgen rechtlicher Normen bewertet die ökonomische Analyse des Rechts mit vorab definierten Effizienzkriterien und stellt somit fest, ob die Folgen wirtschaftlich wünschenswert sind oder nicht. Als führende Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts in Deutschland dürften HANS-BERND SCHÄFER und CLAUS OTT bezeichnet werden, die mit ihrem Standardlehrbuch zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts¹⁸ wohl als Wegbereiter dieser Richtung gelten können.

Die effiziente Zuweisung von Risiken im Kreditkartensystem, das heißt in der durch wechselseitige Abhängigkeiten charakterisierten Beziehung zwischen dem Karteninhaber, dem Vertragsunternehmen und dem Kartenherausgeber, soll die Grundfrage der vorliegenden Arbeit sein, deren Beantwortung nicht nur dem Juristen, der sich der Prüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gegenüber sieht, eine Hilfe sein soll, sondern darüber hinaus Anregungen geben möchte, wie eine ausdrückliche gesetzliche Regelung für Kreditkarten innerhalb des Zivilrechts aussehen könnte.

II. Gang der Arbeit

Die vorliegende Arbeit ist in sechs Kapitel gegliedert. Im sich dem vorliegenden 1. Kapitel anschließenden 2. Kapitel wird zunächst der für die weitere Untersuchung

insbesondere DWORKIN (1980), S. 563 ff., aber auch LEFF (1974), S. 451 ff., VELJANOVSKI (1980), S. 158 ff., VELJANOVSKI (1981), S. 5 ff. und WHITE (1987), S. 161 ff..

¹⁷ Vgl. POSNER (1998), S. 27.

¹⁸ Vgl. SCHÄFER/OTT (2000).

notwendige Rahmen gegeben, der die Grundstruktur des kartengebundenen Zahlungssystems erläutert. Dabei werden die am System beteiligten Parteien vorgestellt, die zwischen ihnen bestehenden Rechtsbeziehungen sowie die unterschiedlichen Interessen, die sie bei Abwicklung der Zahlungstransaktion verfolgen. Im Anschluß daran wird im 3. Kapitel ein Blick auf die Entstehung und grundsätzliche Vorgehensweise der Ökonomischen Analyse des Rechts geworfen, die später als Untersuchungsinstrument für eine effiziente Risikoallokation dienen soll. Dabei sollen die Kriterien deutlich werden, die von der ökonomischen Analyse typischerweise zu einer Effizienzprüfung herangezogen werden. Diese Kriterien werden kritisch beleuchtet und um einige Überlegungen ergänzt.

Im 4. und 5. Kapitel wird schließlich anhand einiger Fallstudien zu den besonders verbreiteten Risiken im Kreditkartensystem untersucht, wie eine Prüfung der geltenden rechtlichen Normen auf deren ökonomische Effizienz hin aussehen kann. Im Verlauf der Arbeit sollen all jene Risiken, die durch das Verhalten der am System selbst beteiligten Parteien bzw. externe Einwirkungen auf deren Zahlungsfähigkeit verursacht werden, als *Kreditausfallrisiken* bezeichnet werden; die zweite zu behandelnde Risikogruppe soll alle sogenannten *Drittrisiken* umfassen und ergibt sich durch den Eingriff unbefugter Dritter in das System. Bei der Prüfung wird zunächst die deutsche Rechtslage im Blick auf die Risiken präzisiert. Danach wird erläutert, wie die betroffenen Parteien auf die bestehende rechtliche Zuweisung der Risiken reagiert haben. Dies wird unter anderem deutlich machen, inwiefern ökonomisches Gedankengut bereits die bestehenden Regelungen erklären kann. Die von den verschiedenen Parteien eingesetzten Strategien und Methoden zur Risikobewältigung werden schließlich bewertet und daraufhin untersucht, ob sie aus ökonomischer Perspektive sinnvoll erscheinen. Danach soll normativ überlegt werden, welche anderen Instrumente – vor allem seitens der übrigen Parteien, die bisher nicht in die rechtliche Haftung eingebunden sind – vorstellbar sind und gezielt Anreize setzen könnten, um im Rahmen einer alternativen rechtlichen Regelung zu einer überlegenen Risikoallokation zu führen. Im 4. Kapitel werden Kreditausfallrisiken, im 5. Kapitel typische Drittrisiken behandelt. Das 6. und letzte Kapitel enthält einige Schlußbetrachtungen und einen Ausblick.

2. Kapitel:

Die Grundstruktur im bargeldlosen Zahlungssystem

I. Das Grunddreieck

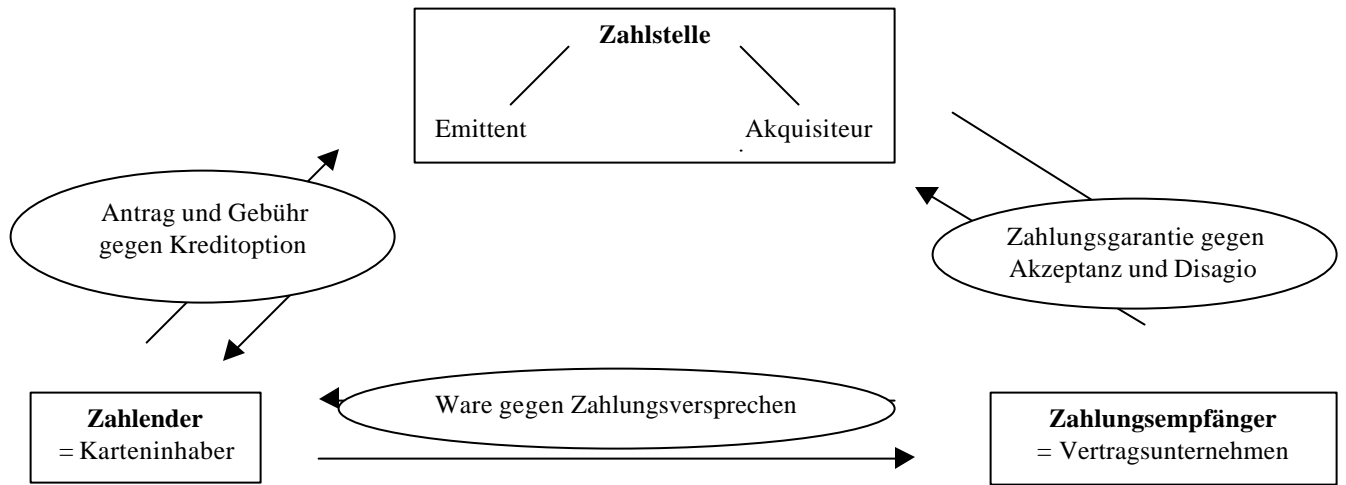
Alle kartengebundenen Zahlungssysteme, die hier betrachtet werden, sind auf eine ähnliche Struktur zurückzuführen, unterscheiden sich aber in ihrer konkreten Ausgestaltung. Im folgenden wird zunächst ein abstraktes Zahlungsschema beschrieben, das auf alle Systeme anwendbar ist. Anschließend wird exemplarisch gezeigt, wie das Schema im einzelnen für die Zahlungsinstrumente Kreditkarte, Kundenkarte und Elektronisches Geld ausgestaltet ist.

1. Aufbau aller kartengebundenen Zahlungssysteme

Allen kartengebundenen Zahlungssystemen gemeinsam ist eine in der Grundform dreiteilige Aufgliederung in Zahlenden, Zahlungsempfänger und Zahlstelle. Diese allgemeine Form gliedert sich je nach Instrument noch tiefer auf oder vereinfacht sich, weil einzelne Positionen zusammenfallen. Je nach System kann sich die Zahlstelle in bis zu drei weitere Bestandteile aufgliedern¹⁹ oder aber, wie im Fall der Kundenkarten, kann der Zahlungsempfänger mit der Zahlstelle in Form eines Handels- oder Dienstleistungsunternehmens zusammenfallen und so das Zahlungssystem zu einem Zweiparteiensystem vereinfachen.

¹⁹ Dies ist der Fall, wenn es sich um grenzüberschreitende Transaktionen handelt und eine internationale Clearingstelle eingerichtet werden muß. Im folgenden wird von grenzüberschreitenden Transaktionen jedoch abgesehen und sich auf den nationalen Fall beschränkt.

Abbildung 1.1:



Im Schaubild wird verdeutlicht, welche Akteure am Zahlungssystem beteiligt sind und in welchen Beziehungen sie zueinander stehen. Das hier dargestellte Schema zeigt das System mit der maximalen Anzahl an Teilnehmern und stellt somit den allgemeinsten Fall eines kartengebundenen Zahlungssystems dar. Je nach Zahlungsinstrument fallen innerhalb des Bereichs der Zahlstelle verschiedene Positionen zusammen, was zu einer Vereinfachung des Systems führt. Die verschiedenen Transaktionen, die zwischen den Beteiligten abgewickelt werden, finden in unterschiedlichen Perioden statt, so daß die Zeitpunkte $t=0, 1, \dots, n$ unterschieden werden müssen.

Zum Zeitpunkt $t=0$ wendet sich der Zahlende an den Emittenten aus dem Bereich der Zahlstelle und schließt einen Vertrag über ein Zahlungsinstrument ab.²⁰ Der Emittent ist in der Regel eine Bank oder ein Kartenunternehmen, in Ausnahmefällen ein Handels- oder Dienstleistungsunternehmen. In welcher Form dieser Vertrag abgeschlossen wird und welcher Art die Voraussetzungen für einen erfolgreichen Abschluß sind, hängt vom jeweiligen Instrument sowie dem Emittenten innerhalb der Zahlstelle ab.

Zum nachfolgenden Zeitpunkt $t=1$ tätigt der Zahlende den Kauf einer Ware oder Dienstleistung beim Zahlungsempfänger. Anstelle von Bargeld oder einem Bargeldsubstitut akzeptiert dieser das gewählte Zahlungsinstrument zur Begleichung der Rechnung.²¹ Dies setzt allerdings bei den hier behandelten Instrumenten voraus, daß der Zahlungsempfänger in $t=0$ einen Vertrag bezüglich der Akzeptanz des jeweiligen Zahlungsinstruments mit einem Vertreter der Zahlstelle abgeschlossen hat. Im allgemeinsten Fall ist der Akquisiteur innerhalb der Zahlstelle derjenige, der in einer vertraglichen Beziehung zum Zahlungsempfänger steht.²² Der Akquisiteur unterscheidet sich vom Emittenten immer dann, wenn eine andere Bank oder ein anderer Dienstleister Vertragsunternehmen akquiriert, also anwirbt. Zum Zeitpunkt $t=0$ akquiriert der Akquisiteur Händler, die sich bereit erklären, das jeweilige Zahlungsinstrument als Zahlung an Stelle von Bargeld zu akzeptieren. Die Forderung

²⁰ Dabei handelt es sich um einen Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB. Vgl. dazu unten II.3..

²¹ Typisches Beispiel für ein Bargeldsubstitut wäre ein Scheck.

der Vertragsunternehmen, Buchgeld im Austausch gegen einen Zahlungsbeleg zu erhalten, richtet sich daher an den Akquisiteur in der Zahlstelle. Der Zahlungsempfänger übermittelt die relevanten Daten über den Kaufpreis in $t = 1+x$ an den Akquisiteur. Die Variable x ist davon abhängig, in welchen Abständen ein Händler die Abrechnung kartengebundener Zahlungsinstrumente vornimmt. Dies kann monatlich, wöchentlich oder täglich der Fall sein. Je kürzer die Abrechnungsabstände sind, desto höher ist in der Regel das Disagio.^{23 24}

In $t = 2$ erhält der Zahlungsempfänger vom Akquisiteur vertragsgemäß die Vergütung für die Ware, die er in $t = 1$ dem Zahlenden übergeben hat. Zu einem, je nach Abkommen unterschiedlichen, aber in jedem Fall $t = 1+x$ nachfolgenden Zeitpunkt, übermittelt der Akquisiteur innerhalb der Zahlstelle die relevanten Daten der Transaktion an den Emittenten und erhält seine Vergütung wiederum abzüglich einer Gebühr, der sogenannten Interchange-Gebühr.²⁵ Zum Zeitpunkt $t = 2+y$ schließlich erfolgt nach Rechnungsstellung des Emittenten, mit dem der Käufer in einer vertraglichen Beziehung aus $t = 0$ steht, die Begleichung der Zahlung durch den Karteninhaber an den Emittenten. Die Variable y hängt von der individuellen Vertragsgestaltung des Karteninhabers mit dem Emittenten ab.²⁶

²² Dabei handelt es sich um einen Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB und i.d.R. um die Abgabe aufschiebend bedingter Garantieerklärungen. Vgl. dazu unten II.2..

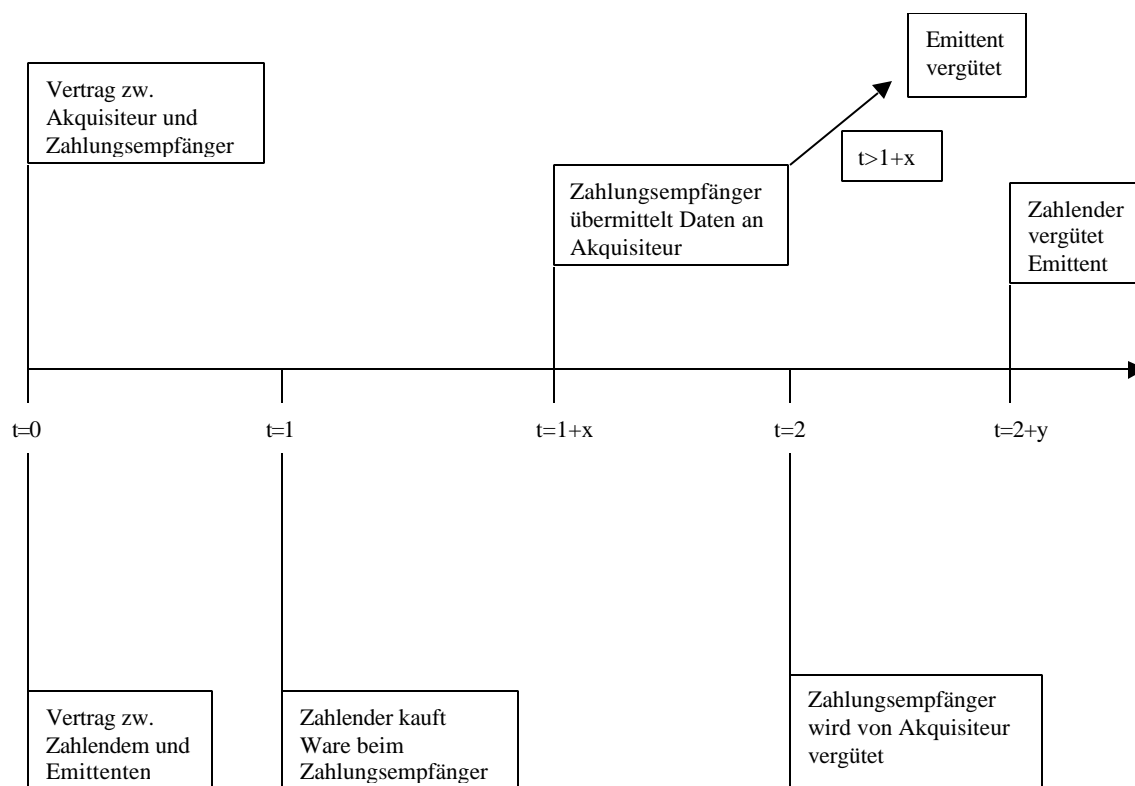
²³ Vgl. EUROCARD (1998), S. 1 ff.

²⁴ Das Disagio ist eine Schutzgebühr gegen Mißbrauch und kann je nach Branche und Kreditkartenorganisation zwischen 1,6% und in besonderen Ausnahmefällen bis zu 10% variieren. Vgl. TAUPITZ (1995), S. 8 f..

²⁵ Die Interchange-Gebühr ist eine Schutzgebühr gegen Mißbrauch und wird zwischen Banken erhoben. Sie mindert den Disagioertrag ab und beträgt einen bestimmten Prozentsatz des Rechnungsbetrages. Bei VISA beträgt diese beispielsweise 1%. Vgl. SCHÖCHLE (1994), S. 203.

²⁶ In anderen Fällen bucht der Akquisiteur den Rechnungsbetrag direkt vom Konto des Zahlenden ab. Dies wird ihm durch den Emittenten ermöglicht, der lediglich gegebenenfalls bei Insolvenz oder anderen vertraglich geregelten Unterbrechungen des Zahlungsstromes einspringt.

Abbildung 1.2:



Obige Abbildung stellt den eben erläuterten Zusammenhang noch einmal zusammenfassend am Zeitstrahl dar. Der Kreislauf ist so geschlossen und jeder Teilnehmer hat seine Aufgabe erfüllt. Der Zahlende hat seine pekuniäre Schuld beglichen und der Zahlungsempfänger hat im Austausch gegen Waren- oder Dienstleistungen eine Buchgeldforderung erhalten. Die Zahlstelle hat in diesem Kreislauf als Kreditmittler fungiert.

In diesem Zusammenhang ist auf eine Besonderheit in den Systemen des Elektronischen Geldes hinzuweisen. Während in den kartengebundenen Zahlungssystemen der Kredit- und Kundenkarten der Zahlende ex post seine Rechnung gegenüber dem Emittenten begleicht und somit über eine Kreditoption verfügt, erfolgt diese Zahlung in den Systemen des Elektronischen Geldes in der Regel ex ante. Es handelt sich um ein vorausbezahltes Zahlungsinstrument, bei dem der Zahlende zunächst eine Einlage erbringt und dadurch über gespeicherte Werteinheiten zum Erwerb von Waren oder Dienstleistungen verfügt. Beim

Elektronischen Geld kehrt sich also die Finanzbeziehung zwischen Zahlendem und Zahlstelle um. In $t=0$ erfolgt der Abschluß eines Vertrages über ein Zahlungsinstrument, der eine Vorauszahlung an den Emittenten einschließt. Während der Zeitperiode, in der der Zahlende seine Karte nicht vollständig entlädt, sondern ein Restguthaben auf ihr verbleibt, gewährt er seiner Bank de facto einen Kredit, den sie wiederum zinstragend anlegen kann.

2. Spezielle Ausgestaltung

Das oben beschriebene Schema ist der allgemeinste und gleichzeitig vielgliedrigste Fall eines Zahlungssystems. Dieser Fall trifft ohne Modifikationen für die Kreditkartensysteme der Interbankenvereinigungen zu. Die führenden Interbankenvereinigungen sind VISA und Mastercard. Beides sind sogenannte *bankengestützte Systeme*, da die Emission der Karten nicht durch die Vereinigung selbst, sondern mit Hilfe von vertraglich verbundenen Banken von statten geht. Demgegenüber stehen die kommerziellen Kartenorganisationen wie American Express und Diners Club, die selbst Karten emittieren und damit unabhängig von Banken agieren. Im folgenden wird kurz skizziert, wie das Schema für die verschiedenen Instrumente aussieht.

a) Kreditkarten

aa) Kommerzielle Kartenorganisationen: American Express, Diners Club

Das „klassische“ Kreditkartensystem ist das der älteren kommerziellen Kartenorganisationen American Express und Diners Club. Emittenten sind die Kartenorganisationen selbst. Sie übernehmen ebenfalls die Rolle des Akquisiteurs, denn sie alleine bauen ein flächendeckendes Netz von Akzeptanzunternehmen auf und übernehmen gegenüber diesen die Garantie, die eingereichten Belastungsbelege zu bezahlen. Der Karteninhaber erhält vom Kartenemittenten in regelmäßigen Abständen eine Sammelrechnung, die je nach Vereinbarung einmalig oder in Raten beglichen werden kann. Die Zahlung erfolgt in der Regel entweder über ein herkömmliches

Girokonto oder über ein beim Kartenemittenten geführtes Kartenkonto.²⁷ Während American Express lange Jahre ebenso wie Diners Club als nicht-bankengestützte Organisation Karten ausschließlich selbst emittierte, hat sich in Deutschland nun durch die verstärkt angestrebten Kooperationen mit den Sparkassen und Genossenschaftsbanken eine Änderung ergeben. Zwar erfolgt derzeit der überwiegende Teil der Emissionen noch durch American Express selbst, der erste Schritt in Richtung bankengestützter Karte ist jedoch getan.²⁸

Bei kommerziellen Kartenorganisationen besteht die Zahlstelle lediglich aus einem Glied. Die Aufspaltung in Akquisiteur und Emittent wie bei den Interbankenvereinigungen entfällt, da beide Aufgaben von der Kartenorganisation selbst übernommen werden.

bb) Interbankenvereinigungen: VISA, Mastercard/Eurocard

Der überwiegende Anteil im weltweiten Kreditkartenmarkt wird von den zwei führenden Interbankenvereinigungen VISA und Eurocard/Mastercard bestritten. Es handelt sich hierbei um sogenannte *erweiterte Drei-Parteien-Systeme*. Entscheidendes Charakteristikum ist bei beiden Organisationen, VISA und Eurocard/Mastercard, daß sie selbst keine Kreditkarten emittieren und den größten Teil des operativen Geschäftes ihren Mitgliedsbanken überlassen. Die Kreditkartenorganisationen stellen lediglich einen gemeinsamen Markennamen bereit und übernehmen unter Umständen spezielle Zusatzfunktionen.²⁹

Bei VISA ist über der Zahlstelle eine weitere Ebene angesiedelt, die sogenannte Organisationsebene mit dem Namen VISA International.³⁰ VISA International ist eine Mitgliedsorganisation, die von einem internationalen Board of Directors geleitet wird. Um den verschiedenen Märkten gerecht zu werden, ist diese Organisation regional aufgeteilt. Die einzelnen Kreditinstitute erwerben mit der Mitgliedschaft bei VISA International das Recht zur Kartenemission, Kontoführung und Händlerakquisition. Letztere wird von den Kreditinstituten häufig an Drittfirmen

²⁷ Vgl. DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S.102 ff..

²⁸ Vgl. AUMÜLLER (1997), S. 19 ff. und O.V. (1999), S. 9.

²⁹ Vgl. DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S. 39 f..

³⁰ Vgl. DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S. 40.

delegiert. VISA International versteht sich als Non-Profit-Organisation, die ihren Geschäftszweck in der Bereitstellung der notwendigen Infrastruktur und den notwendigen Dienstleistungen für ihre Mitglieder sieht.³¹ Die Mitgliedsbanken des VISA Verbundes sind wirtschaftlich und rechtlich unabhängig. Der Erwerb der Lizenz erlaubt ihnen das Issuing (Emission von Kreditkarten) und Acquiring (Anwerben von Vertragsunternehmen) unter dem VISA Logo. Die Mitgliedschaft erwerben können nur Kreditinstitute im Sinne des Kreditwesengesetzes, bzw. des entsprechenden nationalen Gesetzes. Die Emissionsbanken, die eine echte Mitgliedschaft als sogenanntes Principal Member erworben haben, sind berechtigt, Unterlizenzen zu vergeben und damit entweder sogenannte Associate Members oder Participant Members zu gewinnen. Das Hauptmitglied, als Principal Member, trägt die volle Verantwortung für den Unterlizenznehmer und hat für die Einhaltung der VISA Regularien sowie die Abführung der VISA Gebühren Sorge zu tragen. Associate Members sind selbst wirtschaftlich und rechtlich selbständige Sub-Issuing-Einheiten. Participant Members emittieren zwar unter eigenem Namen und Logo, der Principal Member bleibt aber rechtlich und wirtschaftlich der Emittent. Für Participant Members beinhaltet das Kartengeschäft somit nur den Vertrieb, während ihm die Vorteile aus Kundenbindung und Cross-Selling dennoch zu gute kommen.

Diese dezentrale Emissionsstruktur ermöglicht Flexibilität und Produktdifferenzierung und soll bewußt den Wettbewerb der Banken untereinander unterstützen. VISA stellt damit eine Mischung aus Kooperation und Konkurrenz dar. Durch den Wettbewerb werden einerseits eine Vielzahl an verschiedenen Serviceleistungen durch die unterschiedlichen Mitgliedsbanken angeboten, andererseits wird durch die Kooperation ein gemeinsames Zahlungssystem und ein weltweites Netz für die elektronische Abrechnung und Autorisierung geboten.³² Im Grundschemata ist bei VISA die Zahlstelle demnach durch die Kreditinstitute besetzt. Sie spaltet sich in der Regel in Akquisiteur-Bank, die in vertraglicher Verbindung zum Händler als Zahlungsempfänger steht und Emissions-Bank, die in vertraglicher Verbindung zum Karteninhaber als Zahlenden steht, auf. VISA International stellt eine zusätzliche Organisationsebene oberhalb der Zahlstelle dar. Für den Finanzierungskreislauf spielt sie allerdings keine Rolle, da von ihr keine Zahlungsfunktion wahrgenommen wird und sie auch keinen Kredit gewährt. Da die

³¹ Vgl. DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S. 96.

³² Vgl. BOWDEN (1987), S. 18 ff..

Mitgliedsbanken wirtschaftlich und rechtlich selbständig sind, hat VISA International lediglich organisatorischen, nicht aber finanzierungsrelevanten Charakter und kann daher für die weitere Analyse vernachlässigt werden.³³

Die Aufgliederung des Grundschemas gestaltet sich bei Eurocard/Mastercard in Deutschland etwas komplizierter.³⁴ Auf der Organisationsebene befindet sich die Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH (GZS), die 1982 aus der Fusion von Eurocard Deutschland und der Deutschen eurocheque-Zentrale entstanden ist.³⁵ Aufgaben der GZS liegen darin, die Eurocard als Bankprodukt zu verwalten und sie dann an die Banken und Sparkassen zu übergeben.³⁶ Die GZS verfügt über die sogenannte Prinzipal-Lizenz des Eurocard/Mastercard-Verbundes. Diese beinhaltet eine Issuing- sowie eine Acquiring-Lizenz, außerdem können sogenannte Affiliate-Lizenzen vergeben werden. Affiliate-Lizenzen sind nicht-ausschließliche und nicht-übertragbare Sub-Issuing-Lizenzen, die einmalige Gebühren kosten.³⁷

1988 fällte die GZS den Beschluß, die Emissionsverantwortung vollständig in die Hände der Kreditinstitute zu geben. Dies erfolgte in zwei Phasen: Zunächst erhielten alle Kreditinstitute zwar noch einheitliche Provisionen für die geworbenen Kunden, die Karten wurden jedoch bereits zur stärkeren Identifikation mit der Hausbank mit dem jeweiligen Logo derselben ausgestattet. Seit 1992 erfolgt eine vollständige Eigenemission, die sich zu einem Drittel über sogenannte Lizenzverträge oder Affiliate-Lizenzen, zu zwei Drittel über Kooperationsverträge vollzieht.³⁸ Während bei Lizenzverträgen das Kreditinstitut wirtschaftlich und rechtlich selbst emittiert und den unmittelbaren Verpflichtungen des Eurocard/Mastercard Verbundes unterliegt, wird beim Kooperationsvertrag lediglich wirtschaftlich selbständig emittiert, die rechtliche Emission liegt bei der GZS. Ebenfalls in den Verantwortungsbereich der GZS fällt die Akquisition und Betreuung der Vertragsunternehmen, das Marketing,

³³ Mit den Besonderheiten von VISA als Non-Profit-Organisation beschäftigt sich TIROLE (1999) unpublished paper, S. 3 ff..

³⁴ Vgl. DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S. 41.

³⁵ Vgl. DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S. 87.

³⁶ Vgl. BÖSEL (1989), S. 17 ff..

³⁷ Vgl. DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S. 87 ff..

³⁸ Vgl. DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S. 87 ff..

sowie alle Sicherheitsaspekte, wie zum Beispiel Kartensperrung nach gemeldetem Verlust.³⁹

Die GZS versteht sich wie VISA als Non-Profit-Organisation, die ihren Mitgliedern große Selbständigkeit einräumt. Eine unabhängige Produktgestaltung für die Banken ist durchaus möglich, auch um Wettbewerb unter den Mitgliedsinstituten zu schaffen.⁴⁰ Die GZS setzt allerdings Minimum-Vorgaben für die Ausgestaltung der Kreditkarte, die von den Emittenten eingehalten werden müssen.⁴¹ Im Grundschemata wird im Eurocard/Mastercard System die Emittentenfunktion in der Zahlstelle hauptsächlich von den emittierenden Kreditinstituten besetzt. Da die GZS jedoch auch gewisse Aufgabenbereiche der Emission übernimmt, kann hier nicht so eindeutig getrennt werden wie bei VISA. Die Organisationsebene der GZS überschneidet gewissermaßen die Emissionsebene, indem sie verschiedene operative Aufgaben wahrnimmt.

b) Von Handels- oder Dienstleistungsunternehmen emittierte Kundenkarten

Bei Zahlungskarten, die weder von Banken noch von Kreditkartenorganisationen, sondern von Handels- und Dienstleistungsunternehmen emittiert werden, muß zwischen mehreren Erscheinungsformen unterschieden werden.⁴² ⁴³Unter dem Begriff der Kundenkarte verbergen sich mitunter verschiedene Produkte. Zum einen gibt es sogenannte Kundentreuekarten ohne Zahlungsfunktion, die beim Einsatz in den Geschäften des Emittenten zu bestimmten Serviceleistungen oder Vergünstigungen berechtigen.⁴⁴ ⁴⁵ Da mit diesen Karten keine Kauftransaktionen vorgenommen werden können, haben sie für den weiteren Verlauf der Arbeit keinen Belang und sollen hier nicht näher behandelt werden.

³⁹ Vgl. SCHÖCHLE (1994), S. 64 in Anlehnung an WINZIG (1991), S. 6 ff..

⁴⁰ Vgl. BERNDT (1998), S. 21 ff..

⁴¹ Vgl. DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S.40 ff..

⁴² Vgl. BRAATZ/BRINKER/FRIEDERICH (1999), S. 258.

⁴³ Vgl. auch O.V. (1999), S. 29.

⁴⁴ Vgl. BAAS (1999), S. 46.

⁴⁵ Vgl. WITTBRODT (1995) S. 20 ff..

Darüber hinaus existieren Zahlungskarten mit Kundenkartenfunktion, die von einer der oben genannten Kartenorganisationen in Kooperation mit einem Wirtschaftsunternehmen emittiert werden. Beispiel für dieses sogenannte Co-Branding ist die Lufthansa AirPlus Karte.^{46 47} Der Karteninhaber kann mit dieser Karte bargeldlos bezahlen und darüber hinaus verschiedene Vergünstigungen des Wirtschaftsunternehmens in Anspruch nehmen, wie zum Beispiel das Sammeln von Flugmeilen. Karten dieser Art gleichen in ihrer Funktionsweise weitgehend den klassischen Kreditkarten.⁴⁸

Die eigentliche Kundenkarte mit Zahlungsfunktion berechtigt den Karteninhaber, in den emittierenden Unternehmen, und in der Regel nur da, bargeldlos zu bezahlen. Solche Kundenkarten werden von den unterschiedlichsten Unternehmen emittiert. Unter den bekanntesten finden sich Hotelketten, zum Beispiel die Maritim Karte oder die Kempinski Karte, Kundenkarten von Mietwagenunternehmen wie Avis, Hertz oder Sixt ebenso wie die von Mineralölkonzernen wie Aral, BP oder Shell. Sehr große Verbreitung finden auch Karten von Einzelhandelsgeschäften und Versandhäusern.⁴⁹ Die größte Anzahl an Kundenkarten emittierte 1998 in Deutschland das Versandhaus Quelle mit rund einer Million, gefolgt von der Parfümerie Douglas mit ca. 700.000.⁵⁰ An dritter Stelle findet sich eine der ältesten Kundenkarten ihrer Art in Deutschland - die seit 1959 vom Stuttgarter Textilkauflhaus Breuninger emittierte Breuninger Kundenkarte. Seit 1990 wird dem Karteninhaber eine variable Rückzahlung des Monatssaldos ermöglicht, so daß die Karte in ihrer Funktionsweise aus der Sicht des Zahlenden durchaus mit einer echten Kreditkarte vergleichbar ist.⁵¹

Im Zahlungssystem der Kundenkarten vereinfacht sich oben beschriebenes Grundschema drastisch. Die Zahlstelle und der Zahlungsempfänger fallen in Gestalt des emittierenden Handels- oder Dienstleistungsunternehmens zusammen. Das

⁴⁶ Vgl. dazu BRINKMAN (1999), S. 34.

⁴⁷ Neueste Initiative in diesem Bereich ist eine Kundenkarte, die gemeinsam von Karstadt-Quelle und der Deutschen Telekom herausgegeben wird. Hier ist kein Kartenunternehmen mehr an der Emission beteiligt, sondern es werden lediglich die gemeinsamen Vorteile zweier Wirtschaftsunternehmen genutzt. Vgl. WELT AM SONNTAG (2002), S. 49.

⁴⁸ Vgl. FISCH (1999), S. 66.

⁴⁹ Vgl. SCHÖCHLE (1994), S. 72 ff..

⁵⁰ Vgl. BRAATZ/BRINKER/FRIEDERICH (1999), S. 255.

⁵¹ Vgl. BRAUN (1990), S. 34 ff. und SCHWARZ (1991), S. 55 ff.. Vgl. TAUPITZ (1995), ANHANG, S. 309 ff., Vertragsbedingungen zur Eröffnung eines Breuninger Kundenkontos. Vgl. Breuninger Kartenantrag online unter www.breuninger.de.

Kaufhaus Breuninger emittiert die Breuninger Kundenkarte und akzeptiert diese gleichzeitig als bargeldloses Zahlungsmittel. Je nachdem, wie innerhalb des emittierenden Unternehmens die Aufgaben verteilt sind, kann das System unterschiedlich interpretiert werden.⁵² So ist es zum Beispiel möglich, daß dem Handels- oder Dienstleistungsunternehmen zur Abwicklung des Zahlungsverkehrs eine Bank direkt angeschlossen ist oder mit dieser eng zusammengearbeitet wird.

c) Elektronisches Geld

Beim elektronischen Geld muß zwischen sogenannten elektronischen Geldbörsen in Form von Chipkarten und speziell für Bezahlungen im Internet konzipiertes sogenanntes Netzgeld unterschieden werden.⁵³ Prominente Beispiele für elektronische Geldbörsen in Deutschland sind die GeldKarte oder die Paycard der deutschen Telekom. Bei der Paycard können die Verbraucher zwischen zwei Kartentypen wählen. Die persönlichen Karten werden über die Kartentelephone aufgeladen, wobei der Ladebetrag per Lastschrift vom Girokonto abgebucht wird. Die nicht kontogebundenen, nicht persönlichen Karten werden an beliebigen Verkaufsstellen gegen Bargeld aufgeladen.⁵⁴ Auf europäischer Ebene findet sich Mondex in Großbritannien⁵⁵ oder Proton in Belgien.⁵⁶ Mondex basiert auf einer Multiprozessor-Chipkarte und ist für den weltweiten Einsatz konzipiert. Das Laden und Entladen der Geldbörse kann der Kunde am heimischen Geldausgabeautomaten, an öffentlichen Telefonen oder an seinem heimischen „Mondex-Telefon“ durchführen. Im Gegensatz zu anderen Systemen erlaubt Mondex auch die direkte Übertragung von Geld von einer Karte auf eine andere, ohne daß für derartige Transaktionen das Autorisierungssystem einer Bank benötigt wird.⁵⁷ Proton in Belgien soll Kleingeld-Barzahlungen ersetzen. Die Proton Chipkarte kann bei einer Bank aufgeladen werden und wird überwiegend an öffentlichen Telefonen, Verkaufsautomaten oder Snackbars entladen.

⁵² Vgl. für unterschiedliche Systeme HASSMANN (1999), S. 50 ff.

⁵³ Vgl. GROUP OF TEN (1997), S. 10 ff..

⁵⁴ Vgl. BRAATZ/BRINKER/FRIEDERICH (1999), S. 306.

⁵⁵ Vgl. O'SULLIVAN (1999), S.41 ff.. Mondex sollte als Pilotprojekt gelten und wurde kürzlich eingestellt.

⁵⁶ Vgl. SIETMANN (1997) S. 65 ff..

⁵⁷ Vgl. LUKAS (1997), S. 69.

Speziell für Zahlungen im Internet hingegen wurde sogenanntes künstliches Geld oder Netzgeld konzipiert, das in Form von digitalen Werteinheiten auf der Festplatte eines Computers gespeichert werden kann. Netzgeldsysteme gewinnen trotz immer noch vorhandener Sicherheitsprobleme zunehmend an Bedeutung. Die wichtigsten unter ihnen sind Ecash, NetCash und Cybercash.^{58 59} Diese Systeme können als echte Analogie zum Bargeld betrachtet werden. Der Nutzer generiert in der Regel am eigenen PC digitale Münzen, deren Gegenwert auf einem Konto bei der Bank vorhanden ist. Bei beiden Formen des elektronischen Geldes handelt es sich um vorausbezahlte Zahlungsinstrumente. Die elektronischen Geldbörsen treten jedoch ebenso wie Kredit- und Kundenkarten physisch in Kartenform auf, während Netzgeld lediglich als virtuelle Geldform auf dem Computer existiert.

Zwischen 1996 und 1998 haben alle deutschen Banken begonnen, ihre insgesamt ca. 50 Millionen ec- und Bankkundenkarten mit einem Chip auszustatten. Dieser Chip ermöglicht einerseits electronic cash offline und andererseits dient er als sogenannte Elektronische Geldbörse.⁶⁰ Die Karten werden institutsübergreifend von deutschen Banken emittiert. Jede Bank verwaltet das auf den Karten deponierte Geld dezentral selbst. Im Zahlungssystem ist auf der Organisationsebene der Zahlstelle die sogenannte Evidenzzentrale übergeordnet, die für das Clearing verantwortlich ist. Bei der Kartenemission eröffnet sie für jede ausgegebene Karte ein Evidenzkonto, in dem alle Abgänge durch konsumierte Kaufkraft und Eingänge durch auf die Karte geladenes Geld protokolliert werden. Die in diese Vorgänge involvierten Banken und Händler müssen der Evidenzzentrale daher alle abgewickelten Transaktionen mitteilen. Diese kumuliert alle Forderungen gegenüber ein und derselben emittierenden Bank und alle Summen, die an ein und denselben Händler zu überweisen sind. Dadurch, daß die Evidenzzentrale die eingehenden Forderungen für die verschiedenen Schuldner zusammenfaßt und kumuliert und daraufhin nach Empfängern sortiert, werden die Finanzflüsse pro Bank und Händler auf je einen Tag reduziert. Die technischen Systemkomponenten umfassen Karten- und Terminal-

⁵⁸ CyberCash sah sich im Mai 1999 gezwungen seine Plattform aufzugeben. Vgl. OECD (2000), S. 107.

⁵⁹ Vgl. LUKAS (1997), S. 141 ff..

⁶⁰ Vgl. BRAATZ/BRINKER/FRIEDERICH (1999), S. 305.

Systeme.⁶¹ Die sogenannte *Börsenkarte* ist die Karte des Karteninhabers, mit der er seine Zahlungsvorgänge durchführt. Sie ist durch eine spezielle Kartenummer gekennzeichnet und der kartenemittierenden Bank zugeordnet. Die sogenannte *Händlerkarte* ist ein Sicherheitsmodul für den Händler, welches die Kommunikation mit den Börsenkarten ermöglicht. Die Kaufterminals stehen in den Akzeptanzstellen und regeln die Kommunikation zwischen Börsen- und Händlerkarten sowie die Weiterleitung der Umsätze an die Evidenzzentrale. Die Ladeterminals sind vor allem in Banken, zum Teil aber auch bei Händlern installiert und sorgen für das Aufladen der Chipkarten.

Für den weiteren Verlauf der Arbeit wird die Kreditkarte als wichtigstes Beispiel eines kartengebundenen Zahlungsinstruments als Analysegegenstand herangezogen. Vorausbezahlte Zahlungsinstrumente wie das Elektronische Geld haben noch keine ausreichende Bedeutung im Zahlungsverkehr erlangt, die eine ausführliche Analyse rechtfertigen würde.⁶² Von Handels- und Dienstleistungsunternehmen emittierte Karten hingegen können als Sonderfall herkömmlicher Kreditkarten gesehen werden, so daß sich die behandelten Problemkreise im wesentlichen übertragen lassen.

⁶¹ Vgl. LUKAS (1997), S. 41.

⁶² Ein Problembereich, der sich im Zusammenhang mit Elektronischem Geld auftut, ist allerdings seine Implikation für die Wirksamkeit der Geldpolitik der Zentralbank, vgl. LANGENBUCHER (2000), S. 1 ff..

II. Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien

1. Bilaterale Verträge der Beteiligten im Drei-Parteien-System

Die Beteiligten im kartengebundenen Zahlungssystem sind durch bilaterale Vertragsbeziehungen miteinander verbunden. Das Drei-Parteien-System bildet die Grundlage zum Verständnis, wobei das erweiterte Drei-Parteien-System lediglich eine Sonderform desselben darstellt, aber nicht grundsätzlich anders abläuft.⁶³ Am Anfang steht ein Vertrag zwischen Kartenemittent und Karteninhaber, der den Karteninhaber dazu berechtigt, die Kreditkarte als Zahlungsinstrument einzusetzen. Damit der Karteninhaber seine Karte beim Einkauf benutzen kann, muß das Handels- oder Dienstleistungsunternehmen sich entschieden haben, die Kreditkarte als Zahlungsmittel anstelle von Bargeld zu akzeptieren. Zu diesem Zweck hat der Kartenemittent mit dem Vertragsunternehmen einen Vertrag geschlossen, der die Akzeptanz der Karte als Zahlungsmittel zum Gegenstand hat. Zwischen dem Karteninhaber und dem Vertragsunternehmen besteht schließlich ein herkömmlicher, schuldrechtlicher Leistungsaustauschvertrag, etwa ein Kauf- oder Mietvertrag.⁶⁴

Das Rechtsverhältnis zwischen Karteninhaber und Vertragsunternehmen wird als *Valutaverhältnis*, das zwischen Kartenemittent und Karteninhaber als *Deckungsverhältnis* bezeichnet. Ersteres trägt diese Bezeichnung, weil hier die *Valuta* fließt, also ein Transfer von Geld stattfindet, das zweite weil hier für die notwendige *Deckung* für die spätere Einleitung der Zahlung gesorgt wird. Die Kreditkarte selbst kann als eine Art Beweisurkunde für gegebene Zahlungsfähigkeit bezeichnet werden.⁶⁵ Für das Rechtsverhältnis zwischen Kartenemittent und Vertragsunternehmen haben sich die Bezeichnungen *Vollzugsverhältnis* oder *Leistungsverhältnis* durchgesetzt. Die drei Vertragsbeziehungen können nicht

⁶³ Vgl. DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S. 51.

⁶⁴ Vgl. TAUPITZ (1995), S. 54 ff..

⁶⁵ Vgl. DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S. 51. In der juristischen Literatur wird bisweilen diskutiert, ob es sich bei der Kreditkarte um ein *Wertpapier* handelt. Da ein entscheidendes Merkmal des Wertpapiers jedoch seine Übertragbarkeit ist, die für die Kreditkarte nicht vorliegt, hat sich diese Meinung bislang nicht durchgesetzt.

losgelöst voneinander betrachtet werden, sondern müssen als eine Einheit gesehen werden. Zwischen ihnen liegen zahlreiche Interdependenzen vor, die bei einer isolierten Betrachtung nicht klar werden.

In den nachfolgenden Abschnitten werden die vertraglichen Beziehungen genauer untersucht, indem gefragt wird, welche Rechte und Pflichten sich für die Beteiligten aus dem jeweiligen Vertragsverhältnis ableiten.

2. Das Rechtsverhältnis zwischen Kartenemittent und Vertragsunternehmen (Vollzugsverhältnis)

Bei der vertraglichen Beziehung zwischen Emittent und Vertragsunternehmen handelt es sich um einen Rahmenvertrag im Sinne eines Dauerschuldverhältnisses. Es besteht in der juristischen Literatur bislang keine Einigkeit über dessen vertragsrechtliche Einordnung, wie weiter unten noch zu zeigen sein wird. Aus dem Verhältnis ergibt sich für das Vertragsunternehmen in erster Linie die den Karteninhaber begünstigende Pflicht, die Kreditkarte als Zahlungsinstrument zu akzeptieren.⁶⁶ Nach herrschender Meinung bedeutet dies jedoch keinen *Kontrahierungszwang*, daß heißt, das Unternehmen muß den Vertrag nicht abschließen, nur weil der Kunde mit einer Karte bezahlt, wenn es dies eigentlich nicht will. Es darf lediglich nicht den Kauf ablehnen, weil der Kunde mit Karte bezahlen möchte. Darüber hinaus darf das Vertragsunternehmen für Kartenzahlungen keinen höheren Preis verlangen, um die Kosten des *Disagios*, also der Umsatzprovision, die es an den Kartenemittenten zu entrichten hat, auf die Kartenkunden zu überwälzen. Diese sogenannte *Barzahlungsklausel* findet sich im Vertrag zwischen Händler und Kartenemittent und ist bis heute Gegenstand der Diskussion verschiedener Verbraucherschutzgruppen.⁶⁷

⁶⁶ In der Realität trifft man jedoch sehr häufig den Fall an, daß Vertragsunternehmen eben dies nicht tun, indem z.B. ein bestimmter Mindestbetrag gefordert wird, „ab dem“ eine Kreditkarte erst akzeptiert wird, obgleich dies wettbewerbswidrig ist. In Supermärkten sind derartige Bestimmungen oft zu beobachten.

⁶⁷ Die Verbraucherverbände sehen darin eine unzulässige Bestimmung, weil sie über eine allgemeine Preiserhöhung, die als Reaktion des Vertragsunternehmens zu erwarten sei, zu einer indirekten Subventionierung der Karteninhaber durch die Barzahler führt. Nach Auffassung der Kartenemittenten führt eine Aufhebung der Barzahlungsklausel zu einer einseitigen Benachteiligung der Kreditkarte, da für andere Zahlungsmittel kein Aufschlag verlangt wird.

Wegen der Pflicht, die Kreditkarte als Zahlungsmittel zu akzeptieren, ist der Vertrag zwischen Kartenemittent und Händler ein *Vertrag zugunsten Dritter* im Sinne des § 328 BGB. Dabei ist Gläubiger in Bezug auf die Pflichterfüllung zugunsten des Karteninhabers der Kartenemittent, diesbezüglicher Schuldner das Vertragsunternehmen und Dritter der Karteninhaber.

Wichtigste Pflicht des Kartenemittenten ist die Zahlungszusage gegenüber dem Vertragsunternehmen, daß heißt, die im voraus getroffene Vereinbarung, bei Vorlage eines ordnungsgemäß ausgefüllten Leistungsbelegs den entsprechenden Betrag an das Vertragsunternehmen zu überweisen.⁶⁸ Genauer betrachtet ist das vereinbarte Zahlungsverprechen des Kartenemittenten gegenüber dem Vertragsunternehmen *aufschiebend bedingt* gemäß § 158 I BGB: Bedingung für das Entstehen jedes einzelnen Zahlungsanspruchs ist die Vorlage eines ausgefüllten Leistungsbelegs. Ordnungsgemäß ausgefüllt ist ein Leistungsbeleg dann, wenn das Vertragsunternehmen bei der Zahlungsabwicklung gewisse Sorgfaltspflichten einhält, die vertraglich festgelegt sind. Darunter fallen beispielsweise die Prüfung auf Sperrung der Karte, die Rückfrage beim Emittenten, wenn ein bestimmter Höchstbetrag erreicht ist oder das ordnungsgemäße Ausfüllen der Transaktionsbelege. Hält das Vertragsunternehmen diese Bestimmungen nicht ein, kann der Emittent die Zahlung verweigern.⁶⁹

Die genaue zivilrechtliche Einordnung der Rahmenvereinbarung ist umstritten. Vertreten werden in der Literatur vor allem drei juristische Konstruktionen:⁷⁰

Der Forderungskauf gemäß § 433 BGB

Der Kartenemittent kauft bei jeder Vorlage eines Leistungsbelegs die Forderung, die das Vertragsunternehmen gegen den Karteninhaber hat; zur Erfüllung dieses Kaufvertrages tritt das Vertragsunternehmen seine Forderung gegenüber dem Karteninhaber an den Emittenten gemäß § 398 BGB ab. Als Gegenleistung für diese

⁶⁸ Der Emittent kommt dabei auch für den Rechnungsbetrag des Kunden auf, wenn dieser insolvent geworden ist, er trägt das Bonitätsrisiko. Dagegen wird das Risiko des Nicht-Bestehens einer Forderung zum Beispiel wegen Geschäftsunfähigkeit des Karteninhabers oder eine Zahlungsverweigerung des Kunden nicht vom Emittenten übernommen. Auf diese besonderen Probleme wird im 4. Kapitel näher eingegangen. Vgl. 4. Kapitel.

⁶⁹ Vgl. DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S. 59 f..

⁷⁰ Vgl. TAUPITZ (1995), S. 60 f.. Vgl. DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S. 57.

Abtretung erhält das Vertragsunternehmen Bezahlung in Höhe des Rechnungsbetrages abzüglich des vereinbarten Disagios. Als einen Forderungskauf behandeln AMERICAN EXPRESS und EUROCARD ihre vertraglichen Beziehungen.

Die Garantie

Nach dieser Konstruktion verpflichtet sich der Kartenemittent, aufschiebend bedingt in einem Garantierahmenvertrag gegenüber dem Vertragsunternehmen, diesem für die Bezahlung der Rechnungsbeträge einzustehen.⁷¹ Bei jeder Vorlage eines Leistungsbelegs tritt die vereinbarte Bedingung ein und es entsteht ein Garantieanspruch des Vertragsunternehmens. Diesem Modell folgt DINERS CLUB.⁷²

Das abstrakte Schuldversprechen gemäß § 780 BGB

Diese Konstruktion entspricht im wesentlichen der Einordnung als Garantie. Statt eines Garantieanspruchs erwirbt das Vertragsunternehmen aber einen Anspruch aus § 780 BGB.

Für den tatsächlichen Ablauf des Kreditkartenverfahrens hat die genaue rechtliche Definition jedoch keine große Bedeutung.⁷³ Maßgeblich für den Ablauf ist in erster Linie die jeweilige konkrete Ausgestaltung des vorformulierten Vertrages, die zwischen den verschiedenen Emittenten durchaus differiert.

3. Das Rechtsverhältnis zwischen Kartenemittent und Karteninhaber (Deckungsverhältnis)

Das vertragliche Verhältnis zwischen Emittent und Karteninhaber wird nach der herrschenden Meinung in der juristischen Literatur als *entgeltlicher Geschäftsbesorgungswerkvertrag* gemäß § 675 BGB behandelt. Der Karteninhaber weist durch seine Unterschrift beim Händler den Emittenten an, an das Vertragsunternehmen eine Zahlung zu leisten. Den Emittenten verpflichtet diese

⁷¹ Bei einem Garantievertrag übernimmt jemand die Verpflichtung, dem Gläubiger für den Eintritt eines bestimmten Erfolges einzustehen, ihn schadlos zu stellen, wenn sich ein bestimmtes Risiko realisiert hat. Vgl. MÜNCHNER KOMMENTAR (1994), Vor § 414 Rdnr. 19.

⁷² Diese rechtliche Konstruktion kommt am ehesten der Institution des *Delegated Monitoring* nahe, siehe unten unter III.1.b).

⁷³ Vgl. TAUPITZ (1995), S. 63.

Anweisung, den Anspruch des Händlers gegen den Karteninhaber aus dem Valutaverhältnis zu erfüllen, daß heißt, er muß dem Händler den aufgelaufenen Rechnungsbetrag erstatten. Kommt der Emittent der Weisung des Karteninhabers nicht nach und macht das Vertragsunternehmen, wenn es sein Geld nicht erhält, beispielsweise gegenüber dem Karteninhaber Ansprüche aus Verzug geltend, kann dieser vom Kartenemittenten Schadensersatz verlangen.

Der Emittent, der an den Händler leistet, hat gegenüber dem Karteninhaber einen *Erstattungsanspruch* aus §§ 675, 670 BGB für die vorgenommene Zahlung. Nach § 670 ist für den Fall, daß *der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen* macht, die er *den Umständen nach für erforderlich halten darf*, der *Auftraggeber diesem zum Ersatze verpflichtet*. Weist der Karteninhaber den beauftragten Emittenten nach §§ 675, 665 BGB zur Zahlung an, hat dieser ersatzfähige Aufwendungen. Der Karteninhaber hat neben dieser Verpflichtung zum Aufwendungsersatz die Pflicht, eine Jahresgebühr zu entrichten, die für die geleisteten Dienste des Emittenten, wie die Bereitstellung des Händlernetzes, die Abwicklung der Kartenzahlung oder die Stundung der Rechnungsbeträge anfällt. Darüber hinaus muß der Karteninhaber gewissen Sorgfaltspflichten nachkommen, unter anderem deshalb, weil der Emittent weiterhin Eigentümer der Karte bleibt. Darunter fällt zum Beispiel die umsichtige Aufbewahrung und der Umgang mit der Karte zur Verhinderung von Mißbrauch.

Problematisiert werden in der juristischen Literatur bei der Frage, wer bei Schwierigkeiten, bzw. Störungen beim Zahlungsvorgang eintreten muß, hauptsächlich zwei Dinge:⁷⁴ Kann der Karteninhaber dem Emittenten Einwendungen, die ihm im Valutaverhältnis gegen das Vertragsunternehmen zustehen, entgegenhalten und sich auf diese Weise von seiner Pflicht zum Aufwendungsersatz befreien bzw., ist der Karteninhaber berechtigt, seine Weisung an den Kartenherausgeber, an das Vertragsunternehmen zu bezahlen, zu widerrufen? Auf beide Fragen wird im 4. Kapitel näher eingegangen werden.

⁷⁴ Vgl. dazu insbesondere 4. Kapitel II.2.c). Vgl. BITTER (1996), S. 104 ff..

4. Das Rechtsverhältnis zwischen Karteninhaber und Vertragsunternehmen (Valutaverhältnis)

Als Valutaverhältnis werden die Rechtsbeziehungen zwischen Karteninhaber und Vertragsunternehmen bezeichnet. Die Pflichten beider Parteien ergeben sich dabei aus dem schuldrechtlichen Vertragsverhältnis, etwa einem Kaufvertrag, unabhängig von der Zahlungsform der Kreditkarte. Der Händler muß dem Käufer und Karteninhaber die Leistung, zum Beispiel die Übergabe einer Kaufsache aus § 433 I BGB, erbringen, der Käufer muß hierfür nach § 433 II BGB bezahlen.⁷⁵ Hinsichtlich dieser Zahlung darf das Vertragsunternehmen nicht auf Barzahlung bestehen, sondern muß die Kreditkarte als Zahlungsinstrument akzeptieren. Diese, den Karteninhaber begünstigende Pflicht, ergibt sich wiederum aus dem Vertragsverhältnis zwischen Akzeptanzunternehmen und Kartenemittent, das oben bereits erklärt wurde. Lehnt das Vertragsunternehmen eine Akzeptanz der Kreditkarte ab, kann der Karteninhaber *Schadensersatz wegen Nichterfüllung* von diesem fordern.^{76 77}

Die Besonderheit, daß das Entgelt für die bezogene Leistung nicht bar bezahlt wird, sondern durch den Einsatz des Zahlungsinstruments der Kreditkarte, wird in der juristischen Literatur als *Leistung erfüllungshalber* bezeichnet.⁷⁸ Gleichzeitig wird eine sogenannte *Stundungsabrede* getroffen. Das Vertragsunternehmen stundet dem Kunden den Rechnungsbetrag und muß zunächst versuchen, eine Zahlung durch den Kartenemittenten zu erwirken. Erhält das Vertragsunternehmen vom Emittenten den Rechnungsbetrag, so erlischt die ursprüngliche Zahlungspflicht des Kunden. Begleicht der Kartenemittent die Rechnung jedoch nicht, so wird das Vertragsunternehmen versuchen, vom Karteninhaber eine Zahlung zu erwirken.⁷⁹ Zur Zahlung bleibt der Karteninhaber – im Falle eines Kaufvertrages beispielsweise aus § 433 II BGB – solange verpflichtet, bis durch eigene Zahlung oder durch Zahlung

⁷⁵ Vgl. DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S. 52.

⁷⁶ Daher ist in der juristischen Literatur unstrittig, daß es sich beim Vertrag zwischen Emittent und Händler um einen Vertrag zugunsten Dritter im Sinne von § 328 BGB handelt.

⁷⁷ Vgl. DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S. 53. Umstritten hingegen ist, ob der akzeptierende Händler aufgrund dieser Klausel einen *Kontrahierungszwang* gegenüber dem Karteninhaber hat. Nach herrschender Meinung ist dies aber nicht zu bejahen. Dem Karteninhaber soll lediglich die Möglichkeit zur bargeldlosen Zahlung eingeräumt werden, eine Besserstellung gegenüber anderen Kunden des Händlers ist dagegen nicht beabsichtigt oder gewollt.

⁷⁸ Vgl. TAUPITZ (1995), S. 55

⁷⁹ Vgl. TAUPITZ (1995), S. 56.

des Kartenemittenten der Anspruch des Händlers befriedigt ist. Der Kunde muß schließlich dem Vertragsunternehmen ermöglichen, einen Transaktionsbeleg zu erstellen oder die elektronische Abwicklung der Kartenzahlung durchzuführen.

III. Strategische Interessen der Parteien im Grunddreieck

Wie oben gezeigt, unterscheiden sich die einzelnen Systeme zwar in ihrer individuellen Ausgestaltung, sind aber auf eine gemeinsame Grundstruktur zurückzuführen.⁸⁰ Zwischen den Beteiligten finden Transaktionen statt, die den Fluß von Zahlungsverprechen, Waren und schließlich Buchgeld zum Inhalt haben. Die Transaktionen dienen dazu, Kaufkraft zu transferieren und mit Hilfe des skizzierten Zahlungssystems die Zahlung an Stelle von Bargeld mit Hilfe eines kartengebundenen Zahlungsinstruments zu ermöglichen. Um das strategische Verhalten der einzelnen Parteien besser zu verstehen, muß zunächst untersucht werden, wie die Transaktionen zwischen den Beteiligten beschaffen sind. Im folgenden soll daher analysiert werden, welche Beziehungen vorliegen und wie diese interpretiert werden können.

Im Kreditkartensystem besteht naturgemäß die größte Anzahl an Beziehungen, da dieses Zahlungsinstrument die meisten Parteien umfaßt. Im folgenden wird der allgemeinste und ausführlichste Fall geschildert, der je nach individueller Ausgestaltung des Systems vereinfacht werden kann

1. Zahlender - Zahlstelle (Emittent)

a) Der Vertrag über die Benutzung einer Karte mit Kreditooption ($t = 0$)

Der Zahlende stellt zunächst beim Emittenten, bei dem es sich oft um seine Hausbank handelt, den Antrag auf Ausstellung einer Kreditkarte. Im Vertrag zwischen Emittent und Zahlendem handelt es sich finanzierungstheoretisch um eine potentielle Kreditbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner. Der Zahlende erwirbt, in der Regel gegen eine Jahresgebühr, ein kartengebundenes Zahlungsinstrument, das ihm eine bargeldlose Bezahlung ermöglicht und darüber hinaus einen optionalen

⁸⁰ Vgl. oben unter I.1. und I.2.

Kreditrahmen mit festgelegtem Verschuldungszinssatz zur Verfügung stellt.⁸¹ Damit läßt sich die Beziehung zwischen Kartenemittent und Karteninhaber als *Agency-Beziehung*⁸² auffassen, bei der der Emittent als potentieller Gläubiger die Rolle des Prinzipals einnimmt, da die Erfüllung seiner Zielsetzungen von dem Kauf- und Zahlungsverhalten des Agenten, also des Karteninhabers, abhängt.

Das Interesse des Emittenten richtet sich auf die Einnahmen aus der Vertragsbeziehung abzüglich der ihm entstehenden Kosten. Die Einnahmen setzen sich zum einen aus den Gebühren, also primär aus der Jahresgebühr für die Karte, zum anderen aus den Zahlungen zusammen. Diese ergeben sich aus der eigentlichen Benutzung der Karte, daß heißt aus den Tilgungs- und etwaigen Zinszahlungen für den gestundeten Rechnungsbetrag. Ist die Fähigkeit oder der Wille zur Zahlung des einzelnen Karteninhabers nicht sicher, so sind die Zins- und Tilgungszahlungen und möglicherweise sogar die Jahresgebühr mit Ausfallrisiken behaftet. Der Kartenemittent hält jedoch ein großes Portfolio aus verschiedenen Kartenengagements. Da diese Engagements nicht vollkommen positiv korreliert sind, lassen sich Diversifikationseffekte ausnutzen. Aufgrund der Vielzahl unterschiedlicher Kartenengagements scheint daher die vereinfachende Annahme gerechtfertigt, daß der Emittent in Bezug auf den einzelnen Kartenantrag *risikoneutral* agiert. Kann für ihn risikoneutrales Verhalten angenommen werden und werden darüber hinaus, ebenfalls vereinfachend, gegebene administrative Kosten unterstellt, so wird der Emittent bei seiner Entscheidung über einen Kartenantrag versuchen, den Erwartungswert der (diskontierten) Einnahmen aus dem einzelnen Kartenengagement zu maximieren. Um dies zu realisieren, können verschiedene Strategien gewählt werden. Welche Strategie dabei tatsächlich zur Maximierung der erwarteten Einnahmen am besten geeignet ist, hängt – wie es für eine *Agency-Beziehung* typisch ist – nicht zuletzt von den Eigenschaften, Interessen und dem Verhalten der Karteninhaber ab, wie an dem Beispiel von zwei idealtypischen Gruppen von Nutzern verdeutlicht werden soll.

⁸¹ Zur Möglichkeit einen fixen Verschuldungszinssatz in einen Vertrag zu schreiben, vgl. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (im folgenden: BGHZ), Band 125, S. 343.

⁸² Für eine gebräuchliche Definition einer *Principal-Agent-Beziehung*, vgl. z.B. RICHTER/FURUBOTN (1999), S. 519. Für einen Überblick über verschiedene Ansätze von *Agency-Beziehungen* vgl. NEUS (1989), S. 19 ff..

Die erste idealtypische Gruppe von potentiellen Karteninhabern wählen das Zahlungsinstrument Kreditkarte aus Bequemlichkeitsgründen.⁸³ Sie wollen in der Lage sein, möglichst überall und jederzeit alle Käufe zu tätigen, die sie wünschen, auch wenn sie zum gegebenen Zeitpunkt zwar nicht über ausreichend Bargeld, wohl aber über die finanziellen Mittel verfügen. Der Kreditgedanke steht dabei im Hintergrund, und die Rechnung wird in der Regel zum Monatsende auf einmal beglichen.⁸⁴ Diese Benutzer wählen das Zahlungsinstrument Kreditkarte nicht in erster Linie, weil sie einen Konsumentenkredit erhalten wollen, indem sie die Stundungsoption in Anspruch nehmen. Diese hat für sie nur sekundären Belang, denn sie verfügen über ausreichende Liquidität aus Vermögen oder stetigem Einkommen. Auch wenn durch diese Nutzer in der Regel kein Kredit in Form einer Abzahlung des gesamten Rechnungsbetrages in Raten in Anspruch genommen wird und damit Zinszahlungen anfallen, erhalten jedoch auch sie durch die Stundungsfunktion der Karte zunächst einen – zinslosen - Kredit. Die Ware wird ihnen sofort ausgehändigt, während der Rechnungsbetrag erst nach einiger Zeit zu entrichten ist.⁸⁵ Dennoch ist aus Sicht des Emittenten dieser Nutzertyp aufgrund seiner Eigenschaft ausreichender Liquidität einer niedrigen Risikostufe zuzurechnen. Die Erfüllung zukünftiger Zahlungsverpflichtungen kann als nahezu sicher eingestuft werden, denn das Ausfallrisiko ist entsprechend gering. Gleichzeitig sind jedoch auch keine oder nur sehr geringe Einnahmen durch Inanspruchnahme der Option zur ratenweisen Tilgung des Rechnungsbetrages gegen Entrichtung der vereinbarten Zinszahlungen zu erwarten. Die Haupteinnahmequelle des Emittenten besteht hiermit bei risikoarmen Benutzern aus der Jahresgebühr.

⁸³ Natürlich sind tatsächlich viele verschiedene Gruppen zu unterscheiden. Die Aufteilung in zwei Gruppen dient der Veranschaulichung. Eine ähnliche Unterscheidung findet sich bei COMBS/SCHREFT. Hier wird unterschieden in sogenannten „convenience use“ und „market for revolving credits“. Vgl. COMBS/SCHREFT (1999), S. 39 ff..

⁸⁴ Dabei muß es nicht rational für den Nutzer sein, die Rechnung bereits am Monatsende auf einmal zu begleichen. Vgl. nächste Fn..

⁸⁵ Handelt es sich um einen solventen Nutzer, der noch über weitere Kreditmöglichkeiten verfügt, ist beispielsweise denkbar, daß er den aufgelaufenen Rechnungsbetrag mit Hilfe eines weiteren, günstigeren Kredits erstattet. Vgl. dazu das jüngste Kreditkartenangebot von Morgan Stanley: Die sogenannte MORGAN STANLEY PLATINUM CARD bietet allen Kunden an, hochverzinsten Schulden bei anderen Kreditkartenunternehmen auf Morgan Stanley zu übertragen und diese zum günstigen Zinssatz von nur 3,9% abzuführen. Für alle neuen Schulden berechnet Morgan Stanley den üblichen Satz von 16,9%. Es kann auch für Nutzer dieser risikoarmen Gruppe finanziell günstig sein, *nicht* den gesamten Rechnungsbetrag auf einmal zurückzuerstatten. Ist der Kartenvertrag entsprechend ausgestaltet und sind die Zinsen entsprechend niedrig – etwa gerade weil der Kunde über eine entsprechend gute

Ganz anders stellt sich die den Erwartungswert maximierende Strategie des Emittenten bei der zweiten idealtypischen Gruppe von Kartennutzern dar, die eine Kreditkarte in erster Linie als eine Möglichkeit zur Erweiterung ihres Konsumentenkreditrahmens verstehen. Sie benutzen das Zahlungsinstrument zwar auch aus Bequemlichkeitsgründen, vor allem aber, um Liquiditätsengpässe zu vermeiden und die Stundungs- und Kreditfunktion in Anspruch zu nehmen. Diese zweite Nutzergruppe ist für den Emittenten in der Regel mit einem höheren Ausfallrisiko verbunden, da sie über geringere Liquidität aus Vermögen oder stetigem Einkommen verfügt als die erstgenannte Nutzergruppe. Im Gegenzug sind jedoch hier auch die erwarteten Einnahmen aus Zinszahlungen höher, da von dieser Gruppe die Kreditoption, den Rechnungsbetrag in Form von Raten zu tilgen, mit sehr viel größerer Wahrscheinlichkeit in Anspruch genommen wird.

Auch wenn sich in der Theorie idealtypisch diese zwei Nutzergruppen unterscheiden lassen, ist es einem Kartenemittenten nicht ohne weiteres möglich, einen Antragsteller der einen oder der anderen Gruppe zuzuordnen. Dies gilt nicht nur, weil in der Realität ein Kontinuum zwischen beiden Nutzergruppen existiert, sondern vor allem weil ex ante – also zum Zeitpunkt der Antragstellung – zwischen dem Emittenten und seinem potentiellen Kunden aller Voraussicht nach eine asymmetrische Informationsverteilung vorliegt. Der Antragsteller weiß genau und viel besser als der Emittent, welche Motive ihn zum Kartenantrag veranlassen und welches Zahlungsverhalten später von ihm erwartet werden kann.

Das Problem asymmetrischer Informationsverteilung vor Vertragsabschluß bringt, wie Akerlof erstmals am Beispiel des Gebrauchtwagenmarkts gezeigt hat, die Gefahr von *Adverser Selektion*⁸⁶, daß heißt der Verdrängung der guten Qualität durch die schlechte mit sich. Der Kartenemittent kann die unterschiedlichen Eigenschaften der Antragsteller ex ante nicht unterscheiden. Würde er bei der Konditionengestaltung der Kreditkarten seiner Kalkulation nun aber das durchschnittliche Ausfallrisiko aller potentiellen Antragsteller zugrunde legen, so wäre dieses Angebot für diejenigen

Kreditvorgeschichte verfügt – kann es durchaus rational sein, den aufgelaufenen Rechnungsbetrag in Tranchen abzuführen. Dies setzt jedoch ein differenziertes Finanzmanagement des Kunden voraus.

Kunden, die ein besonders hohes Ausfallrisiko mit sich bringen - daß heißt im Extremfall die Karte benutzen wollen, ohne den Rechnungsbetrag jemals zu begleichen - zweifelsohne besonders attraktiv. Für die mit geringen Ausfallrisiken behafteten Karteninhaber gilt dagegen tendenziell das Gegenteil. Sie empfinden das Angebot als ganz und gar nicht attraktiv, da sie bei so gestalteten Konditionen die schlechten Risiken der Kunden mit hohem Ausfallrisiko mittragen müssen. Sie sehen infolgedessen häufig von einem Kartenantrag ab. Das durchschnittliche Risiko, das als Ausgangspunkt der Kalkulation dient, wird jedoch durch das sukzessive Ausscheiden der guten Risiken immer höher; bei Fortsetzung dieses adversen Selektionsprozesses verblieben nur noch die schlechtesten Risiken im Pool der Kartenantragsteller und der Markt für Kreditkarten bräche als Konsequenz zusammen.

Um der Gefahr der adversen Selektion zu begegnen stehen jedoch eine Vielzahl von Instrumenten zur Verfügung, nicht nur am Akerlof'schen Gebrauchtwagenmarkt, sondern auch am Markt für Kreditkarten. Hier ist zum ersten das *Screening*, also das Filtern der Antragsteller durch den Emittenten mittels einer Prüfung ihrer potentiellen Kreditwürdigkeit zu nennen. Zu beachten ist, daß die Informationen, die ein Antragsteller zum Zwecke der Prüfung liefert, nicht unbedingt glaubwürdig sein müssen. Schließlich haben gerade die Antragsteller, die sich durch eine mangelnde Kreditwürdigkeit auszeichnen und gerade deshalb an dem zusätzlichen Kreditspielraum interessiert sind, unter Umständen den größten Anreiz, falsche Informationen zu übermitteln. Dies kann geschehen, indem sie zum Beispiel falsche Vermögensverhältnisse vorspiegeln oder über wahre Absichten der Nutzung der Karte nach Vertragsabschluß hinwegtäuschen. Dieser Gefahr kann auf verschiedenen Wegen begegnet werden. Die Informationen, die ein Antragsteller liefert, müssen entweder überprüfbar sein – und eine solche Überprüfung ist in der Regel mit Kosten für den Antragsbearbeitenden verbunden - oder aber die Information muß die Eigenschaft eines *glaubwürdigen Signals* besitzen und damit zum sogenannten *Signaling*, einer weiteren Möglichkeit zur Überwindung asymmetrischer Informationsverteilung, geeignet sein.

⁸⁶ Vgl. NEUS (1989), S. 17 f. oder RICHTER/FURUBOTN (1999), S. 509 und vor allem AKERLOF (1970), S. 488 ff. und ROTHSCILD/STIGLITZ (1976), S. 629 ff..

Beim Signaling⁸⁷ übernimmt – im Unterschied zum Screening - der Agent die aktive Rolle bei der Informationsübermittlung, indem er seinem Transaktionspartner ein Signal sendet, das deswegen glaubhaft ist, weil ein Agent, der nicht über die geforderten Eigenschaften verfügt, dieses Signal entweder gar nicht oder nur zu sehr viel höheren Kosten übermitteln könnte. So kann zum Beispiel auf dem von adverser Selektion geprägten Gebrauchtwagenmarkt eine Garantie des Gebrauchtwagenhändlers die Funktion eines glaubwürdigen Signals übernehmen. Händler, die Fahrzeuge guter Qualität anbieten, haben wenig Folgekosten aus der Garantieübernahme zu fürchten und werden daher eher bereit sein, eine solche anzubieten. Händler, die um versteckte Mängel ihrer angebotenen Gebrauchtwagen wissen, werden dagegen von Garantien eher absehen, denn eine solche könnte für sie ein teures Nachspiel haben. Auf dem Kreditkartenmarkt sind andere Signale vorstellbar. So kann beispielsweise die Bereitschaft eines Antragstellers den Emittenten mit einer Einzugsermächtigung für sein Bankkonto zu versehen, als ein solches Signal aufgefaßt werden. Ein Antragsteller, der nicht über ausreichende Liquidität verfügt, wird vermutlich auch nicht bereit sein einzuwilligen, daß der monatliche Rechnungsbetrag automatisch von seinem Konto abgebucht wird, da er fürchten muß, daß dieses nicht über genügend Deckung verfügt und die Bank möglicherweise die Einlösung der Lastschrift zurückweist. Eine zurückgewiesene Lastschrift würde für ihn Kosten und Unannehmlichkeiten verursachen; dies gegenüber mehreren Seiten, der Bank, dem Emittenten und dem Vertragsunternehmen. Ein Antragsteller, der hingegen über genügend Liquidität verfügt, hat keinen Anlaß einer solchen Ermächtigung gegenüber dem Emittenten nicht zuzustimmen – es sei denn es halten ihn grundsätzliche Erwägungen anderen Ursprungs davon ab – er kann davon ausgehen, daß sein Konto immer über genügend Deckung verfügt.

Als *Selbstselektion* schließlich bezeichnet man einen Mechanismus zur Überwindung asymmetrischer Informationsverteilung, bei dem wiederum der Prinzipal aktiv ist, indem er ein Menü von verschiedenen Verträgen anbietet, das derart ausgestaltet ist, daß ein Agent durch seine Entscheidung für ein bestimmtes Vertragsangebot

⁸⁷ Vgl. z.B. MILDE (1987), S.321 ff., RICHTER/FURUBOTN (1999), S.515 und vor allem SPENCE.(1973), S.355 ff.. Von Signaling wird gesprochen, wenn bei Vorliegen adverser Selektion die

Informationen über sich selbst preisgibt.⁸⁸ Die Konditionengestaltung von Kreditkartenverträgen bietet hierzu vielfältige Möglichkeiten, wie sich angesichts der oben beschriebenen Idealtypen von Nutzern demonstrieren läßt.⁸⁹ Wird ein Antragsteller beispielsweise vor die Wahl gestellt, ob er lieber einen Kartenvertrag mit hoher Jahresgebühr und niedrigen Zinsen oder einen Kartenvertrag mit niedriger Jahresgebühr und höheren Zinszahlungen bei Inanspruchnahme der Ratentilgung des Rechnungsbetrages in Anspruch nimmt, so kann man davon ausgehen, daß sich die erste Nutzergruppe für die niedrige Jahresgebühr entscheidet, da sie nicht beabsichtigt, die Ratenzahlung jemals in Anspruch zu nehmen. Nutzer dagegen, die insbesondere an der Kreditoption interessiert sind, werden tendenziell die hohe Jahresgebühr bei niedrigeren Zinszahlungen bevorzugen.⁹⁰

Welche Strategie Kartenemittenten und Antragsteller zur Milderung des Problems asymmetrischer Information letztlich einsetzen, damit es überhaupt zum Abschluß eines Kartenvertrages kommen kann, der dem Karteninhaber die Nutzung dieses Zahlungs- und Kreditinstruments ermöglicht und den Emittenten Einnahmen erwarten läßt, kann hier nur schwerlich diskutiert werden. Dies hängt von den Kosten der jeweiligen Instrumente, der spezifischen Marktkonstellation, aber auch nicht zuletzt von der Zuweisung von Risiken ab, die thematisch im Mittelpunkt dieser Arbeit steht. Doch unabhängig davon, welche Strategie eingesetzt wird, ist nicht davon auszugehen, daß jegliches Risiko von Zahlungsausfällen nach Abschluß des Kartenvertrages ausgeschlossen ist.

- b) (Nicht-)Entrichtung des Rechnungsbetrages an den Emittenten nach Einsatz der Karte ($t = 2+x$)

Wurde der Kartenvertrag schließlich abgeschlossen, die Karte eingesetzt und vom Emittenten der Betrag in Rechnung gestellt, so entrichtet der Karteninhaber den

informierte Seite (gewöhnlich der Nachfrager als Agent) die aktive Rolle übernimmt und seine Qualität durch ein Signal zu erkennen gibt.

⁸⁸ Vgl. NEUS (1989), S. 18. Von Selbstselektion wird gesprochen, wenn die uninformierte Seite (gewöhnlich der Anbieter als Prinzipal) eine Mehrzahl von Verträgen anbietet, aus der die informierte (der Nachfrager als Agent) auswählt.

⁸⁹ Vgl. auch beispielsweise BRAATZ (1999), S. 30 ff..

⁹⁰ Vgl. zu dieser Problematik CALEM/MESTER (1995), S. 1327 ff..

gestundeten Rechnungsbetrag entweder auf einmal oder er beansprucht die zusätzliche Kreditoption. Im zweiten Fall erwirbt der Emittent Ansprüche auf Zinszahlungen, was seine erwarteten Einnahmen steigert. Gleichzeitig besteht das Interesse, einen endgültig solventen Schuldner zu haben, der die vereinbarten Zins- und Tilgungsleistungen in der Zukunft auch tatsächlich leisten kann und will.⁹¹

Aus verschiedenen Gründen kann es jedoch dazukommen, daß der Schuldner seinen Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommt. Dies kann zum einen durch das Auftreten externer Schocks der Fall sein, die die Zahlungsfähigkeit des Schuldners beeinträchtigen, zum Beispiel indem der Kartennutzer durch Insolvenz seines Arbeitgebers arbeitslos wird oder ihn ein Schicksalsschlag wie krankheitsbedingte Erwerbsunfähigkeit trifft. Der Zahlungsausfall kann jedoch zum anderen durch das Verhalten des Schuldners herbeigeführt oder zumindest gefördert worden sein. Der Schuldner kann zum Beispiel trotz Kenntnis seiner drohenden Zahlungsunfähigkeit weiterhin die Kreditkarte einsetzen oder gar einen Betrug initiieren, indem er die Karte als gestohlen meldet und dann Einkäufe tätigt. Damit nutzt er die verbleibende Zeit zwischen Kartengültigkeit und Kartensperrung zu seinen Gunsten aus, da angenommen wird, daß diese Käufe von einem unbefugten Dritten getätigt wurden und daher der Karteninhaber nicht dafür aufzukommen hat.⁹² In beiden Fällen häuft der Schuldner, solange die Karte noch einsatzfähig ist, weitere Schulden an, ohne diese später zurückzahlen zu können. Der Schuldner könnte aber auch seinen Kauf bereuen und sich weigern zu bezahlen, indem er eine - wegen nicht erbrachter Leistungen im Verhältnis zwischen Karteninhaber und Vertragsunternehmen berechnete oder auch unberechtigte - Einwendung geltend macht. In allen genannten Fällen kommt es zur Unterbrechung des Zahlungsstromes und damit zur Realisierung eines hier als sogenanntes *Zahlungsrisiko* bezeichneten Risikos.

Die Kreditkarte kann darüber hinaus auch verlorengehen oder entwendet werden und mißbräuchlich von einem Dritten verwendet werden. Wird im Namen des echten Karteninhabers aber ohne dessen Wissen die Karte zum Kauf von Waren eingesetzt, wird sich der (vermeintliche) Schuldner weigern, an den Emittenten eine Zahlung zu

⁹¹ Zu Ausführungen zum „idealen Kunden“ für einen Kartenemittenten vgl. AUSUBEL (1991), S. 50 ff.

⁹² Für die rechtliche Regelung sowie die maximale Haftungsgrenze vgl. 4. Kapitel II.2.d).

leisten.⁹³ Auch in diesen Fällen kommt es jeweils zur Unterbrechung des Zahlungsstromes und zur Realisierung eines hier als sogenanntes *Drittrisiko* bezeichneten Risikos. Wie das Zahlungsrisiko kann auch das Drittrisiko durch ein von dem Karteninhaber unbeeinflussbares Ereignis ausgelöst sein, es kann jedoch auch durch unvorsichtiges Verhalten des Karteninhabers, etwa eine wenig diebstahlsichere Aufbewahrung der Karte, oder auch des Emittenten, etwa durch die Ausgabe wenig fälschungssicherer Karten niedriger Qualität, gefördert werden. Besonders drastisch ist in diesem Zusammenhang eine Konstellation, bei der der Karteninhaber so stark beteiligt ist, daß nicht mehr ein echtes Drittrisiko, sondern eine Mischform von verhaltensbedingtem Zahlungsrisiko und Drittrisiken vorliegt – eine Begebenheit, die besonders in den letzten Jahren an Brisanz gewonnen hat.⁹⁴ Karteninhaber können sich von Dritten dazu überreden lassen, diesen die Karte unerlaubterweise zu überlassen. In Deutschland wurden Fälle bekannt, in denen sich Karteninhaber die Kreditkarten „entwenden“ ließen, um sie dann beim Emittenten als gestohlen zu melden. Von den unmittelbar handelnden Tätern erhielten sie für ihre Komplizenschaft Beträge zwischen 3.000 und 5.000 DM.⁹⁵

Wie können sich Emittenten oder gegebenenfalls auch Karteninhaber gegen das Zahlungsrisiko oder Drittrisiken schützen? Sind Risiken durch externe Schocks bedingt, so gibt es weder für den Gläubiger noch für den Schuldner die Möglichkeit, dieses nach dem Abschluß des Kartenvertrages zu mildern. Lediglich die Wahrscheinlichkeit für das Auftreten solcher Schocks, die zum Zahlungsausfall führen können, läßt sich durch die ex ante Auswahl der Antragsteller, mit denen ein Vertrag geschlossen wird, beeinflussen. Bestimmte Berufsgruppen, wie beispielsweise Beamte, gelten hierbei generell als weniger anfällig als andere. Weiterhin wird das Risiko, daß mehrere Schuldner gleichzeitig aufgrund externer Schocks ausfallen oder „zufallsbedingt“ bestohlen werden, durch Diversifikation herabgesetzt.

Sind Risiken dagegen durch das Verhalten des Schuldners bedingt, so handelt es sich um ein Problem von *Opportunismus nach Vertragsschluß*. Der Kartenemittent

⁹³ Im Regelfall wird die Kreditkarte sofort nach Kenntnis eines Verlustes oder eines Diebstahles gesperrt und kann somit nicht mehr eingesetzt werden. Vgl. dazu 5. Kapitel I.1. und II.1.

⁹⁴ Vgl. PUNCH (1993), S. 18 f. und PUNCH (1998), S. 76 ff..

(Prinzipal) kann die Handlungen des Karteninhabers (Agent) nicht beobachten, nachdem der Kartenvertrag geschlossen ist. Der Karteninhaber als Schuldner hat die Möglichkeit zur versteckten Handlung gegenüber seinem Gläubiger, dem Kartnemittenten. Es liegt eine ex-post-Informationasymmetrie vor, die *Moral Hazard* Verhalten, daß heißt Aktionen des Agenten die ihn begünstigen, aber zu Lasten des Prinzipals gehen, ermöglichen.⁹⁶ Moral Hazard-Risiken können durch sogenanntes *Monitoring*⁹⁷ gemildert werden, indem der Prinzipal den Umgang des Agenten mit seiner Karte überwacht, oder durch *Delegated Monitoring*, indem mit der Überwachung ein Dritter beauftragt wird. Derartiges Monitoring wird jedoch vor allem immer dann wirksam sein, wenn bereits Informationen über den Schuldner vorliegen, da Fehlverhalten unter Umständen bereits wiederholt aufgetreten ist und sich damit ein Bild vom Verhalten des Schuldners gemacht werden kann. Abzuwägen ist in diesem Zusammenhang natürlich auch zwischen den aufzuwendenden Kosten, den *Monitoring costs*, und dem potentiell entstehenden Schaden. Neben den Möglichkeiten des Monitoring bieten sich zur Milderung von Verhaltensrisiken auch sogenannte *Incentives*, also Anreize oder Strafen an, die geeignet sind, das Handeln des Agenten im Sinne des Prinzipals zu beeinflussen. Als Anreiz könnte eine Gebühren- oder Zinssenkung bei guten Kunden in Aussicht gestellt werden, als Strafe wäre etwa die Drohung mit dem Entzug der Karte geeignet und nicht zuletzt die (durchzusetzende) Verpflichtung, für einen entstandenen Schaden einzustehen.

Daß es jedoch überhaupt zu einem Schaden kommt, setzt voraus, daß der Karteninhaber oder ein die Karte mißbrauchender Dritter einen Kauf getätigt hat. Das wiederum bedingt die Beziehung zum Zahlungsempfänger, dem Vertragsunternehmen.

⁹⁵ Vgl. OLG Bamberg, WM 1994, S. 194.

⁹⁶ Vgl. RICHTER/FURUBOTN (1999), S. 515. Von Moral Hazard oder moralischem Risiko wird gesprochen, wenn der Agent nach Vertragsschluß entweder mehr Informationen erlangt als der Prinzipal oder die Möglichkeit zur versteckten Handlung besitzt.

⁹⁷ Vgl. RICHTER/FURUBOTN (1989), S. 52 f..

2. Zahlender – Zahlungsempfänger

Erwirbt der Zahlende eine Ware oder Dienstleistung bei einem Vertragsunternehmen, so kann er anstelle der Hingabe von Bargeld mit seiner Kreditkarte bezahlen. Finanzierungstheoretisch kann die Beziehung zwischen Zahlendem und Zahlungsempfänger als eine indirekte Kreditbeziehung aufgefaßt werden. Der Zahlungsempfänger, also der Händler, liefert die Ware gegen ein Zahlungsverprechen aus, das ihm allerdings nicht direkt der Zahlende selbst gibt. In Wirklichkeit fungiert die Zahlstelle als Kreditmittler und garantiert dem Zahlungsempfänger den von ihm gestundeten Betrag. Der Händler übergibt die Ware gegen ein Zahlungsverprechen also nicht aufgrund der Bonität des Zahlenden selbst, sondern aufgrund der Bonität der Zahlstelle und aufgrund des Vertrages mit einem Vertreter der Zahlstelle. Das Vertragsunternehmen beauftragt den Kartemittenten und Kreditmittler damit, den Karteninhaber und Kreditnehmer zu überwachen und in seinem Auftrag das Geld von diesem einzuziehen. Auch diese Beziehung kann als eine Agency-Beziehung aufgefaßt werden. Das Vertragsunternehmen delegiert die Überwachung an den Kartemittenten, da die Monitoring costs, also die Kosten eben dieser Überwachung für das Vertragsunternehmen bei direkter Kreditgewährung für jeden Kunden zu hoch wären. Deshalb richtet sich das strategische Interesse des Händlers in seiner Beziehung zum Kartennutzer in erster Linie auf den Verkauf seiner Waren- oder Dienstleistungen, der durch die Möglichkeit zum bargeldlosen Einkauf gefördert werden soll und aus dem der Händler seinen Gewinn zieht. Zu diesem Zeitpunkt steht für den Händler daher in seiner Beziehung zum Kunden nicht im Vordergrund, ob er schließlich den Rechnungsbetrag erhält oder nicht - er nimmt dies durch die Garantiefunktion der Karte als selbstverständlich an.

Der Händler hat jedoch in der Regel vom Vertreter der Zahlstelle, mit dem er einen Vertrag abgeschlossen hat, die Auflage bekommen, die Authentizität des Karteninhabers zu prüfen. Hierzu dient nicht nur die auf dem Kartenbeleg zu leistende Unterschrift des Kunden, die ohnehin nur dann geleistet wird, wenn Kunde und Händler in persönlichen Kontakt miteinander treten, sondern auch die sogenannte Sperrabfrage, also eine Abfrage des Händlers beim Emittenten, ob die Karte einsatzberechtigt ist. Führt das Vertragsunternehmen eine Sperrabfrage durch und

kommt dabei zu einem positiven Ergebnis⁹⁸, so wird der Zahlungsvorgang nicht eingeleitet. Die Karte kann gesperrt sein, wenn sie entweder als gestohlen gemeldet wurde und demnach anzunehmen ist, daß es sich bei dem Käufer nicht um den rechtmäßigen Karteninhaber handelt, oder, weil der Karteninhaber als insolvent bekannt ist und daher der Emittent die Sperrung der Karte veranlaßt hat. Freilich kann auch ein technischer Defekt vorliegen, der die Einsatzfähigkeit der Karte verhindert. In diesen Fällen kommt die Transaktion nicht zustande, es sei denn, der Kunde kann und will ein anderes Zahlungsmittel einsetzen, sei es Bargeld oder eine andere, funktionsfähige Karte. Wird entweder auf die Sperrabfrage verzichtet oder eine Sperrabfrage mit negativem Ergebnis durchgeführt, so wird die Transaktion abgewickelt und die Ware ausgehändigt, es sei denn der Preis der zu erwerbenden Ware überschreitet das sogenannte *floor limit*.

Mit *floor limit* wird der Betrag bezeichnet, bei dessen Überschreiten bei einem einzelnen Kauf das Vertragsunternehmen beim Emittenten Rückfrage halten muß, ob der Kauf abgewickelt werden darf oder nicht, also ob der Karteninhaber über die entsprechende Bonität verfügt.⁹⁹ Jede Kreditkarte ist vom Emittenten her mit einem bestimmten Höchstlimit ausgestattet, mit dem sie beim jeweiligen Einsatz maximal belastet werden darf. Der Karteninhaber selbst hat häufig keine Kenntnis über die Existenz seines Höchstlimits, wohl aber das Vertragsunternehmen. Wird dieses Limit ohne Rückfrage überschritten und der Kauf abgewickelt, muß dies mit dem Einverständnis des Vertragsunternehmens geschehen sein, das seine Interessen an der Abwicklung der Waren- oder Dienstleistungstransaktion höher bewertet als das dadurch entstehende Risiko einer Unterbrechung des Zahlungsstromes, zu der es zwar nicht kommen muß, aber die durchaus denkbar ist.

Sowohl bei der Handhabung der Sperrabfrage wie auch bei der Handhabung des *floor limits* wird deutlich, daß der Händler, obwohl die eigentliche Kreditbeziehung zwischen dem Karteninhaber und dem Emittenten besteht, doch über einen strategischen Verhaltensspielraum verfügt, mit dem er das Zahlungsrisiko beeinflussen kann. Noch wichtiger ist aber der Spielraum des Händlers in der

⁹⁸ Unter negativ wird hier die Nicht-Feststellung eines Mißbrauchs verstanden, unter positiv die Feststellung eines solchen.

⁹⁹ Vgl. TAUPITZ (1995), S. 185 ff..

Transaktionsbeziehung über die Ware oder Dienstleistung selbst, die Ursache dafür ist, daß die Karte überhaupt zum Einsatz kommt. Hier hat der Händler die Möglichkeit zu Moral Hazard-Verhalten, indem er dem Kunden eine mangelhafte Leistung liefert, die diesen später, bei Rechnungsstellung durch den Emittenten dazu veranlassen könnte, die Zahlung zu verweigern. Dies gilt insbesondere dann, wenn kein persönlicher Kontakt zwischen Händler und Kunden stattfindet, weil, wie im zunehmenden Maße der Fall, der Kauf über elektronische Medien oder telephonisch abgewickelt wird. Monitoring oder Incentives könnten also auch beim Vertragsunternehmen angebracht sein, um derartige Probleme zu mildern, nicht zuletzt, weil das vorrangige Interesse des Händlers im Kontakt mit den Karteninhabern in dem eigentlichen Abschluß von Waren- und Dienstleistungsgeschäften liegt.

Ob schlechte Ware oder gute Ware geliefert wurde, ob eine Sperrabfrage durchgeführt und die Rückfrage bei Überschreiten des floor limits gehalten wurde oder nicht - das Vertragsunternehmen wird, wenn es die Transaktion eingeleitet hat, den Leistungsbeleg auf postalischem oder elektronischem Weg an den Akquisiteur innerhalb der Zahlstelle senden, mit dem es in einem vertraglichen Verhältnis steht.

3. Zahlstelle – Zahlungsempfänger

a) Der Vertrag zwischen Akquisiteur und Vertragsunternehmen ($t = 0$)

Damit es zur Bezahlung mit einer Kreditkarte kommen kann, muß zunächst ein Vertrag zwischen einem Vertreter der Zahlstelle und einem Handels- oder Dienstleistungsunternehmen vorliegen. Das Vertragsunternehmen hat dabei das Interesse, das gegenüber dem Emittenten zu entrichtende Disagio möglichst gering zu halten.¹⁰⁰ Je nachdem, über welche Marktmacht es verfügt, ist das Vertragsunternehmen in einer besseren oder schlechteren Verhandlungsposition. Desweiteren ist das Vertragsunternehmen an so wenig Auflagen wie möglich seitens

¹⁰⁰ Vgl. KRANZ (1998), S. 18 ff..

der Zahlstelle interessiert, was die Durchführung von Sicherheitsprüfungen anbelangt. Je mehr Risiken die Zahlstelle übernimmt, umso besser stellt sich das Vertragsunternehmen. Der Akquisiteur auf der anderen Seite wird versuchen, ein möglichst hohes Disagio zu vereinbaren. Es liegt weiterhin in seinem Interesse, dem Vertragsunternehmen möglichst hohe Sicherheitsanforderungen sowie die damit verbundenen Kosten für die Bereitstellung der technischen Ausrüstung aufzuerlegen, um seine Aufwendungen und Haftungsrisiken zu reduzieren. Je nachdem, wie sich das Kartenunternehmen am Markt positionieren will, sollen entweder so viele Händler wie möglich geworben werden, um eine starke Verbreitung der Karten zu garantieren, oder aber ausschließlich ein exklusiver Kreis von Händlern im Hochpreissegment. Diese Überlegungen hängen von der strategischen Positionierung des Kartenunternehmens im Kreis seiner Wettbewerber ab.¹⁰¹

Die Beziehung zwischen Vertragsunternehmen und Emittent kann wiederum als eine wechselseitige Agency-Beziehung aufgefaßt werden.¹⁰² Das Vertragsunternehmen erwartet eine ordnungsgemäße Erstattung seines eingereichten Rechnungsbetrages, während der Emittent ein ordnungsgemäßes Abprüfen der von ihm auferlegten Sicherheitsvorschriften erwartet.

b) (Nicht-)Entrichtung des gestundeten Rechnungsbetrags durch die Zahlstelle an den Zahlungsempfänger ($t = 2$)

Hat das Vertragsunternehmen den Zahlungsvorgang durchgeführt, leitet es den Leistungsbeleg an den Akquisiteur innerhalb der Zahlstelle weiter. Dieser erstattet je nach Vertragsgestaltung den geschuldeten Betrag täglich oder wöchentlich.

Erhält der Zahlungsempfänger den Rechnungsbetrag nicht, so kann dies aus mehreren Gründen geschehen. Einerseits kann eine Partei innerhalb der Zahlstelle insolvent werden. Dies hat zur Folge, daß der Zahlungsempfänger seinen gestundeten

¹⁰¹ Vgl. SVERETH (1999), S. 16 ff..

¹⁰² Vgl. oben unter III.1.a). für Erläuterung der Agency-Beziehung.

Rechnungsbetrag nicht vom Akquisiteur erhält.¹⁰³ Dies kann entweder Resultat eines sich realisierenden Moral Hazard-Risikos sein oder eine externe, nicht kontrollierbare Ursache haben. Es kann zum Beispiel bereits zwischen Akquisiteur und Emittent zu einer Unterbrechung des Zahlungsstromes kommen, etwa wenn der Emittent insolvent wird, der Karteninhaber eine berechtigte oder unberechtigte Einwendung geltend macht und die Zahlung an den Emittenten verweigert oder aber aufgrund eines technischen Fehlers bei der Datenübermittlung. Erhält der Akquisiteur keine Zahlung vom Emittenten, ist fraglich, ob dieser den Rechnungsbetrag an den Zahlungsempfänger erstattet.

Ein Grund für die Weigerung des Akquisiteurs zu zahlen, kann aber auch darin liegen, daß das Vertragsunternehmen die ihm auferlegten Sicherheitsprüfungen nicht durchgeführt hat und fälschlicherweise eine Zahlung einleitet, obwohl es sich bei dem Zahlenden nicht um den rechtmäßigen Karteninhaber handelt. Das Vertragsunternehmen könnte sich sogar betrügerisch verhalten. Händler können Belege mit einem höheren Betrag versehen, sobald sie diesen unterschrieben vorliegen haben oder, nachdem sie im Besitz der Kartenummer sind, gänzlich falsche Belege beim Akquisiteur einreichen.¹⁰⁴ Ein schwerwiegender Mißbrauch liegt vor, wenn der Magnetstreifen der Karte kopiert und wiederverwendet wird. Schließlich ist denkbar, daß ein Vertragsunternehmen mit Kartenfälschern zusammenarbeitet und bewußt gefälschte Karten akzeptiert.¹⁰⁵ In all diesen Fällen sieht sich der Akquisiteur, falls er sie entdeckt, nicht verpflichtet, dem Zahlungsempfänger den Rechnungsbetrag zu erstatten.

Auch für die Beziehung zwischen Vertragsunternehmen und Akquisiteur gilt wiederum: Es kann zu Zahlungsausfällen kommen, sei es durch externe Schocks oder sei es aufgrund von Moral Hazard-Verhalten, das – da es sich wie oben erläutert auch hier um eine Agency-Beziehung handelt – von beiden Vertragsparteien jeweils zu Lasten der anderen an den Tag gelegt werden könnte. Auch hier könnten Monitoring

¹⁰³ Auch in dieser Konstellation kann die Insolvenz Folge eines exogenen Schocks, der zur Unterbrechung des Zahlungsstromes führt sein, oder Folge unsachgemäßen Verhaltens einer Partei innerhalb der Zahlstelle.

¹⁰⁴ Vgl. TAUPITZ (1995), S. 32 ff..

¹⁰⁵ Vgl. IMHOF (1984), S. 165 ff..

und Incentives sowie ein entsprechendes Screening vor Vertragsabschluß dazu beitragen, die Probleme zu mildern.

4. Innerhalb der Zahlstelle: Emittent – Akquisiteur

Liegt eine Personentrennung vor, kann es zwischen Emittent und Akquisiteur ebenfalls zur Unterbrechung des Zahlungsstromes kommen. Dies kann auf der einen Seite der Fall sein, weil der Emittent insolvent wird und sich nicht mehr in der Lage sieht, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Auf der anderen Seite, und dies ist der häufigere Fall, kann es zu Fehlern aufgrund mangelnder Sorgfalt bei der Datenübermittlung seitens des Emittenten oder des Akquisiteurs kommen. Je nachdem, wie gravierend diese Fehler sind, kommt es entweder nur zur Störung oder zur totalen Unterbrechung des Zahlungsstromes.

Zuletzt kann es auch zum Mißbrauch seitens des Akquisiteurs oder der Emittenten kommen. So ist denkbar, daß Angestellte der Kartenunternehmen oder Banken die Kreditkarten entwenden oder diese an Komplizen weitergeben.¹⁰⁶ Vorstellbar ist außerdem, daß Beträge in Rechnung gestellt werden, ohne daß ein entsprechender Beleg von einem Vertragsunternehmen vorliegt. Ein weiteres Fehlverhalten liegt vor, wenn Belege doppelt belastet werden oder Käufe eines anderen Kunden berechnet werden. Dies kann bewußt durch unsachgemäßes Verhalten als Folge asymmetrischer Informationsverteilung sein, es kann jedoch auch ohne bewußt mißbräuchliche Motive geschehen und ein Fall mangelnder Sorgfalt sein.¹⁰⁷ Im ersten Fall handelt es sich wiederum um die Realisierung eines Moral Hazard-Risikos, gegen das sich der vermeintliche Schuldner, der letztlich wiederum ein Karteninhaber sein wird, nur mit einem beträchtlichen Arbeitsaufwand schützen kann.

¹⁰⁶ Vgl. TAUPITZ (1995), S. 39 ff..

¹⁰⁷ Solche Schwierigkeiten können entweder technischer Art sein, indem zum Beispiel Daten falsch oder gar nicht übermittelt werden, oder sie haben ihre Ursache in der mangelnden Sorgfalt bei der Bearbeitung innerhalb der Zahlstelle.

IV. Die effiziente Zuweisung von Risiken als Grundfrage der Arbeit

Wie in den vorangegangenen Abschnitten dargelegt, sind die gegenseitigen Beziehungen der am Zahlungssystem Beteiligten unterschiedlichster Art, ebenso wie deren Anreize zu strategischem Verhalten. Das Kalkül der einzelnen Parteien, die Gefahr des Systemmißbrauchs durch unbefugte Dritte ebenso wie das Auftreten exogener Schocks, führen zu verschiedenen Risiken. Alle diese Risiken müssen von einem der Beteiligten im System getragen werden. Für denjenigen unter ihnen, der das Risiko trägt, verursacht dies Kosten, so daß er versuchen wird, diese soweit wie möglich auf die anderen Parteien zu überwälzen, was dazu führt, daß sie sich schließlich auf alle am System Beteiligten verteilen.¹⁰⁸ Trägt nicht diejenige Partei das Risiko, die mit dem geringst möglichen Aufwand damit umgehen kann, kommt es zwangsläufig zu Ineffizienzen, die schließlich den Nutzen aller Beteiligten schmälern. Es ist daher notwendig zu untersuchen, für welche Partei das Tragen des jeweiligen Risikos die geringsten Kosten verursacht, denn nur so kann ein effizientes Zahlungssystem bereit gestellt werden.

Um die entstehenden Risiken zu klassifizieren, kann auf verschiedene Weise vorgegangen werden.¹⁰⁹ Eine erste, vergleichsweise einfache Unterscheidung findet sich bei ROBERT COOTER und EDWARD RUBIN.¹¹⁰ Cooter und Rubin unterscheiden auf der Ebene der Zahlungsinstrumente zwischen sogenannten *false positives* und *false negatives*.¹¹¹

„A false positive occurs when a sum of money from a consumer’s account finds its way into the hands of an unintended recipient“

Unter *false positives* werden also bei Cooter und Rubin all jene Fälle verstanden, in denen der Zahlungsvorgang eingeleitet wird, obwohl dies nicht der Fall sein sollte.

¹⁰⁸ Vgl. COOTER/RUBIN (1987), S. 67 ff.. Vgl. auch BRANDEL/LEONARD (1971), S. 1033 ff., die einen solchen Zusammenhang schon sehr früh betonen.

¹⁰⁹ Vgl. GROUP OF TEN (1997), S. 8 ff..

¹¹⁰ Vgl. COOTER/RUBIN (1987), S. 86 ff..

¹¹¹ Diese Unterscheidung erinnert an die Unterscheidung in der Statistik zwischen *Fehlern erster* und *Fehlern zweiter Art*.

Hierunter fallen auch alle Risiken, die aus Mißbrauch nach Diebstahl oder Verlust und Fälschung entstehen.

„A false negative is a payment that was not made or not made on time even though it should have been, such as a check lost by a financial institution...“

Unter *false negatives* werden all jene Fälle verstanden, in denen der Zahlungsvorgang nicht eingeleitet wird, obwohl dies der Fall sein sollte. Hierunter fallen alle Risiken, die entstehen, weil es innerhalb der Zahlstelle zu Datenverlusten, Verzögerungen verschiedener Art oder auch Insolvenz eines Schuldners innerhalb der Zahlstelle kommt. Um ihre Terminologie zu vervollständigen, führen Cooter und Rubin sogenannte *valid negatives* und *valid positives* ein. Unter einem *valid positive* wird der problemlose Fall verstanden, in dem eine gültige Zahlung eingeleitet und abgewickelt wird. Unter einem *valid negative* wird der Fall verstanden, in dem eine ungültige Zahlung zu Recht nicht eingeleitet wird, da beispielsweise die Karte von einem Dritten mißbraucht wird. Alle Fälle, in denen es zu einer Unterbrechung des Zahlungsstromes aufgrund von Insolvenzen kommt, werden jedoch von Cooter und Rubin explizit ausgeklammert.¹¹² Sie beschränken sich auf die Behandlung der Fälle Mißbrauch, Fälschung und Betrug.

Die von Cooter und Rubin gewählte Art der Klassifizierung der Risiken geht vom Zahlungssystem als einer Art Black Box aus. In dieser Sichtweise werden daher hauptsächlich externe Anschläge auf das Zahlungssystem problematisiert. Es werden empirisch beobachtbare Fälle von Mißbrauch oder Betrug Dritter aufgearbeitet und überlegt, wie diese, nicht im System selbst begründeten Risiken effizient allokiert werden können.¹¹³ Cooter und Rubin berücksichtigen keine Anreize zu strategischem Verhalten, die sich aufgrund von Informationsasymmetrien zwischen den Beteiligten im System selbst ergeben. Es erscheint aber zentral, diese ebenfalls miteinzubeziehen, denn in den Mechanismen zur Bewältigung dieser Risiken liegt das eigentliche

¹¹² „...the article only deals with losses due to fraud, forgery, and error; it does not cover credit risk, which is the risk that the person issuing the payment instrument will be insolvent.“ Vgl. COOTER/RUBIN (1987), S. 67. COOTER/RUBIN erwähnen als unbehandelt nur explizit den Fall, in dem der Emittent des Zahlungsinstruments insolvent wird – auf den Fall, daß der Zahlende verschuldet oder unverschuldet zahlungsunfähig wird, wird gar nicht eingegangen.

ökonomische Problem, das über die Funktionsfähigkeit der Kreditkarte als bargeldloses Zahlungsmittel entscheidet.

Diesen Überlegungen folgend, können die Risiken in zwei große Gruppen aufgeteilt werden. Die erste Gruppe umfaßt alle *Kreditausfallrisiken*, die zwischen sämtlichen Gläubigern und Schuldern im Zahlungssystem entstehen können. Kreditausfallrisiken können entweder vor oder nach Vertragsschluß entstehen. Ex ante, also vor Vertragsschluß beim Kartenantrag, entstehen sie zwischen Zahlendem und Emittenten. Diese Risiken sollen hier als *Antragsrisiken* bezeichnet werden.¹¹⁴ Ex post, nach Vertragsschluß bei zu entrichtender Zahlung, entstehen sie zwischen Zahlendem und Emittenten, Zahlungsempfänger und Akquisiteur oder innerhalb der Zahlstelle zwischen Akquisiteur und Emittent. Diese Risiken sollen als *Zahlungsrisiken* bezeichnet werden. Ausfallrisiken sind zum einen auf externe Schocks, zum anderen aber auf das Verhalten von Schuldern zurückzuführen. Da die Informationen in allen Gläubiger und Schuldner-Beziehungen innerhalb des Systems nicht symmetrisch verteilt sind, bestehen sowohl vor als auch nach Abschluß des Vertrags Anreize für den Schuldner, sich eben diese Informationsasymmetrie zum eigenen Vorteil zu Nutze zu machen. Je nachdem, ob dieses Risiko vor oder nach Vertragsabschluß entsteht, gibt es verschiedene Möglichkeiten, es abzumildern.

Die zweite große Gruppe umfaßt alle sogenannten *Drittrisiken*. Drittrisiken treten entweder nach Verlust oder Diebstahl durch Mißbrauch oder durch Fälschung des Zahlungsinstruments auf. Sie setzen zu ihrer Realisierung das mißbräuchliche Eingreifen Dritter, also außerhalb des Systems stehender Parteien, voraus und führen ebenfalls zu einer Unterbrechung oder Störung des Zahlungsstroms.

Als dritte Gruppe von Risiken lassen sich *technische Risiken* nennen. Technische Risiken sind alle Risiken, die durch technische Fehler am Zahlungsinstrument auftreten können. Bei ihrer Realisierung führen sie zum Ausfall oder zur Störung des Zahlungsstroms. Technische Risiken setzen zu ihrem Auftreten kein strategisches Verhalten seitens der am System Beteiligten voraus. Eine Analyse, welche Partei

¹¹³ Es werden zwar auch Versäumnisse und Fehlverhalten der Zahlstelle, also eines Beteiligten innerhalb des Systems untersucht. Diese werden aber nicht als Folge von strategischem Verhalten angesehen und ändern daher nichts an der grundsätzlichen Black Box Betrachtungsweise.

diese Risiken zu den geringsten Kosten tragen kann, setzt eine Untersuchung der technischen Funktionsweise der Zahlungsinstrumente voraus. Das Ergebnis orientiert sich nicht notwendigerweise an ökonomischen Effizienzkriterien, sondern an technologischen Gesichtspunkten. Die Frage der effizienten Allokation von technischen Risiken wird für den weiteren Verlauf der Arbeit daher ausgeklammert.

Ausgangspunkt und Fragestellung der Arbeit sind nun aber die folgenden: *Wie soll der Gesetzgeber mit den Kreditausfall- und Drittrisiken aus Kreditkartenverträgen verfahren, damit ein ökonomisch möglichst effizientes Ergebnis erzielt wird, wohlwissend, daß die Zuweisung von Risiken an einzelne Vertragsparteien wiederum deren Anreize zu strategischem Verhalten beeinflusst?*

Diese Frage wird mit Hilfe der *Ökonomischen Analyse des Rechts* behandelt, deren grundsätzliche Vorgehensweise im nächsten Kapitel vorgestellt wird.

Zunächst werden die Kriterien eingeführt, die von der ökonomischen Analyse des Rechts typischerweise zur Effizienzprüfung herangezogen werden. Diese Kriterien werden kritisch beleuchtet und um einige Annahmen ergänzt. Die eigentliche Untersuchung wird schließlich mit einer modifizierten Vorgehensweise durchgeführt, da die bisher verwandten Effizienzkriterien zur Risikoallokation einiger Ergänzungen bedürfen. Im Anschluß daran wird im 4. und 5. Kapitel anhand einiger Fallstudien untersucht, wie eine solche Effizienzprüfung in der tatsächlichen Anwendung aussehen kann. Dabei wird zunächst näher auf die in Deutschland geltende Gesetzgebung eingegangen und erläutert, wie bei Realisierung der geschilderten Risiken die Rechtslage aussieht. Danach werden diese bestehenden rechtlichen Regelungen auf ihre ökonomische Wirkung und die Verhaltensweisen, die sie seitens der beteiligten Parteien bereits hervorgerufen haben, hin untersucht und beurteilt. Die ausgewählten Fälle decken die relevantesten und am häufigsten auftretenden Risiken im Zahlungsverkehr mit Kreditkarten ab. Im 4. Kapitel werden Kreditausfallrisiken, im 5. Kapitel typische Drittrisiken behandelt.

¹¹⁴ Vgl. ähnlichen Begriff bei HOWE und MARKUS, in BRAATZ/BRINKER/FRIEDERICH (1999), S. 273.

3. Kapitel:

Gegenstand der ökonomischen Analyse des Rechts

I. Die Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts aus der Neoklassik

1. Das Coase Theorem und das Denkmodell des vollständigen Vertrages

a) Das Coase Theorem als Ausgangspunkt

Ronald H. Coase formulierte 1960 in einem Artikel eine Idee, die später als „Coase Theorem“ sehr bekannt werden sollte.^{115 116} Dabei legt Coase größten Wert darauf, daß er selbst weder den Begriff Coase Theorem prägte, noch sich als Begründer oder Vertreter der Ökonomischen Analyse des Rechts sah, als welcher er später oft bezeichnet wurde.¹¹⁷ Ganz im Gegenteil steht er dieser Entwicklung äußerst kritisch gegenüber und zweifelt an der tatsächlichen Bedeutung und den Anwendungsmöglichkeiten dieser neuen Denkschule.¹¹⁸

Coase's Artikel behandelt zunächst die Frage der Internalisierung sogenannter externer Effekte.¹¹⁹ Externe Effekte können unter Produzenten, unter Konsumenten

¹¹⁵ Vgl. COASE (1960), S. 1 ff..

¹¹⁶ Vgl. für eine zusammenfassende Darstellung COOTER (1987), S. 457.

¹¹⁷ Vgl. COASE (1988), S. 157 ff..

¹¹⁸ Vgl. COASE (1996), S. 103. Besonders hart geht Coase dabei mit dem Richter Richard Posner ins Gericht, der als Vorreiter der ökonomischen Analyse des Rechts in den USA gilt. *„that this (die gegenseitige Unkenntnis der anderen Wissenschaft) was the case is quite understandable – it is difficult for most people to be really proficient in more than one subject. Of course, there was Leonardo da Vinci – and there is Richard Posner - but no subject can flourish if it has to depend exclusively or even largely on such exceptionally well endowed individuals.“*

¹¹⁹ Vom Auftreten eines externen Effektes spricht man, wenn die wirtschaftliche Situation einer Person durch die Konsum- oder Produktionstätigkeit anderer Personen positiv oder negativ berührt wird und nicht durch den Preismechanismus antizipiert wird. Vgl. RICHTER/FURUBOTN (1999), S. 101. Vgl. auch BRÜMMERHOFF (1996), S. 58: *„Externalitäten sind jene aus der Aktivität (Produzieren oder Verbrauchen) eines Wirtschaftssubjekts bei anderen Wirtschaftssubjekten resultierenden Wirkungen (Vor- oder Nachteile), die nicht durch den Preismechanismus gesteuert werden. So werden die Verursacher externer Vorteile nicht (voll) entschädigt, die Verursacher externer Nachteile nicht (voll)*

oder zwischen Produzenten und Konsumenten entstehen. Bekannte Beispiele für negative externe Effekte sind Lärmbelastungen in der Nachbarschaft, Luft- und Wasserverschmutzung oder als von Coase selbst gewähltes Beispiel eine Eisenbahnlinie, die durch ein Weizenfeld fährt und dieses durch ihren Funkenflug schädigt. Positive externe Effekte liegen beispielsweise vor, wenn das von einer Fabrik in den Fluß geleitete Abwasser dem ansässigen Fischereibetrieb zugute kommt, weil sich aufgrund von Nahrungsabfällen ungewöhnlich viele Fische ansammeln.

Durch das Auftreten externer Effekte verliert das Preisgleichgewicht, das sich auf einem Markt einstellt, seine Optimalitätseigenschaft. Die individuell getroffenen Entscheidungen der einzelnen Wirtschaftssubjekte sind gesamtwirtschaftlich nicht optimal. Ursache dafür ist, daß die sich am Markt bildenden Preise die tatsächlichen Kosten und Erträge der Produzenten nicht korrekt wiedergeben, da eine Abweichung zwischen privaten und sozialen Kosten und Erträgen vorliegt.¹²⁰

Zur Korrektur der Wirkungen externer Effekte wurden verschiedenste Möglichkeiten vorgeschlagen, die von reinen Aufklärungsmaßnahmen über Kooperationslösungen bis zur Erhebung von Steuern und Gebühren reichen. Das Eingreifen des Staates in den gestörten Marktmechanismus wurde zuerst von A.C. Pigou und seinen Nachfolgern vorgeschlagen und wurde als sogenannte *Pigou Steuer* bekannt.¹²¹ Derartige Steuern oder Abgaben gelten heute als klassisches Instrument zur Neutralisierung externer Effekte.¹²² Externe Effekte werden internalisiert, indem das individuelle Nutzenmaximierungskalkül der beteiligten Wirtschaftssubjekte durch Steuern oder andere Abgaben so beeinflußt wird, daß eine Gleichheit zwischen Preisen, sozialen und privaten Grenzkosten hergestellt wird. Den vorgeschlagenen Maßnahmen gemein ist die Überzeugung, daß externe Effekte die Funktionsfähigkeit

belastet. Zwei konstitutive Merkmale sind also für das Vorliegen von Externalitäten festzuhalten: Interdependenz (direkte Abhängigkeit) zwischen Wirtschaftssubjekten und keine marktmäßige Entschädigung für die Wirkungen dieser Interdependenz.“

¹²⁰ Unternehmen produzieren zur Gewinnmaximierung diejenige Menge, bei der ihre privaten Grenzkosten dem Preis entsprechen. Die Externalitäten gehen nicht in diese Gewinnkalkulation ein. Bei negativen Externalitäten liegt der Preis der produzierten Güter unter ihren sozialen Grenzkosten, daß heißt, die Unternehmen produzieren zuviel des Gutes, von dem der Externe Effekt ausgeht, da sie nicht mit sozialen, sondern privaten Grenzkosten kalkulieren. Vgl. BRÜMMERHOFF (1996), S. 62 f..

¹²¹ Vgl. PIGOU (1932).

¹²² Vgl. BRÜMMERHOFF (1996), S. 68.

des Marktmechanismus grundlegend stören und ein korrigierender Eingriff des Staates gerechtfertigt ist.

In seinem bahnbrechenden Artikel wehrt sich Coase mit seinem Vorschlag gegen dieses Eingreifen des Staates und wendet zur Lösung des Externalitätenproblems verblüffend einfach neoklassische Argumentationsmuster an. Zu diesem Zweck definiert er zunächst den herkömmlichen Gutsbegriff neu.¹²³ Indem er die an einer Ressource bestehenden *property rights*, also die Eigentums-, Verfügungs- oder Handlungsrechte, als eigentliches Gut bestimmt, geraten Externalitäten in einen anderen Blickwinkel.¹²⁴ Der Externe Effekt wird dadurch zum *Recht*, Handlungen mit einer oder durch eine Ressource vorzunehmen, das dem Verursacher durch eine entsprechende Ausgangsverteilung der *property rights* zugesprochen ist.¹²⁵ Dieses Recht an der Ressource kann nun so lange gehandelt werden, bis es bei demjenigen Wirtschaftssubjekt angelangt ist, das es am höchsten wertschätzt. Verhandlungen zwischen Schädiger und Geschädigtem sind folglich nach Coase das geeignetste Mittel zur Internalisierung Externer Effekte. Coase wendet sich mit dieser neuartigen Betrachtung eines alten Problems als erster gegen das sogenannte naive Verursacherprinzip und nimmt statt dessen eine streng reziproke Sichtweise gemäß dem Opportunitätskostengedanken ein.¹²⁶ Er betont damit als erster den Umstand, daß es nicht auf jedenfall sinnvoll ist den einen, vermeintlich Schuldigen zu belasten und dabei jegliches Kostenkalkül außer Acht zu lassen.

Das Coase Theorem wurde bereits anhand von zahlreichen Beispielen illustriert und sah sich dabei ebenso scharfer Kritik wie auch großer Unterstützung ausgesetzt.¹²⁷ Das Theorem kann in zwei Hauptaussagen aufgegliedert werden, die häufig als *Invarianzthese* und *Effizienzthese* bezeichnet werden.¹²⁸ Diese sollen im folgenden kurz anhand von zwei Fällen veranschaulicht werden.

¹²³ Vgl. dazu insbesondere TERBERGER (1994), S. 48 ff..

¹²⁴ Vgl. DEMSETZ (1967), S. 347 ff..

¹²⁵ Vgl. TERBERGER (1994), S. 49.

¹²⁶ Vgl. ERLEI/LESCHKE/SAUERLAND (1999), S. 280 ff..

¹²⁷ Vgl. hierzu REGAN (1972), S. 427 ff., DEMSETZ (1972), S. 120 ff., KELMAN (1979), S. 669, SPITZER/HOFFMAN (1980), S. 1187 ff., SIMPSON (1996), S. 53 ff..

¹²⁸ Vgl. ENDRES (1977), S. 639.

Ein besonders einfaches Beispiel findet sich bei VARIAN.¹²⁹ Dieses soll hier aufgegriffen werden um die Grundkonzeption zu erläutern. Zwei Studenten A und B teilen sich ein Zimmer. A ist Raucher, B hingegen Nichtraucher. Beide verfügen über eine gegebene Anfangsausstattung an Geld. Sowohl für A als auch für B wird eine Präferenzfunktion bezüglich „Rauch“ und „Geld“ angenommen. Der Nutzen des Rauchers A steigt mit einem zunehmendem Maß an Geld und Rauch. Der Nutzen des Nicht-Rauchers B steigt mit einem zunehmendem Maß an Geld, aber einem abnehmenden Maß an Rauch. Beide Studenten verfügen über eine Ausstattung von 100 Geldeinheiten.

Zunächst soll nun davon ausgegangen werden, daß B über ein Recht auf frische Luft ohne Rauch verfügt, danach wird die Ausgangssituation variiert und angenommen, A verfüge über das Recht, zu rauchen.

Im ersten Fall wird B aller Wahrscheinlichkeit nach bereit sein, einen Teil seines Rechtes auf frische Luft gegen Geld einzutauschen, welches ihm A im Austausch gegen die Möglichkeit, ein bißchen zu rauchen, anbietet. Nach Coase kommt es durch diese gegenseitige Bereitschaft zum Tausch zur Aufnahme von Verhandlungen zwischen beiden. Die Verhandlungen sollen solange andauern, bis ein Tauschgleichgewicht mit einem Pareto-optimalen Niveau an Rauch und Geld erreicht ist. Im zweiten Fall, in dem A grundsätzlich über das Recht zu rauchen verfügt, wird dieser wohl bereit sein, ein Teil seines Rechtes zu rauchen gegen Geld einzutauschen, das ihm nun wiederum B anbietet, um etwas mehr frische Luft zu haben. In beiden Fällen kommt es also nach Coase solange zur Aufnahme von Verhandlungen, bis ein Pareto-optimaler Zustand erreicht ist. Auf diese Weise kommt es in jedem Fall zur *effizienten Allokation von Ressourcen*, da das Recht oder der überwiegende Teil des Rechts von derjenigen Partei erworben wird, die es am höchsten bewertet und es damit seiner optimalen Verwendung zugeführt wird.

Das Coase-Theorem besagt nun, daß, unabhängig davon, wer ursprünglich das zur Verhandlung stehende Recht innehält, sich nach Aufnahme von Verhandlungen immer dieselbe Pareto-optimale Allokation der Ressourcen einstellt. Daß es sich

¹²⁹ Vgl. VARIAN (1999), S. 544 ff.. Dieses Beispiel wird auch verwendet in RICHTER/FURUBOTN (1999), S. 102.

dabei um ein Pareto-optimales Ergebnis handeln soll, wird als *Effizienzthese* bezeichnet, die Behauptung, daß sich immer dieselbe Ressourcenallokation einstellt, als *Invarianzthese*.

Die Gültigkeit der beiden Thesen ist strengen Annahmen unterworfen. Die wichtigsten dieser Annahmen sind zunächst die Abwesenheit der von Coase sogenannten Transaktionskosten und die exakte Spezifizierung der zu verhandelnden Rechte. Dies bedeutet, daß sich das geforderte Pareto-optimale Ergebnis nur bei kostenlosen Verhandlungen und eindeutiger Definition der zur Disposition stehenden Rechte einstellen kann. Eine weitere wichtige Annahme ist das notwendige Ausbleiben von Einkommenseffekten. Einkommenseffekte bleiben immer dann aus, wenn die Verhandlungspartner über quasilineare Nutzenfunktionen verfügen.¹³⁰ Die Annahme quasilinearer Nutzenfunktionen impliziert, daß die Nachfragefunktionen nach dem den Externen Effekt verursachenden Gut von der Einkommensverteilung unabhängig sind. Eine Änderung der Anfangsverteilung beeinflußt die effiziente Allokationslösung dann nicht. Liegen derartige Präferenzfunktionen aber nicht vor, so ergibt sich zwar (bei Erfüllung der anderen Voraussetzungen) regelmäßig eine Pareto-effiziente Allokation, jedoch ist diese nicht immer gleich, sondern abhängig von der originären Zuteilung der Rechte.¹³¹ Schließlich dürfen die Verhandlungspartner nicht durch strategisches Verhalten ihre wahren Präferenzen verheimlichen, um zu einer für sie optimalen Lösung zu kommen.

b) Die Anwendung des Coase Theorems auf die ökonomische Analyse des Rechts:
Das Denkmodell des vollständigen Vertrages

Der amerikanische Richter RICHARD POSNER gilt als der Begründer der Ökonomischen Analyse des Rechts in den USA.¹³² Auf ihn ist die Idee zurückzuführen, das Coase Theorem als Ausgangspunkt eines Denkmodells zu verwenden, um das Recht nach ökonomischen Effizienzkriterien zu gestalten.^{133 134}

¹³⁰ Vgl. RICHTER/FURUBOTN (1999), S. 104. Vgl. VARIAN (1999), S. 548.

¹³¹ Vgl. dazu unten I.2.a).

¹³² Vgl. POSNER (1980), S. 487 ff. und POSNER (1985), S. 85 ff..

¹³³ Vgl. POSNER (1998), preface, S.vii: *„This is the fifth edition of a textbook-treatise...It differs from other textbooks on the subject in the breadth of its coverage (almost the whole legal system) and in the emphasis placed on the legal regulation of nonmarket behaviour.“*

POSNER unterscheidet zwischen positiver und normativer ökonomischer Analyse des Rechts. Aufgabe der positiven Analyse ist es, bestehende Rechtsnormen und Gesetze zu erklären und das ökonomische Gedankengut hinter ihrer Entstehung zu verstehen.¹³⁵ Jede getroffene Rechtsentscheidung beeinflusst jedoch auch zukünftige Fälle, indem sie bestimmte Anreize für das Verhalten der Individuen schafft. So generieren tendenziell besonders restriktive Gesetze oder Strafen eher Abschreckung, wobei eine laxere Gesetzgebung ein eher unbekümmertes Verhalten seitens der Individuen hervorruft. Diese Handlungsfolgen rechtlicher Normen bewertet die ökonomische Analyse des Rechts mit vorab definierten Effizienzkriterien und stellt somit fest, ob die Folgen wirtschaftlich wünschenswert sind oder nicht. Damit macht sie normative Aussagen und gibt Empfehlungen ab.¹³⁶

POSNER schlägt konkret folgendes Vorgehen vor: zunächst soll ein sogenannter „Markt für Rechtspositionen“ zugelassen werden und die Abwicklung von Verhandlungstransaktionen erleichtert werden, indem Hindernisse zur Verhandlungsaufnahme beseitigt werden. Werden dann Verhandlungen aufgenommen, führen sie, falls die Voraussetzungen für die Gültigkeit des Coase-Theorems vorliegen, zu einem effizienten Ergebnis. Die originäre Zuordnung der Rechte ist in diesem Fall von untergeordneter Bedeutung.¹³⁷ Kann nämlich der Nutzen aller Beteiligten durch einen Austausch der Rechte gesteigert werden, wird es bei freien Verhandlungen auch zu diesem Austausch kommen.¹³⁸

Empirischer Beweis für eine solche Situation ist der Fall, in dem Normen des BGB durch sogenannte *Allgemeine Geschäftsbedingungen* abgeändert werden.¹³⁹ Ist eine bestehende rechtliche Regelung im täglichen Gebrauch unbrauchbar, wird sie – bei Fehlen oder verhältnismäßig niedrigen Transaktionskosten im Coaseschen Sinn -

Eine Übertragung auf das deutsche Recht findet sich bei SCHÄFER/OTT (2000) in ihrem Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts.

¹³⁴ Vgl. auch POSNER (1993), S. 73 ff..

¹³⁵ Vgl. POSNER (1998), S. 27.

¹³⁶ Vgl. EIDENMÜLLER (1995), S. 21.

¹³⁷ Dabei ist in erster Linie auf die folgenden zu achten: Abwesenheit von Transaktionskosten, Ausschluß von strategischem Verhalten und genaue Spezifizierung der Rechtsnormen. Vgl. SCHÄFER/OTT (2000), S. 89 ff..

¹³⁸ Vgl. AYRES/GERTNER (1989), S. 87 ff..

¹³⁹ Vgl. SCHÄFER/OTT (2000), S. 101. Vgl. KÖTZ (1989), S. 190 ff..

abgeändert. Ein typisches Beispiel ist das sogenannte Abstraktionsprinzip. Das BGB geht beispielsweise nach § 929 BGB davon aus, daß das Eigentum an einer beweglichen Sache durch Einigung und Übergabe erfolgt, wobei dies weder von dem zugrundeliegenden Vertragsverhältnis noch der Erfüllung geschuldeter Gegenleistung abhängig ist (Abstraktionsprinzip). Wegen des in normalen Geschäftsbeziehungen fast immer vereinbarten Eigentumsvorbehaltes zu Kreditsicherungszwecken, ist diese gesetzliche Regelung jedoch weitgehend bedeutungslos geworden. Sie wird durch eine entsprechende AGB-Klausel abgeändert.¹⁴⁰

Scheitern die Verhandlungsaufnahme aber an prohibitiv hohen Kosten und liegen die Voraussetzungen für das Coase-Theorem somit nicht vor, soll die Verhandlungslösung simuliert werden, indem die Position der Verhandlungspartner eingenommen wird. Dieser Vorschlag einer *Verhandlungssimulation* bildet den Schwerpunkt des Programmes von POSNER.¹⁴¹ Die Rolle der ökonomischen Analyse des Rechts ist es jetzt, alles zu tun, was erforderlich ist, damit ein ökonomisch effizientes Ergebnis erreicht wird.¹⁴² Der Marktmechanismus wird durch Verhandlungen simuliert und dadurch Sorge getragen, daß die Rechte demjenigen zugeordnet werden, der sie am höchsten evaluiert. Durch eine derartige Zuordnung kann der Nutzen aller Beteiligten erhöht werden.

Dies kann am Beispiel zweier Parteien, die miteinander in einem vertraglichen Verhältnis stehen, verdeutlicht werden. Generell können die Verhandlungspartner nicht alle erdenklichen Risiken, die während der Abwicklung eines Vertrages auftreten können, vorhersehen und entsprechende Regelungen treffen. Dies würde einen so großen Aufwand verursachen, daß Parteien vor solchen Verhandlungen zurückschrecken würden und es schließlich gar nicht mehr zum Abschluß von rechtsbindenden Verträgen kommen würde. Die ökonomische Analyse des Rechts schlägt nun vor, eine hypothetische Verhandlungslösung zu konstruieren, auf die sich rational handelnde Individuen *ex ante* bei Abwesenheit von Coase'schen Transaktionskosten geeinigt hätten, wenn sie alle Risiken erkannt, über sie verhandelt hätten und bezüglich ihrer Allokation zu einer zufriedenstellenden Lösung gelangt

¹⁴⁰ Vgl. SCHÄFER/OTT (2000), S. 101.

¹⁴¹ Vgl. POSNER (1998), S. 12 ff..

¹⁴² Vgl. EIDENMÜLLER (1995), S. 63.

wären. Eine solche Verhandlungslösung ist das sogenannte Denkmodell des *vollständigen Vertrages*.¹⁴³ Der vollständige Vertrag, der sich als Lösung dieser Verhandlungssimulation ergibt, gilt somit als Referenzpunkt, an dem die rechtlichen Regelungen gemessen und auf ihre Effizienz hin geprüft werden können.

Auch wenn diese grundsätzliche Vorgehensweise der ökonomischen Analyse des Rechts auf den ersten Blick einleuchtet, so ist ihr Vorgehen doch mit einigen Problemen behaftet, die eng mit den Schwachstellen des Coase-Theorems zusammenhängen, namentlich denjenigen, die sich durch seine restriktiven Annahmen ergeben. Werden diese Annahmen ernst genommen, wird die Anwendung der ökonomischen Analyse des Rechts erschwert und die Ermittlung der effizienten Zuteilung der Rechtsnormen ist nicht so problemlos, wie es zunächst scheint.

2. Kritik am Coase-Theorem

Die Einwände, die im Laufe der Zeit gegen das Coase-Theorem vorgebracht wurden, sind mannigfach. Seit seiner ersten Veröffentlichung steht Coase's Aufsatz im Mittelpunkt einer wissenschaftlichen Diskussion gleichermaßen zwischen Juristen wie Ökonomen, die bis heute nicht abgerissen ist. Im folgenden wird darauf verzichtet, alle Kritikpunkte erschöpfend darzustellen. Es werden lediglich diejenigen näher erläutert, die in der Literatur zur Ökonomischen Analyse des Rechts hauptsächlich diskutiert werden und daher für den weiteren Verlauf der Arbeit von Bedeutung sind.

a) Einkommenseffekte

Sogenannte *Einkommenseffekte* wurden bereits kurz angesprochen, als die notwendigen Annahmen für die Gültigkeit des Coase Theorems erläutert wurden. Da sie in der Literatur zur Ökonomischen Analyse sehr ausführlich diskutiert werden,

¹⁴³ Vgl. zum Beispiel SCHÄFER/OTT (2000), S. 373 ff; EIDENMÜLLER (1995), S. 402; RICHTER/FURUBOTN (1999), S. 157, COOTER/ULEN (1997), S. 161 ff., POSNER (1998), S. 101 ff..

sollen sie im folgenden näher analysiert werden. Die Existenz von Einkommenseffekten verhindert zwar nicht, daß die sich einstellende Ressourcenallokation effizient ist, wohl aber bewirken Einkommenseffekte, daß die sich einstellende Ressourcenallokation von der Zuteilung von Rechten abhängig werden kann. Einkommenseffekte schwächen also die *Invarianzthese* des Coase-Theorems.¹⁴⁴

Am einleuchtendsten können Einkommenseffekte an einem Beispiel aufgezeigt werden. Zu diesem Zweck soll die Allokation des Mißbrauchsrisikos bei Kreditkarten exemplarisch aufgegriffen werden. Es soll angenommen werden, daß Emittent und Zahlungsempfänger über die Übernahme des Schadens verhandeln, der entsteht, wenn eine Kreditkarte dem rechtmäßigen Besitzer entwendet und mißbräuchlich eingesetzt wird. Tragen grundsätzlich die Karteninhaber die Verantwortung für den Schaden, der sich durch den mißbräuchlichen Einsatz der entwendeten Karte ergibt, so werden diese in einer fiktiven Verhandlung - etwa durch das Angebot, höhere Jahresgebühren zu bezahlen - versuchen, den Emittenten die Verantwortung für den potentiellen Schaden zu übertragen. Tragen umgekehrt ursprünglich die Emittenten die Verantwortung für diesen Schaden, ist vorstellbar, daß diese den Karteninhabern eine niedrigere Jahresgebühr oder Zinsbelastung für beanspruchte Kredite im Austausch gegen die Übernahme der Schadensverantwortung anbieten. Je nach dem welche der betrachteten Gruppen das Recht, den Schaden nicht tragen zu müssen, höher bewertet, Emittenten oder Karteninhaber, wird diese nach Abschluß der Verhandlung im Besitz des Rechtes sein. An dieser Stelle muß nun aber eine wichtige Einschränkung gemacht werden. Liegen Einkommenseffekte vor, kann sich je nach Ausgangsverteilung ein unterschiedliches Verhandlungsergebnis einstellen. Dies läßt sich folgendermaßen erklären.

Die Verpflichtung, das Schadensrisiko zu tragen, verringert das Einkommensniveau der verhandelnden Partei. Derjenige, der die Verpflichtung trägt, muß Kostenaufwand einkalkulieren, um für die eventuell aus der Verpflichtung entstehenden Schäden aufkommen zu können. Damit verfügt er aber in der Ausgangssituation über weniger

¹⁴⁴ Vgl. für eine ausführliche Darstellung ENDRES (1977), S. 639 ff. und EIDENMÜLLER (1995), S. 118 ff.. Für einen Überblick vgl. COOTER/ULEN (1997), S. 83. Für eine ergänzende Darstellung siehe STIGLER (1989), S. 631 ff.

Einkommen und infolgedessen über weniger Kaufkraft, als wenn er das Risiko nicht zu tragen hätte. Da er aber über weniger Kaufkraft verfügt, befindet er sich in einer schlechteren Verhandlungsposition, als wenn er die Verpflichtung nicht zu tragen hätte. Der Preis, den er bereit ist zu bieten, um sich der Verpflichtung, das Risiko zu tragen, zu entledigen, ist geringer, als der Preis, den er fordern würde, um die Verpflichtung zu übernehmen. Umgekehrt formuliert leuchtet der Zusammenhang noch klarer ein: eine Partei ist weniger bereit nachzufragen, um sich von der Verpflichtung freizukaufen, also das Recht, den Schaden aus Risiko *nicht* tragen zu müssen, „zu kaufen“, als sie kompensiert werden müßte, um diese Verpflichtung zu übernehmen, also das Recht, den Schaden aus Risiko *nicht* tragen zu müssen, „zu verkaufen“. Das Einkommensniveau, von dem aus die jeweiligen Verhandlungspreise kalkuliert werden, variiert je nach Ausgangsverteilung und verändert damit das Ergebnis. Diese Divergenz zwischen Angebotspreis und Nachfragepreis wird als *Einkommenseffekt* bezeichnet. Die unterschiedliche Einkommensverteilung in der Ausgangssituation ist insofern nicht allokatonsneutral und mindert dadurch die Gültigkeit der Invarianzthese des Coase-Theorems.

Einkommenseffekte infolge des Unterschieds zwischen Angebots- und Nachfragepreisen gelten immer dann, wenn Risikoaversion der Individuen angenommen wird. Die Risikoneigung eines Individuums läßt sich durch den Verlauf seiner Nutzenfunktion bestimmen.¹⁴⁵ Konkave Nutzenfunktionen bilden einen abnehmenden Grenznutzen zusätzlichen Einkommens ab – für dieselbe Nutzensteigerung sind daher für Individuen, die sich an einer unterschiedlichen Stelle auf der konkav gekrümmten Nutzenkurve befinden, unterschiedliche

¹⁴⁵ Jedes Individuum hat eine spezielle Nutzenfunktion, die sich mit Hilfe von *Äquivalenzwahrscheinlichkeiten* konstruieren läßt. Die Äquivalenzwahrscheinlichkeit ist für jeden unterschiedlich und gibt an, bei welcher Wahrscheinlichkeitsverteilung das Individuum zwischen einem sicheren Ergebnis und dem Ergebnis einer Lotterie unentschieden ist. Durch das Abfragen von Äquivalenzwahrscheinlichkeiten zu verschiedenen Werten ergibt sich die individuelle Nutzenfunktion. Risikoaversion ergibt eine konkave Nutzenfunktion, Risikofreude eine konvexe Nutzenfunktion und Risikoneutralität eine lineare Nutzenfunktion. Für risikoaverse Individuen bedeutet dies, daß der Erwartungswert des Nutzens einer Handlungsmöglichkeit größer ist als der Nutzen des Erwartungswertes der Handlungsmöglichkeit. Vgl. für eine ausführliche Erläuterung SCHMIDT/TERBERGER (1997), S. 287 ff. oder COOTER/ULEN (1997), S. 44 ff..

Die konkave Nutzenfunktion bedeutet bereits als solche eine Differenz zwischen Angebots- und Nachfragepreis, auch wenn dieselbe Vermögensposition „Startpunkt“ ist. Dem risikoaversen Individuum nutzt ein marginaler Einkommenszuwachs weniger als ihm derselbe Einkommensverlust schadet. Wird zusätzlich noch von einer unterschiedlichen Ausgangsposition im Vermögen ausgegangen, erhöht sich die Differenz entsprechend.

Einkommenssteigerungen notwendig, was zur oben beschriebenen Differenz zwischen Angebots- und Nachfragepreisen führt.

Einkommenseffekte bleiben aus, wenn die Verhandlungspartner über quasilineare Nutzenfunktionen verfügen.¹⁴⁶ Die Annahme quasilinearer Nutzenfunktionen impliziert, daß die Nachfragefunktionen von der Einkommensverteilung unabhängig sind. In diesem speziellen Fall verändern alternative Anfangsverteilungen die effiziente Allokationslösung nicht. Solche Präferenzfunktionen sind jedoch nicht nur äußerst selten und können deshalb nicht als Regel genommen werden.¹⁴⁷ Ihre Annahme würde auch innerhalb der ökonomischen Analyse des Rechts im Zusammenhang mit der Frage nach der effizienten Risikoallokation wenig Sinn machen, denn lineare Risikonutzenfunktionen gelten für risikoneutrale Individuen, deren Nutzen lediglich vom Erwartungswert des Ergebnisses einer Handlung abhängt.

Ein weiterer Grund, der in den letzten Jahren zunehmend Beachtung in der ökonomischen Analyse des Rechts fand, da er zu einer Diskrepanz zwischen Angebots- und Nachfragepreis führt, sind sogenannte *Besitzeffekte*, deren Erklärung nicht rein ökonomischer, sondern auch psychologischer Natur ist.¹⁴⁸

b) Besitzeffekte

Statistische Tests in den siebziger und achtziger Jahren ergaben so erhebliche Diskrepanzen zwischen Angebots- und Nachfragepreisen, daß diese nicht mehr lediglich auf Einkommenseffekte zurückzuführen sein konnten.¹⁴⁹ Es zeigte sich in mehreren Experimenten immer wieder dasselbe Bild: die befragten Wirtschaftssubjekte waren bereit, wesentlich weniger für ein Gut zu bezahlen, das sie erwerben konnten, als sie für den Verkauf desselben Gutes forderten. Ein derartiges

¹⁴⁶ Vgl. RICHTER/FURUBOTN (1999), S. 104. Vgl. VARIAN (1999), S. 548.

¹⁴⁷ In der Literatur zur ökonomischen Analyse des Rechts findet sich stellenweise der Einwand, daß Einkommenseffekte nicht für Unternehmen gelten, da diese nicht Grenznutzenfunktionen bezüglich ihres verfügbaren Einkommens maximieren, sondern ihren Gewinn, unabhängig vom gegenwärtigen Vermögen. Vgl. ENDRES (1977), S. 639 f. aber auch EIDENMÜLLER (1995), S. 124. Dieser Einwand übersieht jedoch, daß sich auch hinter den Unternehmen Individuen mit Grenznutzenfunktionen verbergen.

¹⁴⁸ Vgl. EIDENMÜLLER (1995), S. 125 ff..

¹⁴⁹ Vgl. KELMAN (1979), S. 669 ff. und SPITZER/HOFFMAN (1980), S. 1187 ff..

Verhaltensmuster spiegelt sich etwa in dem Unwillen wider, einen liebgewonnenen alten Gegenstand sogar für eine beträchtliche Summe wegzugeben. Um denselben Gegenstand bei einem Trödelhändler zu erwerben, wäre dasselbe Individuum jedoch nicht bereit, eine derartige Summe auszugeben. Das Auftreten solcher sogenannter *Besitzeffekte* läßt sich mit Hilfe von Gewöhnungsprozessen erklären und leuchtet unmittelbar ein.¹⁵⁰ Neuere Experimente ergaben Besitzeffekte jedoch auch bereits nach einer sehr kurzen Phase, in der eigentlich keine Gewöhnung eingetreten sein dürfte.¹⁵¹ Diese Ergebnisse führten zur Deutung der Besitzeffekte mit Hilfe der sogenannten Verlustaversion, die der bisher überzeugendste, auf psychologischen Effekten beruhende Erklärungsansatz für Besitzeffekte sein dürfte.¹⁵² Grundidee dabei ist, daß der Status quo einen Referenzpunkt definiert, von dem aus Zustandsänderungen als Gewinn oder Verlust interpretiert werden. Dieser Referenzpunkt ist abhängig von der Situation in der Ausgangslage, also der Frage, ob man im Besitz eines zu verhandelnden Gutes ist oder nicht. Dabei ergibt sich grundsätzlich, daß der Verlust eines Gutes jedesmal schwerer wiegt, als der Gewinn daraus, dasselbe Gut neu zu erlangen.¹⁵³ Diese unterschiedliche Wertschätzung spiegelt sich jetzt abermals in den Preisen wider. Der Angebotspreis, zu dem ein Individuum bereit ist, ein Gut aufzugeben, liegt jedesmal höher als der Nachfragepreis, den das Individuum bereit ist zu bieten, um das Gut zu erlangen.

Besitz- und Einkommenseffekte schwächen die Gültigkeit der Invarianzthese des Coase-Theorems. Damit ergibt sich für die zu simulierende Verhandlung ein grundsätzliches Problem: je nachdem, von welcher hypothetischen Ausgangsverteilung der Rechtspositionen ausgegangen wird, erzielt die Simulation der Verhandlung ein anderes Ergebnis. Dies macht jedoch die Verhandlungslösung in vielen Fällen unbestimmt.

¹⁵⁰ Vgl. EIDENMÜLLER (1995), S. 129.

¹⁵¹ Vgl. KAHNEMAN/KNETSCH/THALER (1990), S. 1346 f.. Diese Effekte werden als sogenannte *instant endowment effects* bezeichnet.

¹⁵² Vgl. KAHNEMAN/TVERSKY (1979), S. 277 ff..

¹⁵³ Dies kann freilich auch lediglich als empirische Bestätigung abnehmender Grenznutzenfunktionen gesehen werden.

c) Strategisches Verhalten

Ein weiterer wichtiger Einwand gegen die Gültigkeit des Coase-Theorems liegt im Auftreten von strategischem Verhalten, wie der Anwendung von Bluff- oder Drohstrategien und Trittbrettfahren, die das Zustandekommen einer Pareto-effizienten Verhandlungslösung verhindern.¹⁵⁴ Strategisches Verhalten wird – auch in der ökonomischen Analyse des Rechts – typischerweise mit Hilfe der *Spieltheorie* abgebildet.¹⁵⁵

Bekanntestes Darstellungsbeispiel für strategisches Verhalten sind Spiele im Stil des sogenannten *Gefangenendilemmas*.¹⁵⁶ So ist es beispielsweise für einen Kartellteilnehmer lohnenswert, mehr als die ihm zugesprochene Quote zu produzieren, solange die anderen Kartellteilnehmer bei ihren Quoten bleiben. Halten diese sich ebenfalls nicht an die Übereinkunft und produzieren mehr als ihre Quote, so ist es erst recht lohnenswert, auch nicht bei seiner Quote zu bleiben. Das Pareto-effiziente Ergebnis – jeder produziert genau seine Quote – wird aufgrund des strategischen Verhaltens der Teilnehmer nicht erreicht und stattdessen stellt sich ein ineffizientes Resultat ein.

Individuen können sich auch als sogenannte *free rider* oder *Trittbrettfahrer* verhalten. Sie verheimlichen dabei ihre wahren Präferenzen, um ihnen entstehende Kosten zu vermeiden, aber andererseits trotzdem in den Genuß des von ihnen gewünschten Verhandlungsergebnisses, zum Beispiel der Anschaffung eines bestimmten Gutes, zu kommen. Derartige Trittbrettfahrer rechnen damit, daß die Mehrheit der Verhandelnden in ihrem Sinne abstimmen wird und sich bereit erklärt, die entstehenden Kosten zu tragen. Selbst wenn die Trittbrettfahrer also ihre wahren Präferenzen verheimlichen, um Kosten zu sparen, wird sich für sie trotzdem das gewünschte Ergebnis einstellen, ohne daß sie es finanziell mittragen müssen. Das Problem des Trittbrettfahrens stellt sich regelmäßig bei der Bereitstellung öffentlicher Güter und Leistungen, von deren Genuß einzelne Individuen nicht ausgeschlossen

¹⁵⁴ Vgl. HOVENKAMP (1990), S. 790. Vgl. SCHÄFER/OTT (2000), S. 93 f..

¹⁵⁵ Vgl. COOTER/ULEN (1997), S. 33 ff.: „*The law frequently confronts situations in which there are few decision-makers and in which the optimal action for one person to take depends on what another actor chooses. These situations are like games in that people must decide upon a strategy.*“

¹⁵⁶ Vgl. beispielsweise COOTER/ULEN (1997), S. 34 f..

werden können. Beide Spieler in der Verhandlung stellen sich bei jeweils gegebener Verhaltensstrategie des anderen besser, wenn sie das Gut nicht anschaffen, bzw. nicht für seine Anschaffung votieren. Als Ergebnis kommt es daher nicht zu Anschaffung des öffentlichen Gutes.

Freilich sind auch all diejenigen Probleme unter strategischem Verhalten zu subsumieren, die bereits bei der Analyse der unterschiedlichen Interessen der am Kreditkartensystem beteiligten Parteien und der sich daraus ergebenden Interaktionsprobleme eine bedeutende Rolle spielten:¹⁵⁷ die sich aus asymmetrischer Informationsverteilung ergebenden Probleme von adverser Selektion und Moral Hazard-Risiken. Adverse Selektion entsteht durch das strategische Interesse von „schlechten“ Risiken sich vor Vertragsabschluß als „gute“ Risiken zu präsentieren. Moral Hazard-Risiken entstehen aus dem Interesse der besser informierten Vertragspartei, nach Vertragsabschluß Handlungsspielräume zum eigenen Vorteil, auch zu Lasten des Vertragspartners auszunutzen, was dazu führen kann, daß Transaktionen aufgrund von berechtigtem Mißtrauen des schlechter informierten Partners gar nicht erst zustande kommen.

Wird strategisches Verhalten berücksichtigt, ist die Funktionsfähigkeit des Marktmechanismus für die Verhandlungslösung gestört und die Aussage des Coase-Theorems erschüttert.

In der ökonomischen sowie in der juristischen Literatur besteht heute weitgehend Einigkeit darüber, daß das Coase-Theorem uneingeschränkt nur in der restriktiven Annahmen unterliegenden Modellwelt vollständiger und vollkommener Märkte gelten kann. Dies hat jedoch einen unmittelbaren Einfluß auf die von der ökonomischen Analyse des Rechts vorgeschlagene Verhandlungssimulation, die sich auf das Coase Theorem stützt. In der einschlägigen Literatur wurde daher zunächst versucht, die dramatischsten Kritikpunkte „zu flicken“, um das Coase-Theorem für die Anwendung in der Jurisdiktion doch noch tauglich zu machen.

¹⁵⁷ Vgl. 2. Kapitel III..

3. Ausweg für die Ökonomische Analyse des Rechts

Die späteren Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts wurden sich der oben beschriebenen Kritikpunkte an der Coase'schen Lösung schnell bewußt. Dies hat sie dazu veranlaßt, Auswege und Lösungsmöglichkeiten zu ersinnen, wie die Verhandlungssimulation gerettet werden kann. Dabei wird jedoch - vermutlich unbewußt - innerhalb der neoklassischen Modellwelt argumentiert und deren Annahmen werden im wesentlichen nicht in Frage gestellt.¹⁵⁸

a) Einkommens- und Besitzeffekte

Wiederum ist es POSNER, der eine Argumentationslinie für die Praxis der ökonomischen Analyse des Rechts geprägt hat.¹⁵⁹

Um die Unbestimmtheit der Verhandlungslösung aufgrund von Einkommens- und Besitzeffekten zu verhindern, gibt es grundsätzlich zwei Möglichkeiten. Im ersten Fall entscheidet man sich für eine konkrete Ausgangsverteilung der Rechte, von der aus die Verhandlung simuliert wird. Die Wahl einer solchen Ausgangsverteilung kann zwar mit plausiblen Argumenten begründet werden, bleibt aber im Grunde eine willkürliche Entscheidung. Da aber aufgrund von Einkommens- und Besitzeffekten die Entscheidung über eine bestimmte Ausgangssituation einen durchaus starken Einfluß auf die Lösung der Verhandlungssimulation haben kann, ist dieser Weg nicht gangbar. Mit Hilfe einer solchen Simulation abgeleitete Ergebnisse sind in ihrem Aussagegehalt nahezu wertlos, da sie einer Variation der Ausgangslage häufig nicht standhalten.

Im zweiten Fall stellt man die beiden Verhandlungspartner künstlich gleich, indem man entweder davon ausgeht, keiner oder beide verfügten über das Recht. Dieses Vorgehen ist wesentlich einleuchtender. Der zugrundeliegende Gedanke ist, eine

¹⁵⁸ Bereits kritisch äußert sich EIDENMÜLLER (1995), S. 80: „Posners Empfehlung, ein hypothetisches Verhandlungsergebnis zu simulieren, birgt ein Reihe ernster Schwierigkeiten. Die meisten dieser Schwierigkeiten sind in der Wohlfahrtsökonomik seit langem bekannt, werden jedoch von den Vertretern der ökonomischen Analyse des Rechts verschwiegen.“

¹⁵⁹ Vgl. POSNER (1998), S. 12 ff..

Ausgangssituation zu entwerfen, in der das zu verhandelnde Recht zum ersten Mal überhaupt Gegenstand einer Untersuchung ist. Es soll von der Entwicklung aller Beteiligten und allen Rechten, über die sie verfügen, bevor sie in die Verhandlungen eintreten, abstrahiert werden. Es soll vielmehr angenommen werden, daß diese Entwicklung für den Ausgang der Verhandlungen nicht von Belang ist. Die Verhandlungssituation kann dann als eine Art Urzustand verstanden werden, in dem einzig das zur Disposition stehende Recht interessiert.¹⁶⁰

Zum konkreten Vorgehen bleiben also zwei Möglichkeiten. Nimmt man an, beide Parteien verfügen über das Recht, so ist der *Angebotspreis*, also derjenige Preis, zu dem die Parteien bereit sind, das Recht aufzugeben, der entscheidende Preis. Im zweiten Fall hingegen ist der *Nachfragepreis* oder die *Zahlungsbereitschaft* die entscheidende Größe, die über die Allokation des Rechtes entscheiden soll. Für beide Lösungen gibt es überzeugende und weniger überzeugende Argumente.

Stellt man generell auf die Zahlungsbereitschaft, also den Nachfragepreis, der verhandelnden Parteien ab, so geht man von einer Art Versteigerung aus, die das Recht demjenigen zuspricht, der bereit ist, dafür den höchsten Preis zu bezahlen. In einer hypothetischen Verhandlungssituation sollen die Beteiligten mit Hilfe der Bestimmung ihrer Zahlungsbereitschaft entscheiden, wieviel ihnen der Übergang von einem Zustand in den anderen wert ist.¹⁶¹ Nachfragepreise haben den Vorteil, daß sie tendenziell einfacher zu ermitteln sind als Angebotspreise.¹⁶² Sie können empirisch für viele Verhandlungsteilnehmer beobachtet werden, Angebotspreise können hingegen nur bei denjenigen beobachtet werden, die bereits über das zu verhandelnde Gut oder die Rechtsposition verfügen. Die problemlos zu gewinnenden

¹⁶⁰ Vgl. für eine ähnliche Idee RAWLS, der den „Schleier des Unwissens“ (*the veil of ignorance*) bei Individuen, die über eine gerechte Verfassung verhandeln, einführt. Vgl. RAWLS (1979), S. 29, S. 36, S. 160 f..

¹⁶¹ Vgl. SCHÄFER/OTT (2000), S. 32.

¹⁶² HOVENKAMP (1991) liefert ein Beispiel, indem er zwei Auktionen *American-style* und *Dutch-style* miteinander vergleicht. Bei der *American-style auction* beginnt der Auktionator mit dem Ausrufen eines vergleichsweise niedrigen Preises bei dem alle Käufer, die bereit sind, diesen Preis zu zahlen, ihre Hand heben. Solange mehr als eine Hand in der Luft bleibt, ruft der Auktionator immer höhere Preise aus, bis ein einziger Käufer übrig bleibt. Bei der *Dutch-style auction* hingegen beginnt der Auktionator mit vergleichsweise hohen Preisen, die solange erniedrigt werden, bis sich eine Hand hebt. Dann ist die Auktion beendet. Die *Dutch-style auction* gibt damit Auskunft über den Nachfragepreis eines einzigen Käufers. Die *American-style auction* hingegen verschafft theoretisch die Möglichkeit, den Nachfragepreis jedes einzelnen Käufers zu ermitteln. Vgl. HOVENKAMP (1991), S. 232.

Informationen, die über Nachfragepreise vorliegen, sprechen dafür, diese zur Evaluierung von Gütern oder Rechtspositionen anzuwenden.

Mit diesem Vorgehen werden jedoch diejenigen Parteien, die aufgrund von Einkommens- oder Besitzeffekten ein Recht, solange sie noch nicht darüber verfügen, niedriger bewerten, tendenziell benachteiligt.¹⁶³ Ihr Nachfragepreis liegt auf jeden Fall niedriger als ihr Angebotspreis, was den Ausgang einer Verhandlung zu ihren Ungunsten verändern kann.¹⁶⁴

Andere Autoren, wie zum Beispiel KNETSCH oder HOVENKAMP sprechen sich daher für Angebotspreise als Referenzpunkt aus.¹⁶⁵ Angebotspreise können ihrer Ansicht nach ebenfalls einfach gemessen werden, indem nach der notwendigen Kompensationssumme für eine bestimmte Abnahme des Nutzenniveaus gefragt wird.¹⁶⁶ HOVENKAMP zeigt darüber hinaus, daß bei Vorliegen von Einkommenseffekten der maximale Angebotspreis immer über dem maximalen Nachfragepreis liegt und daher als Evaluierungsmaßstab gewählt werden sollte.¹⁶⁷

¹⁶³ Vgl. EIDENMÜLLER (1995), S. 137 f..

¹⁶⁴ BAKER zeigt außerdem, daß durch dieses Vorgehen grundsätzlich vermögendere Parteien besser gestellt sind als weniger vermögende, da sie in der Lage sind, einen höheren Preis zu bieten. Vgl. BAKER (1975), S. 9 ff..

¹⁶⁵ Vgl. KNETSCH (1984), S. 11, vgl. HOVENKAMP (1991), S. 229 ff..

¹⁶⁶ So argumentiert KNETSCH beispielsweise vom Nutzenniveau eines Individuums aus. Das Nutzenniveau eines Individuums ist unter anderem von seinem Einkommensniveau, seiner Ausstattung mit Rechten und seinen Erwartungen bestimmt. Nimmt eine dieser Variablen ab, indem ein Teil des Einkommens oder der Rechtspositionen aufgegeben oder verringert wird, wird das Nutzenniveau des Individuums gesenkt. Diese Abnahme des Nutzenniveaus kann am besten gemessen werden, indem die Kompensationssumme ermittelt wird, die gezahlt werden muß, um das Individuum genau so gut zu stellen wie vorher. Diese Kompensation ist aber nichts anderes als der Angebotspreis, den ein Individuum fordert, um ein Recht, über das es bereits verfügt, aufzugeben. Vgl. KNETSCH (1984), S. 12 ff..

¹⁶⁷ HOVENKAMP benutzt einen einfachen, intuitiv einleuchtenden Beweis, um das Verhältnis zwischen Angebots- und Nachfragepreis zu klären. Aufgrund empirischer Untersuchungen und den oben beschriebenen Einkommens- und Besitzeffekten nimmt er an, daß die Bereitschaft, einen Tausch anzunehmen (*willingness to accept*), ausgedrückt im Angebotspreis p^A , die Bereitschaft ein Gut zu kaufen (*willingness to pay*), ausgedrückt im Nachfragepreis p^N übersteigt. Für jedes Gut oder jede Rechtsposition gibt es nun ein p^{A*} für den gilt $p^{A*} > p^A_i$ und ein $p^{N*} > p^N_i$ wobei $i=1, \dots, n$. Wird jetzt angenommen, daß für alle i $p^A \geq p^N$ ist, so gilt, daß der höchste gefundene Angebotspreis p^{A*} auf jeden Fall denjenigen unter den n Parteien ermittelt, der das Gut oder die Rechtsposition am höchsten evaluiert. Dies kann aber für denjenigen, der bereit ist, den höchsten Preis p^{N*} nachzufragen, nicht gesagt werden, da es immer einen höheren Angebotspreis p^{A*} geben wird. Wenn für ein gegebenes Gut oder eine Rechtsposition p^{A*} wesentlich höher liegt als p^{N*} wird die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt nur dann maximiert, wenn die Rechtsposition demjenigen zugewiesen wird, der über p^{A*} verfügt, denn dieser evaluiert sie am höchsten. Wird sie ihm nicht von Anfang an zugewiesen, so kommt es sogar bei kostenloser Transaktion nicht zu einer wohlstandssteigernden Übertragung der Rechtsposition, es sei denn, der p^N des Individuums, das über p^{A*} verfügt, ist größer als der p^A des Individuums, das die Rechtsposition augenblicklich hält. Dieser einfache Beweis legt nahe, daß bei der Ermittlung des

Angebotspreise für denselben Verhandlungsgegenstand sind jedoch für viele Verhandlungsteilnehmer schwieriger zu ermitteln als Nachfragepreise.

Die ökonomische Analyse des Rechts entscheidet sich in der weitaus überwiegenden Anzahl ihrer Anwendungen für die erste der dargestellten Lösungen. Sie entscheidet nach dem *Kriterium der Zahlungsbereitschaft*, also dem Nachfragepreis.¹⁶⁸

Mit der Entscheidung, sich entweder auf den Nachfrage- oder auf den Angebotspreis zu einigen, kann das Problem der Einkommens- und Besitzeffekte aber nach Ansicht der ökonomischen Analyse des Rechts als gelöst betrachtet werden. Das Element der Willkür, das eine Einigung auf das eine oder das andere Verfahren mit sich bringt, ist eine Ungenauigkeit, die hingenommen werden muß und aufgrund ihres vernachlässigbaren Einflusses im Ermessen der ökonomischen Analyse auch hingenommen werden kann.

b) Strategisches Verhalten

Der letzte Einwand, der dem Coase Theorem zu Lasten der Funktionsfähigkeit der ökonomischen Analyse noch entgegen steht, ist das potentiell strategische Verhalten der Verhandlungsteilnehmer, das durch das Ausnutzen der asymmetrischen Informationslage verhindern kann, daß die Verhandlung zu einem Pareto-effizienten Ergebnis führt.¹⁶⁹ Anhänger des Coase-Theorems und Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts subsumieren solches Verhalten häufig unter dem *Transaktionskostenbegriff*, und dies ist auch insofern berechtigt, als nach den

Wertes eines Gutes auf den Angebotspreis und nicht auf den Nachfragepreis zu achten ist. Vgl. HOVENKAMP (1991), S. 229 ff..

Es läßt sich hier freilich fragen, ob durch diesen Beweis wirklich geschlossen werden kann, wer die Rechtsposition am höchsten evaluiert. Derjenige, der p^{A*} hält, evaluiert die Rechtsposition ja aufgrund der obigen Annahme nur deswegen höher, weil er eben in ihrem Besitz ist. Wäre er nicht in ihrem Besitz, so würde für ihn ein beliebiges p^N gelten, das möglicherweise weit unter p^{N*} liegt. Vergleicht man nun aber p^{A*} mit p^{N*} , so bedeutet dies gewissermaßen einen Vergleich zwischen Äpfeln und Birnen, denn die beiden Individuen befinden sich nicht in derselben Situation. Vergleicht man aber alle p^{Ai} untereinander, so leuchtet nicht unbedingt ein, warum ein Vergleich aller p^{Ni} nicht ebenso zu einem befriedigenden Ergebnis führen könnte. Der Träger des p^{A*} muß nicht unbedingt der Träger des p^{N*} sein, wie hoch die Divergenz zwischen Angebots- und Nachfragepreisen für jeden einzelnen ist, kann nicht gesagt werden. Auch diese Art der Evaluierung bringt also ein gewisses Maß an Willkür mit sich.

¹⁶⁸ Vgl. EIDENMÜLLER (1995), S. 137.

¹⁶⁹ Vgl. oben I.2.c). Vgl. auch SCHÄFER/OTT (2000), S. 93.

Vertretern der Transaktionskostentheorie eine der zentralen Ursachen für Transaktionskosten Informationsprobleme und hieraus resultierende Probleme des opportunistischen Verhaltens sind, das in der Sprache der Agency-Theorie als Moral Hazard-Verhalten bezeichnet wird.¹⁷⁰

Im zweiten Schritt werden diese Transaktionskosten dann jedoch einfach per Annahme mit der Begründung ausgeschlossen, daß die Verhandlungssimulation als Alternative zur realen Verhandlung gerade deshalb eingeführt werde, weil das Problem des Scheiterns von Verhandlungen aufgrund von prohibitiv hohen Transaktionskosten umgangen werden müsse – dies erscheint allerdings weniger berechtigt. Diese Begründung leuchtet nur dann ein, wenn unter Transaktionskosten ausschließlich Aufwendungen für die Aushandlung von Verträgen verstanden werden, die immer dann entfallen, wenn eine durch Verhandlungssimulation gefundene rechtliche Regelung bindend vorgeschrieben wird.¹⁷¹ Dies ist jedoch eine viel zu enge und äußerst mißverständliche Auffassung von Transaktionskosten, die Transaktionskosten einen ähnlichen Charakter wie etwa Transport- oder Produktionskosten zuschreibt.¹⁷²

Tatsächlich ist der Transaktionskostenbegriff sehr viel umfassender, was sich bereits in obiger Feststellung andeutet: Eine der zentralen Ursachen von Transaktionskosten ist in den Folgeproblemen der vorhandenen asymmetrischen Informationsverteilung zu suchen. Transaktionskosten in diesem weiteren Sinne beinhalten auch alle Reibungsverluste, die dadurch entstehen, daß Verhandlungen und Tausch auf realen

¹⁷⁰ Stellvertretend für eine umfangreiche Literatur soll hier lediglich WILLIAMSON (1985) genannt werden.

¹⁷¹ Vgl. dazu in diesem Sinne die Argumentation von EIDENMÜLLER: „Das Recht soll vielmehr auch sonstige Hindernisse, die dem Handel mit Rechtspositionen entgegenstehen könnten, möglichst aus dem Weg räumen oder zumindest ihre Auswirkungen niedrig halten. Es soll den Marktmechanismus erleichtern. Dazu gehört in erster Linie die Minimierung von Transaktionskosten....Dadurch, daß das Recht Transaktionskosten verringert, erleichtert es derartige, für alle Beteiligten vorteilhafte Austauschgeschäfte. Wie kann dies geschehen? Zu den Transaktionskosten gehören beispielsweise die Vertragskosten, also die Kosten, die durch den Vertragsschluß als solchen ausgelöst werden.“ Vgl. EIDENMÜLLER (1995), S. 64.

¹⁷² Vgl. dazu EIDENMÜLLER, wenn er beispielsweise unter Berufung auf WILLIAMSON, auf einer klaren Abgrenzung zwischen Produktionskosten und Transaktionskosten besteht, um die Verhandlungssimulation zu rechtfertigen:

„Sämtliche Kostenarten werden dann diesen beiden Kostenträgern zugeschlagen. Was nicht Produktionskosten sind, sind Transaktionskosten und was nicht Transaktionskosten sind, sind Produktionskosten. ...Die entscheidende Frage lautet dann, ob eine Kostenzuordnung zu diesen beiden Kostenträgern konsistent möglich ist, ob sich also die Abgrenzung zwischen Transaktionskosten und Produktionskosten konzeptionell durchhalten läßt. Daß es auf diese Frage ankommt, kann man leicht erkennen.“ Vgl. EIDENMÜLLER (1995), S. 90.

Märkten gerade nicht unter den idealen Bedingungen der neoklassischen Modellwelt ablaufen. Transaktionskosten so umfassend verstanden lassen sich insofern nicht als ein real entstehender Aufwand messen, sondern sind gedanklich zu begreifen als die Abweichung des real erreichbaren „second best“ vom unerreichbaren Ideal des „first best“, das durch die neoklassische Modellwelt des reibungslosen Tauschs definiert ist.

Aus diesem Grund ist es nicht akzeptabel, mit dem Gedankenkonstrukt einer simulierten Verhandlung die Annahme zu verbinden, daß jegliche Transaktionskosten ausgeschlossen seien, denn dies käme der Annahme gleich, strategisches Verhalten und Probleme der asymmetrischen Informationsverteilung seien nicht existent. Die Mehrheit der Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts hat dies in der Zwischenzeit auch erkannt und versucht strategisches Verhalten in ihren Analysen zu berücksichtigen.

Stellvertretend seien hier SCHÄFER und OTT als die führenden Vertreter in Deutschland zitiert ¹⁷³, die – wie viele andere - die ökonomische Analyse des Rechts als Teil der Institutionenökonomie begreifen:

„...in diesen Fällen asymmetrischer Informationskosten wird Pareto-effiziente Allokation über einen unregulierten Markt nicht erreicht....Opportunistisches Verhalten wurde von der neoklassischen Ökonomie in der Regel nicht untersucht. ...Eine der großen Leistungen der Institutionenökonomie war einerseits die Bedingungen aufzuzeigen, unter denen dieses Verhalten auftritt und andererseits zu zeigen, dass unterschiedliche Institutionen in unterschiedlicher Weise geeignet sind, opportunistisches Verhalten hervorzubringen bzw. einzudämmen.“

Rechtliche Regelungen werden dann als solche Institutionen begriffen, die auf unterschiedliche Art und Weise geeignet sein können, die Auswirkungen von strategischem Verhalten auf die Wohlfahrt aller Beteiligten einzudämmen. Die Aufgabe der ökonomischen Analyse des Rechts muß es demnach sein, nach derjenigen rechtlichen Regelung zu suchen, die die Reibungsverluste aufgrund von strategischem Verhalten möglichst gering werden läßt. In den Worten der Transaktionskostentheorie gesprochen, wird nach derjenigen rechtlichen Regelung

¹⁷³ Vgl. SCHÄFER/OTT (2000), S. 97.

gesucht, die die - unter anderem mit strategischem Verhalten verbundenen - Transaktionskosten im Sinne der Abweichung des second vom first best minimiert und damit die Wohlfahrt der Verhandlungspartner – unter Berücksichtigung der durch Informations- und Anreizprobleme verursachten Beschränkungen - maximiert.

Nachdem die gängigsten Kritikpunkte gegen das Coase Theorem aus Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts erkannt und behandelt worden sind, steht ihrer umfassenden Anwendung schließlich nichts mehr im Wege. Der Enthusiasmus über die breiten Anwendungsmöglichkeiten des neuen ökonomischen Konzepts innerhalb einer Wissenschaft, die bisher weitestgehend auf Plausibilitätsüberlegungen angewiesen war, ist nur allzu verständlich, so daß Schäfer und Ott formulieren:¹⁷⁴

„Mit diesem (Coaseschen) Konzept der Transaktionskosten war nun die Möglichkeit einer Fülle von Einzelstudien zu den Wirkungen von Rechtsnormen eröffnet....So erschien auf der Grundlage einer erweiterten Mikroökonomie eine Fülle von Studien zum Vertragsrecht, Deliktsrecht, Umweltrecht, Verbraucherrecht, etc., die in ihrer Gesamtheit als ökonomische Analyse des Rechts bezeichnet werden.“

Bezüglich der im Rahmen dieser Arbeit zentralen Frage nach der effizienten Risikoallokation gehen die Überlegungen der ökonomischen Analyse des Rechts inzwischen allerdings weit über eine Fülle von Einzelstudien hinaus. Vielmehr haben sich hier standardisierte Denkfiguren entwickelt, die in ein „wohlfahrtsökonomisches Prüfschema“ münden, das bei der Zuweisung von Risiken Anwendung finden soll.¹⁷⁵ Diese Denkfiguren sollen im nächsten Abschnitt erläutert werden.

¹⁷⁴ Vgl. SCHÄFER/OTT (2000), S. 5 f..

¹⁷⁵ „Die ökonomische Analyse fragt danach, ob die Auswirkungen von Rechtsnormen mit Zielen der allgemeinen Wohlfahrt vereinbar sind. In einer Rechtsordnung, die - wie die der BRD – stark durch richterliche Rechtsfortbildung gekennzeichnet ist, kann sie auch direkt in den Prozess richterlicher Entscheidung einbezogen werden. Dazu dienen quasidogmatische Argumentationsfiguren, aus denen Prüfschritte des Entscheidungsverfahrens abzuleiten sind. Für das Deliktsrecht mit Verschuldenshaftung eignen sich dafür insbesondere das Konzept des „cheapest cost avoider ...und die Learned Hand Formel.“ Vgl. SCHÄFER/OTT (2000), S. 213.

II. Die Effizienzkriterien zur Risikoallokation

Die ökonomische Analyse des Rechts schlägt vor, eine hypothetische Verhandlungslösung zu rekonstruieren, auf die sich rational handelnde Individuen ex ante bei Abwesenheit von Coase'schen Transaktionskosten geeinigt hätten. Eine solche Verhandlungslösung ist das sogenannte Denkmodell des vollständigen Vertrages.¹⁷⁶ Der vollständige Vertrag dient als der Referenzpunkt im Sinne des first best, an dem die rechtlichen Regelungen auf ihre Effizienz hin geprüft werden können, wobei derjenigen rechtlichen Regelung der Vorzug zu geben ist, die die Abweichung bzw. die Wohlfahrtverluste im Vergleich zum Referenzpunkt des vollständigen Vertrages minimiert.

Eine der fundamentalen Absichten eines Vertrages zwischen zwei Parteien ist es, Risiken zwischen den Beteiligten zu allokatieren.¹⁷⁷ Im Idealfall soll der Vertrag genau regeln, wer den Schaden zu tragen hat, wenn sich eines der möglichen Risiken realisiert. Wird ein bestimmtes Risiko nicht Gegenstand eines Vertrages und realisiert sich dieses Risiko aber, so soll es eine Regel geben, nach der das Risiko einem der Beteiligten zugeordnet werden kann. Aufgabe ist es daher nun, Prinzipien oder Regeln zu definieren, denen zufolge diese Risiken den beteiligten Parteien zugewiesen werden können. Zu diesem Zweck haben sich im Laufe der Zeit einige Denkfiguren herausgebildet, die im folgenden näher betrachtet werden sollen und mit deren Hilfe eine ganze Fülle von Rechtsproblemen offensichtlich zufriedenstellend abgehandelt werden kann.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Vgl. SCHÄFER/OTT (2000), S. 373 ff., EIDENMÜLLER (1995), S. 402; RICHTER/FURUBOTN (1999), S. 157.

¹⁷⁷ Vgl. POSNER/ROSENFELD (1977), S. 88.

¹⁷⁸ Für einen kurzen Überblick über die Figuren vgl. WEHRT (1992), S. 362 ff..

1. Der Cheapest Cost Avoider oder das Loss reduction principle

Die ökonomische Analyse des Rechts sucht bei der Beantwortung der Frage, wer das Risiko am besten tragen kann, zunächst nach demjenigen, der das fragliche Risiko mit dem geringsten Kostenaufwand verhindern kann.

Diese Idee geht auf CALABRESI zurück, der sie anhand von Haftungsfragen im Deliktsrecht entwickelte. Sie ist in vielen seiner Aufsätze zu finden.¹⁷⁹ CALABRESI argumentiert dabei folgendermaßen: Rechtspositionen sollen grundsätzlich mit Hilfe einer Kosten-Nutzen-Analyse zugeordnet werden. Sozialer Wohlfahrtszuwachs muß gegen die Kosten, diesen zu erreichen, abgewogen werden, und soziale Kosten müssen mit dem Aufwand, diese zu vermeiden, verglichen werden. Soziale Kosten entstehen zu lassen ist also zunächst einmal gerechtfertigt, wenn der Aufwand, diese zu verhindern, größer wäre, als die Kosten selbst. Um den Mindestaufwand herauszufinden, muß nach demjenigen gesucht werden, der diese Kosten am günstigsten übernehmen kann. Wenn eine Partei, die das Risiko kostengünstiger vermeiden kann als eine andere, dieses übernimmt, entsteht dabei ein Kooperationsgewinn, der die Trägerpartei für die Übernahme des Risikos kompensieren und die andere Partei trotzdem noch besser stellen kann, als wenn sie das Risiko tragen würde.

Ganz ähnlich argumentiert POSNER. Er definiert in einem vertraglichen Verhältnis den sogenannten *Superior Risk Bearer* als denjenigen, der das zur Verhandlung stehende Risiko effizienter übernehmen kann als die Gegenpartei.¹⁸⁰ Seiner Ansicht nach kann eine Partei aus zwei Gründen Superior Risk Bearer sein. Entweder sie ist besser in der Lage, das Risiko zu vermeiden, oder sie ist besser in der Lage, das Risiko zu versichern.¹⁸¹

¹⁷⁹ Vgl. CALABRESI (1972), CALABRESI/MELAMED (1972), S. 1089 ff., CALABRESI/HIRSCHOFF (1972), S. 1055 ff..

¹⁸⁰ Vgl. POSNER/ROSENFELD (1977), S. 90. "Superior risk bearer is to be understood here as the party that is the more efficient bearer of the particular risk in question, in the particular circumstances of the transaction. ... A party can be a superior risk bearer for one of two reasons. First, he may be in a better position to prevent the risk from materializing. ... (But) Prevention is only one way of dealing with risk; the other is insurance. The promisor may be the superior insurer."

¹⁸¹ Eine weitere Darstellung, die eine etwas andere Terminologie wählt, aber prinzipiell dasselbe meint, findet sich bei COOTER und ULEN. Auch hier ist der Ausgangspunkt das Argument, daß das Risiko von demjenigen getragen werden sollte, der es zu den geringsten Kosten tragen kann. Grundsätzlich gibt es

Für das deutsche Recht formulieren SCHÄFER/OTT im Prinzip dieselbe Handlungsanweisung:¹⁸²

„Ein Risiko, ..., sollte demjenigen zugeordnet werden, der es mit dem geringsten Aufwand beherrschen kann (cheapest cost avoider), vorausgesetzt, die Risikovermeidungskosten sind niedriger als der Erwartungswert des Risikos.“

Um im ersten Schritt festzustellen, bei welcher Partei es sich um diejenige handelt, die das Risiko am einfachsten vermeiden kann, wird in der ökonomischen Analyse des Rechts in der Regel die sogenannte *Learned-Hand-Formel* angewandt. Diese „Formel“ geht auf den amerikanischen Bundesrichter LEARNED HAND zurück, der sie mit Hilfe einer Reihe von Fällen entwickelte.¹⁸³ Er versuchte dabei, seine Erfahrungen vor Gericht mathematisch auszudrücken, und definiert wie folgt: V steht für *Vorsorgeaufwand*, einen Schaden zu verhindern. S steht für den *Schaden* im Fall, daß sich das Risiko realisiert. Für beide Variablen S und V muß dabei angenommen werden, daß sie sich in monetären Größen ausdrücken lassen oder zumindest überhaupt zu quantifizieren sind, auch wenn Hand darauf nicht explizit eingeht. Schließlich bezeichnet q die *Wahrscheinlichkeit*, mit der mit einem Eintritt des Schadens zu rechnen ist. Immer dann, wenn $V < qS$ gilt, also der Vorsorgeaufwand V geringer ist als der *Erwartungswert des Schadens*, gibt es auch eine Partei, die diesen Schaden zu den geringsten Kosten vermeiden kann.¹⁸⁴

zwei Faktoren, die bestimmen, wer dies sein kann. Erstens ist in der Regel einer der Beteiligten eher in der Lage, die Wahrscheinlichkeit des Risikoeintritts zu beeinflussen als der andere. Dies ist die Partei, die am besten Vorsichtsmaßnahmen, *precautions*, einleiten kann, um den Risikoeintritt zu geringen Kosten zu verhindern. „*These considerations suggest that a risk should be assigned to the party who can take precautions to reduce it at least cost.*“ Kann niemand diese Vorsichtsmaßnahmen übernehmen, gibt es eine Partei, die das Risiko besser *streuen* kann. Dies führt zu der zweiten Regel, die besagt, daß das Risiko für den Fall, für den sich keiner findet, der es zu den geringsten Kosten verringern oder verhindern kann, derjenige einspringen soll, der es am besten streuen kann, sei dies durch Fremdversicherung oder durch eigene Portfolioselektion. „*These considerations suggest that risk should be assigned to the party who can spread it at least cost, by insurance or other means.*“ Die Parallele zur Figur des cheapest cost avoiders und cheapest insurers wird unmittelbar deutlich. Vgl. COOTER/ULEN (1997), S. 241 f.

¹⁸² Vgl. SCHÄFER/OTT (2000), S. 378.

¹⁸³ Vgl. SCHÄFER/OTT (2000), S. 146.

¹⁸⁴ Richtigerweise muß bei Anwendung der Learned-Hand-Formel jedoch auf eine Grenzbetrachtung zurückgegriffen werden. Dazu werden die Gesamtkosten K als Summe aus Vorsorgeaufwand V und Erwartungswert des Schadens qS definiert. Für S und q wird angenommen, daß sie von V abhängen, ausgedrückt durch $S(V)$ und $q(V)$. Die Summe wird jetzt minimiert, indem die erste Ableitung gleich null gesetzt wird. In Worten ausgedrückt ergibt sich jetzt das optimale Gesamtkostenniveau dann, wenn

SCHÄFER UND OTT definieren die Learned Hand Formel gleichermaßen für die Anwendung im deutschen Recht:¹⁸⁵

*„Learned Hand stellte seine Schlußfolgerungen in einem mathematischen Ausdruck dar, um ihre allgemeine Anwendbarkeit für das Schadensrecht zu demonstrieren. Danach handelt jemand dann fahrlässig, wenn sein Vorsorgeaufwand (V) kleiner als der Schaden im Falle des Schadenseintritts (S) multipliziert mit der Schadenswahrscheinlichkeit (q) ist. Verschulden ist gegeben, wenn die Bedingung $V < Sq$ erfüllt ist.“*¹⁸⁶

2. Der Cheapest Insurer

Was soll nun aber in all jenen Fällen geschehen, in denen die Learned-Hand-Formel nicht erfüllt ist? Was wenn der Vorsorgeaufwand in keinem Verhältnis zum Erwartungswert des Schadens steht, sondern diesen bei weitem übersteigt oder aber möglicherweise das Risiko von beiden Parteien gar nicht beeinflußt werden kann? In diesem Fall schlägt die ökonomische Analyse des Rechts einen anderen Weg vor, um das Risiko zu beherrschen. Dies kann durch eine *Versicherung* geschehen. Eine Versicherung kann dabei entweder mit einem Dritten, also einem externen Versicherungsunternehmen abgeschlossen werden, oder durch interne Risikodiversifikation selbst vorgenommen werden. Diese Unterscheidung machen jedoch nicht alle Autoren.

POSNER unterscheidet nicht zwischen Selbstversicherung und Fremdversicherung.¹⁸⁷ Er erwähnt zwar, daß grundsätzlich beides möglich ist, subsumiert jedoch beide Möglichkeiten unter den Begriff des *cheapest insurer*. POSNER fordert lediglich, daß sich die eine Partei prinzipiell billiger versichern können muß als die andere Partei -

eine marginale Veränderung von V den Erwartungswert des Schadens um genau denselben Betrag reduziert. Vgl. POSNER (1998), S. 180, SCHÄFER/OTT (2000), S. 146.

¹⁸⁵ Vgl. SCHÄFER/OTT (2000), S. 146.

¹⁸⁶ Vgl. für eine Anwendung ebenfalls WEHRT (1992), S. 363:

„Eine Vertragsstörung ist vermeidbar, wenn für mindestens einen Vertragspartner der kontinuierliche Aufwand zur Verhinderung des Störungseintritts V geringer ist als die Schadenserwartung. Sie entspricht dem aus dem Eintritt des Risikos resultierenden durchschnittlichen Schaden S multipliziert mit seiner Eintrittswahrscheinlichkeit q: $V < S q$.“

wie das erfolgt, ist nach seiner Auffassung nicht relevant. SCHÄFER/OTT hingegen verstehen unter dem *cheapest insurer* denjenigen, der das Risiko zu den geringsten Kosten fremdversichern kann.

POSNER verweist auf zwei Faktoren, die darüber bestimmen, ob eine Partei *cheapest insurer* ist oder nicht.¹⁸⁸ Versicherungskosten lassen sich ihm zufolge in zwei Kategorien aufteilen: *measurement costs* und *transaction costs*.¹⁸⁹ Erstere beinhalten einerseits die Kosten, die bei der Bestimmung der Wahrscheinlichkeit, daß sich das Risiko realisiert, entstehen und andererseits den tatsächlichen Schadensumfang, wenn es sich realisiert.¹⁹⁰ Das Produkt aus beiden ist der Erwartungswert des Schadens und gleichzeitig der Referenzpunkt, von dem aus die Versicherungskosten kalkuliert werden, die wiederum auf den Vertragspreis überwältzt werden können. Zweitere, die *transaction costs*, sind diejenigen Kosten, die mit der Risikodiversifikation selbst einhergehen. Diese Kosten hängen davon ab, ob Selbstversicherung oder Fremdversicherung gewählt wird und müssen von Fall zu Fall beurteilt werden. Generell aber gilt: kann niemand gefunden werden, der das Risiko zu den geringsten Kosten hätte verhindern können, soll diejenige Partei, die den Erwartungswert des Risikos besser bestimmen und abschätzen und günstiger diversifizieren kann, entweder durch Selbstversicherung oder durch Fremdversicherung, das Risiko tragen.

SCHÄFER/OTT definieren den *cheapest insurer* als denjenigen, der das Risiko mit den geringsten Versicherungskosten abdecken kann. Hierbei machen sie richtigerweise eine wichtige Einschränkung.¹⁹¹ Die Absicherung des Risikos durch den *cheapest insurer* ist nur dann ein Wohlfahrtsgewinn, wenn die andere Partei sich risikoavers verhält. Nur in diesem Fall ist diese Partei nämlich bereit, die durch den Abschluß einer Versicherung verursachten höheren Vertragskosten zu tragen.¹⁹²

¹⁸⁷ Vgl. POSNER/ROSENFELD (1977), S. 91 f. und POSNER (1998), S. 116.

¹⁸⁸ Vgl. POSNER/ROSENFELD (1977), S. 91 f. und POSNER (1998), S. 117.

¹⁸⁹ *Transaction costs* sind eine etwas irreführende Formulierung Posners und dürfen nicht mit dem stehenden Begriff der *Transaktionskosten* verwechselt werden.

¹⁹⁰ In der Notation von SCHÄFER und OTT sind dies S und q.

¹⁹¹ Vgl. SCHÄFER/OTT (2000), S. 379 f..

¹⁹² Die Kosten für eine Versicherung setzen sich zunächst aus Erwartungswert des Schadens pro Versichertem multipliziert mit der Anzahl der Versicherten zusammen. Darüber hinaus verursacht die Verwaltung einer Versicherung zusätzliche Kosten, die von jemandem getragen werden müssen. Die Prämien, die die Versicherung den Kunden abverlangt, liegen deshalb über dem Erwartungswert des Schadens. Damit es also überhaupt zur Versicherung kommt, muß bei dem potentiell Geschädigten risikoaverses Verhalten unterstellt werden. Nur dann ist er dazu bereit, einen höheren

Besonders interessante Konstellationen können sich beim Aushandeln eines vollständigen Vertrages ergeben, wenn sich einer der Beteiligten risikoavers und der andere risikofreudig verhält. Zwischen solchen Individuen abgeschlossene Verträge stellen unter Umständen für beide Beteiligte einen Nutzenzuwachs dar, obwohl eine Partei erkennbar vom Risiko eines Verlustes bedroht ist.¹⁹³ Risikofreudiges Verhalten ist in der Realität allerdings überaus selten zu beobachten und wird daher in der Regel ausgeklammert.

3. Der Superior Risk Bearer oder das Loss spreading principle

SCHÄFER/OTT treffen im Gegensatz zu POSNER eine Unterscheidung zwischen Fremd- und Selbstversicherung und definieren daher den superior risk bearer als denjenigen, der das Risiko zu den geringsten Kosten selbst tragen kann, wenn es entweder keine Möglichkeit zur externen Fremdversicherung gibt oder diese kostspieliger ist als die Selbstversicherung.¹⁹⁴ Diese Unterscheidung leuchtet unmittelbar ein, da es durchaus denkbar ist, daß sich gar kein Markt für einen Versicherungsdienstleister bildet. Dies kann aus mehreren Gründen der Fall sein. Zum einen kann eine Gefahr des Moral Hazard oder der adversen Selektion seitens des Versicherungsnehmers bestehen, die eine Versicherung unprofitabel machen würde und daher das Zustandekommen eines Marktes verhindert.¹⁹⁵ Zum anderen kann es für den potentiellen

Vermeidungsaufwand zu bezahlen als der Erwartungswert des Schadens ist. Risikoaverses Verhalten wird sinnvollerweise jedoch regelmäßig unterstellt.

¹⁹³ Vgl. SCHÄFER/OTT (2000), S. 381 f..

¹⁹⁴ COOTER und RUBIN gehen, wie oben erwähnt, auch auf die Möglichkeit ein, das Risiko nach seinem Auftreten, also ex post, möglichst günstig zu streuen und prägen dabei den Begriff des *Loss Spreading Principle*. Sie schließen unter das Loss spreading principle die Möglichkeit zur Fremdversicherung mit ein, und unterscheiden aber nicht explizit zwischen Fremd- und Selbstversicherung. Vgl. COOTER/RUBIN (1987), S. 70.

¹⁹⁵ Vgl. COOTER/ULEN (1997), S. 49 ff.. Moral Hazard bei Versicherungen entsteht dadurch, daß der Versicherte weniger Anreiz hat, Sorgfalt walten zu lassen, da er im Schadensfall auf die Versicherung zurückgreifen kann. Versicherungen müssen dies in ihre Kalkulation miteinbeziehen und setzen daher die Prämien entsprechend hoch. Häufige Methoden, das Moral Hazard-Risiko zu reduzieren sind den Versicherten vertraglich dazu zu verpflichten entweder eine bestimmte absolute Summe oder einen bestimmten Prozentsatz am Schaden zu übernehmen (Selbstbeteiligung). Adverse Selektion tritt auf, wenn die Versicherten sehr heterogen bezüglich ihres Risikoverhaltens sind. Da die Versicherungsprämie sich nur als ein Durchschnitt aller Versicherten ergeben kann, ist sie für die Versicherten, die ein hohes Risiko aufweisen vergleichsweise günstig, da zu niedrig, für die Versicherten, die ein niedriges Risiko aufweisen zu teuer. Als Ergebnis stellt sich ein, daß alle hohen

Versicherungsnehmer tatsächlich günstiger sein, sich selbst zu versichern. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Informationskosten, die zur Erkennung des Risikos notwendig sind, nicht prohibitiv hoch sind und die Partei ausreichend groß ist, um das Risiko in befriedigender Weise selbst zu diversifizieren.¹⁹⁶

Schließlich sind aber auch Fälle denkbar, in denen sich die Risiken nicht eindeutig dem Muster der beschriebenen idealtypischen Figuren zuordnen lassen. Wie ist beispielsweise zu entscheiden, wenn eine der beiden Parteien über bessere Informationen bezüglich des Risikos verfügt, die andere Partei aber über bessere Möglichkeiten, das Risiko zu streuen? SCHÄFER/OTT sprechen sich dafür aus, grundsätzlich denjenigen mit den niedrigeren Informationskosten als superior risk bearer zu belasten. Würde die andere Partei, die zwar höherer Informationskosten, aber bessere Streuungsmöglichkeiten hat, belastet, so stünde man wiederum vor einem Moral Hazard-Risiko: die Partei, die über bessere Informationen verfügt, würde immer versuchen, das Risiko auf die andere Partei abzuwälzen, die dieses nicht richtig einschätzen kann.

Und wie ist zu entscheiden, wenn die Prinzipien untereinander kollidieren, also die vorgeschlagenen Denkfiguren auf verschiedene Parteien passen? Schließlich ist es durchaus möglich, daß eine Partei dazu in der Lage ist, das Risiko besonders günstig zu versichern, die andere Partei aber dazu in der Lage ist, das Risiko besonders einfach vermeiden zu können, also cheapest cost avoider und cheapest insurer miteinander kollidieren.

SCHÄFER und OTT vertreten im wesentlichen die Auffassung, daß es besser ist, das Risiko erst gar nicht entstehen zu lassen, als seine Entstehung erst zuzulassen und es dann zu versichern – also es im Zweifelsfall dem cheapest cost avoider zuzuordnen. Ordnet man das Risiko nämlich derjenigen Partei zu, die es besser versichern kann anstatt derjenigen, die es besser vermeiden kann, stellt sich wieder die Gefahr des bekannten Moral Hazard-Risikos nach Abschluß einer Versicherung.

Risikogruppen eine Versicherung abschließen, alle niedrigen jedoch nicht. Versicherungen können dieses Problem versuchen abzumildern, indem sie ausgereifte Verfahren entwickeln die Risikogruppen bei Vertragsabschluß genau zu clustern.

¹⁹⁶ Hier finden sich ähnliche Gedanken wie bei Posners *measurement costs* und *transaction costs* wieder.

4. Das wohlfahrtsökonomische Prüfungsschema

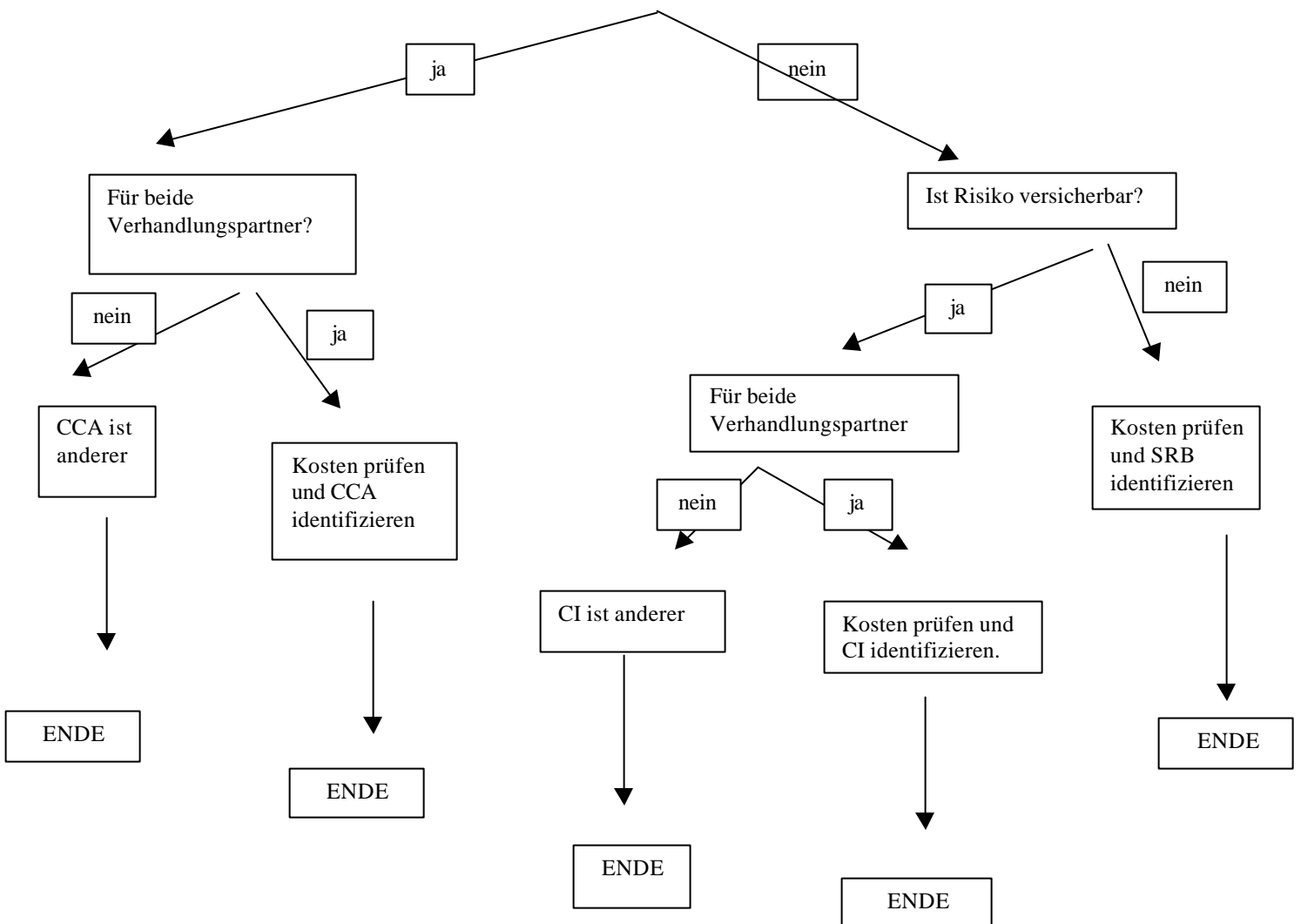
Im folgenden ist das Prüfungsschema dargestellt, das den typischen Untersuchungen der ökonomischen Analyse des Rechts zugrundeliegt und die oben eingeführten idealtypischen Denkfiguren für die Anwendung zusammenfaßt.^{197 198}

¹⁹⁷ Vgl. WEHRT (1992), S. 372: „Wir sind jetzt in der Lage, das Erarbeitete zu einem ökonomischen Prüfschema zusammenzufassen. ...Handelt es sich bei der eingetretenen Vertragsstörung um einen vermeidlichen Störfall gemäß der Learned Hand Formel?“

¹⁹⁸ Für eine Darstellung gängiger Vorgehensweisen vgl. etwa SCHÄFER/OTT (2000), S. 387, WEHRT (1992), S. 372 f. oder BITTER (1996), S. 109 f..

Abbildung 3:

$$E(S) > K(V)$$



Wobei gilt:
 CCA: Cheapest Cost Avider
 CI: Cheapest Insurer
 SRB: Superior Risk Bearer
 E(S): Erwartungswert des Schadens
 K(V): Kosten in Abhängigkeit vom
 Vorsorgeaufwand

Am Anfang des Prüfungsschemas steht die Frage, ob der Erwartungswert des Schadens höher oder niedriger ist als die Kosten des zu leistenden Vorsorgeaufwands, um das Eintreten des Risikos zu verhindern. Dies ist die Anwendung der Learned-Hand-Formel, wie sie oben beschrieben wurde.

Liegt der zu leistende Vorsorgeaufwand unter dem Erwartungswert des Schadens, so ist als nächstes die Frage zu stellen, ob dies für alle beteiligten Verhandlungspartner gilt.¹⁹⁹ Gilt nicht für beide, daß die Learned-Hand-Formel erfüllt ist, sondern nur für einen der Verhandlungspartner, so wird automatisch die Partei, für die die Bedingung erfüllt ist, zum cheapest cost avoider. Gilt für beide Parteien, daß der Vorsorgeaufwand geringer ist als der Erwartungswert des Schadens, müssen zur Identifikation des cheapest cost avoiders die jeweiligen Kosten gegenübergestellt werden.

Liegt der zu leistende Vorsorgeaufwand nicht unter dem Erwartungswert des Schadens muß als erstes gefragt werden, ob das Risiko versicherbar ist oder nicht. Kann nur einer der beiden Beteiligten eine Fremdversicherung gegen das Risiko abschließen, wird diese Partei automatisch zum cheapest insurer.²⁰⁰ Können hingegen beide Parteien eine Fremdversicherung gegen das Risiko abschließen, ist zunächst zwischen ihnen der cheapest insurer auszumachen. Wenn das Risiko de facto überhaupt nicht fremdversicherbar ist oder niemand als cheapest insurer identifiziert werden kann, muß zwischen den Verhandlungspartnern unter Abwägung der relevanten Kosten der superior risk bearer identifiziert werden.

Dieses in der Literatur bereits etablierte Prüfungsschema vereinfacht gedanklich stark, um es für die praktische Anwendung tauglich zu machen. Aus juristischer Sicht ist dies auch durchaus verständlich – die Erleichterung darüber, daß mit dem wohlfahrtsökonomischen Prüfschema endlich ein eindeutig nachprüfbarer, ja sogar quantifizierbarer Maßstab gefunden ist, mit dessen Hilfe sich beliebig viele rechtliche

¹⁹⁹ Wenn n die Anzahl der beteiligten Verhandlungspartner ist, sei für den weiteren Verlauf zur Vereinfachung angenommen, daß $n=2$ ist.

²⁰⁰ Der cheapest insurer soll im Sinne von SCHÄFER und OTT ausschließlich als derjenige verstanden werden, der die günstigste Fremdversicherung abschließen kann.

Sachverhalte untersuchen lassen, ist allerorten zu spüren.²⁰¹ Mit Hilfe der Ökonomie hat die Rechtswissenschaft eine Spur zusätzlicher Härte in der Argumentation dazu gewonnen und kann Ergebnisse nicht nur auf Plausibilitätserwägungen, sondern auf Aussagen stützen, die scheinbar eindeutig richtig oder falsch sind – schließlich ist es möglich, sie auszurechnen. Das neue Vertrauen über die nunmehr interdisziplinäre Wissenschaft ist deutlich in POSNER'S Standardwerk zur ökonomischen Analyse des Rechts zu spüren:²⁰²

„This is the fifth edition of a textbook-treatise...It differs from other textbooks on the subject in the breadth of its coverage (almost the whole legal system) and in the emphasis placed on the legal regulation on nonmarket behavior.“

„He (the economist) can predict the effect of legal rules on value and efficiency, in their strict technical senses, and on the existing distribution of income and wealth...Although the economist cannot tell society whether it should seek to limit theft, the economist can show that it would be inefficient to allow unlimited theft and thus clarify a value conflict by showing how much of one value – efficiency – must be sacrificed to achieve another.“

In der Tat scheint also ein großer Schritt getan. Rechtsstreitigkeiten zur Risikoallokationen aller Art lassen sich durch die einfache Frage näher beleuchten und schließlich befriedigend lösen, ob der Erwartungswert des Schadens größer oder kleiner ist als der zu seiner Vermeidung notwendige Vorsorgeaufwand. Kann aber gerade diese Frage wirklich eindeutig beantwortet werden? Gibt es tatsächlich einen einzigen, quantifizierbaren Erwartungswert des Schadens, ein Risiko, oder ist dieses nicht vielmehr vom Verhalten und dem Informationsstand der einzelnen Akteure in der viel zitierten Verhandlung abhängig? Die Überlegungen des folgenden Abschnittes sollen zur Beantwortung dieser Frage beitragen.

²⁰¹ Vgl. beispielsweise EIDENMÜLLER: *„Im Zentrum dieses Programmes (der ökonomischen Analyse des Rechts) steht das nach dem Nobelpreisträger Ronald Coase benannte Coase-Theorem, auf das sich Posner in seiner Entscheidung...beruft. Auf der Grundlage des Coase-Theorems läßt sich aber nicht nur über den Fahrlässigkeitsmasstab im Haftungsrecht, sondern über nahezu jedes beliebige rechtliche Problem aus ökonomischer Sicht nachdenken. Es ist das zentrale Paradigma der ökonomischen Analyse des Rechts.“*

„Bei jedem in der Rechtspraxis auftretenden Problem kann man sich fragen, welche Regelung rational und eigennützig handelnde Parteien bei Abwesenheit von Transaktionskosten getroffen hätten.“ Vgl. EIDENMÜLLER (1995), S. 20 und S. 65.

²⁰² Vgl. POSNER (1998), Preface S. vii, S. 15 und S. 27.

III. Einige ergänzende Überlegungen

Bei der Entwicklung des Prüfschemas deutete sich bereits an, daß das empfohlene Standardverfahren für die Zuweisung von Risiken nicht ausschließlich auf harten ökonomischen „Effizienzmessungen“ beruht. Insbesondere in den Überlegungen von SCHÄFER und OTT zu der Frage, wie zu verfahren sei, wenn zwei Prinzipien kollidieren, schienen Pragmatismus und ein Rückgriff auf nicht näher erläuterte Erfahrungswerte eine Rolle zu spielen, ohne die das Prüfschema nicht hätte aufrecht erhalten werden können. Macht man sich jedoch noch einmal klar, was es eigentlich heißt, nach einer die Transaktionskosten minimierenden rechtlichen Regelung für die Zuweisung von Risiken zu suchen, so dürften diese „Unsauberkeiten“ bei der Entwicklung des Prüfungsschemas nicht mehr verwundern.²⁰³

Durch verschiedene rechtliche Regeln, die vorschreiben, wer welche Risiken zu tragen hat, werden in einer Welt, die nicht dem Ideal der neoklassischen Theorie entspricht und in der deshalb auch keine vollständigen Verträge geschlossen werden können, durch eben diese Vorschriften unterschiedliche Verhaltensanreize gesetzt. Ein Anreiz zur Vermeidung eines Risikos besteht, das wurde von SCHÄFER und OTT mehrfach betont, nur bei demjenigen, der es zu tragen hat, und dadurch wurde die Kollision der Prinzipien des *cheapest cost avoider* und des *superior risk bearer* oder *cheapest insurer* zu einem Problem, das pragmatisch gelöst wurde. Aus genau demselben Grund gibt es aber auch nicht *den einen*, eindeutig zu beziffernden Erwartungswert des Schadens, der gegen den potentiellen Vorsorgeaufwand abgewogen werden könnte. Vielmehr hängt der Erwartungswert des Schadens wiederum genau davon ab, wer das Risiko zu tragen hat und welche Möglichkeiten und Anreize eben diese Vertragspartei besitzt, Risikovorsorge zu betreiben.

Nach dieser Erkenntnis ist im Prüfungsschema der ökonomischen Analyse des Rechts die Bestimmung des Erwartungswertes vom Verhalten der einzelnen Parteien abhängig und dieses wiederum von ihren spezifischen Informations- und Anreizstrukturen. Die effiziente Rechtsregel erhält ihren Wert damit aber erst

²⁰³ Vgl. oben I.3.b).

mittelbar, nämlich durch den Einfluß, den sie auf die Verhandlungspartner auslöst. Die allererste Frage des Prüfungsschemas, nämlich, ob der Erwartungswert des Schadens größer oder kleiner als der notwendige Vorsorgeaufwand ist, läßt sich daher nicht mehr ohne weiteres beantworten.

COOTER UND RUBIN erkennen dieses Problem bereits in einem frühen Aufsatz und fordern den Übergang zu weitaus differenzierteren Überlegungen.²⁰⁴ Sie trennen explizit zwischen dem ex-post auftretenden Schaden aus einem Risiko, das sich bereits realisiert hat und der ex-ante Situation, in der sich das Risiko noch nicht realisiert hat und noch verhindert werden kann. Das Prinzip, nach dem ex-ante nach Schadensvermeidung gesucht werden soll, heißt *Loss Reduction Principle*. Das Prinzip, nach dem ex-post nach kostengünstigster Streuung gesucht werden soll, heißt *Loss Spreading Principle*. Jede Rechtsregel, die ex ante das Risiko einer der Parteien zuweist, beeinflußt deren Verhalten in der Zukunft und bekommt so ein dynamisches Element. Um diese Entwicklung adäquat analysieren zu können, trennen COOTER und RUBIN zwischen vier Elementen, die das *Loss Reduction Principle* ausmachen. Diese vier Elemente sind *precaution*, *innovation*, *responsiveness* und *learning*.²⁰⁵ Je nachdem, wie diese Elemente bei den einzelnen Parteien ausgeprägt sind und durch alternative Rechtsregeln beeinflußt werden, verändern sie das Ergebnis, wer nach dem *Loss reduction principle* als derjenige ausgemacht wird, der das Risiko zu den geringsten Kosten verhindern kann. COOTER UND RUBIN stellen nicht „Messungen“ von Schadenserwartungswerten und Risikovermeidungskosten, sondern Spekulationen über die Zukunft an, wie sich der Markt unter alternativen Haftungskonstellationen entwickeln kann.

Entsprechend vorsichtig argumentieren COOTER UND RUBIN, wenn sie sich zum Problem der Kollision von Prinzipien äußern.²⁰⁶ Sie sprechen sich dafür aus, die wirtschaftlichen Effekte der einzelnen Prinzipien abzuschätzen und gegeneinander abzuwägen. Vermieden werden muß ein kurzsichtiges Abzählen, welche Partei die meisten Prinzipien auf sich vereinigt, denn nicht jedes Prinzip kann gleich gewichtet

²⁰⁴ Vgl. COOTER/RUBIN (1987), S. 73 ff..

²⁰⁵ Unter *precaution* sind dabei Vorsichtsmaßnahmen zu verstehen, *innovation* steht für Innovationen und die Entwicklung neuer Techniken, *responsiveness* für die Elastizität der Verhaltensfunktion der Individuen bezüglich der Veränderung von Rechtsregeln und *learning* für Lernen.

²⁰⁶ Vgl. COOTER/RUBIN (1987), S. 84 ff..

werden. Da die Prinzipien ja gerade dazu dienen sollen, Kosten zu minimieren, muß ein Vergleich der wirtschaftlichen Auswirkungen eines jeden Prinzips stattfinden und auf dieser Grundlage für jeden Einzelfall eine Entscheidung getroffen werden. Eine Verallgemeinerung und Ableitung einer Standardregel sehen sie sehr kritisch.²⁰⁷

„When the principles converge, the best rule is obvious but when they diverge, their relative economic effects must be compared to determine which legal rule minimizes their combined effect. In many cases, comparing these effects requires empirical data, which is costly to obtain, with the unfortunate result that public policy proceeds by guesswork. Careful examination of the relationship among the three principles, however, can identify the data needed to choose the best rule, and in the absence of data, improves our ability to guess what that rule should be.“

Die Skepsis, die Cooter und Rubin hier zum Ausdruck bringen und die in der Bemerkung gipfelt, daß die ökonomische Analyse des Rechts in manchen Fällen vielleicht nur dazu taugt, das „Raten“ zu verbessern, besteht zu recht. Vielleicht sind sie sogar noch zu optimistisch bezüglich der Hilfestellung, die verbesserte empirische Daten geben könnten. Denn in einer Welt, die durch Informations- und Anreizprobleme geprägt ist, besteht nicht nur eine Wechselwirkung zwischen rechtlichen Regelungen und dem Verhalten von Individuen, sondern letzteres wirkt wiederum auch auf die Preisbildung, auf die Entstehung von Märkten zur Versicherung von Risiken ein. Dadurch läßt sich das, was sich unter einer alternativen rechtlichen Regelung an Kosten und Nutzen ergeben würde, auch nicht einfach anhand von empirischen Daten ablesen, die unter einer *anderen* Rechtsordnung erhoben werden. Transaktionskosten sind ein gedankliches Konstrukt, um die Abweichung der realen Welt von dem Ideal einer reibungslos funktionierenden Modellwelt zu erfassen, und lassen sich deshalb nicht messen. Es wäre zu einfach gewesen, wenn man die komplexe Frage nach der wohlfahrtsmaximierenden rechtlichen Regelung durch ein einfaches Prüfschema lösen könnte, das den zweifelsfrei richtigen Weg weist.

²⁰⁷ Vgl. COOTER/RUBIN (1987), S. 84.

Einige moderne Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts scheinen diese Problematik ebenfalls zumindest geahnt zu haben. So äußert sich beispielsweise EIDENMÜLLER:^{208 209}

„Hinzu kommt jedoch sicherlich, daß Transaktionskosten in den seltensten Fällen einfach „gegeben“ sind. Im Regelfall laufen in der Wirklichkeit vielmehr dynamische Prozesse ab, so daß eine Prognose dazu erforderlich wird, mit welchen Transaktionskosten in Zukunft gerechnet werden kann. Eine statische Betrachtung, die sich auf einen bestimmten Zeitpunkt innerhalb eines Kontinuums konzentriert, greift hier zu kurz.“

Was kann nun aber nach den Überlegungen der letzten Abschnitte zusammenfassend über die Aussagemöglichkeiten der ökonomischen Analyse des Rechts gesagt werden?

Der Transaktionskostenbegriff als zentraler Argumentationsbaustein ist in der ökonomischen Analyse des Rechts nicht ausreichend scharf definiert und noch zu wenig überdacht worden, was stellenweise auch durchaus kritisch angemerkt wird:²¹⁰

„Erstens sind einige für das rechtspolitische Programm der ökonomischen Analyse zentrale Begriffe unscharf und täuschen eine Scheingenauigkeit vor, die sich in der praktischen Anwendung zumindest derzeit noch nicht einlösen läßt. Dies gilt insbesondere für den Schlüsselbegriff der Transaktionskosten.“

Die Verhandlungssimulation wird allzu leicht genommen, indem mit Sicherheit davon ausgegangen wird, daß sie zu einem Pareto-effizienten, eindeutigen Ergebnis führen muß. Werden aber Abhängigkeiten zwischen rechtlichen Regelungen, Verhaltensweisen von Verhandlungspartnern, Marktbeschaffenheit und Preisen

²⁰⁸ Vgl. EIDENMÜLLER: „Allzu häufig wird einfach behauptet, daß die Transaktionskosten (vermutlich) prohibitiv hoch sind. So lautet etwa eine typische Äußerung Posners: „High transaction costs **probably** will make it impossible to correct a mistaken initial assignment through subsequent market transactions.“ Vgl. EIDENMÜLLER (1995), S. 104 ff.

²⁰⁹ Eine typische Argumentation Posners hingegen lautet etwa folgendermaßen: „An alternative approach, used very heavily in this book, is to try to guess whether, if a voluntary transaction had been feasible, it would have occurred. If for example the question whether clean water was more valuable as an input into paper production than into boating, we might try to determine, using whatever quantitative or other data might be available to help us, whether in a world of zero transaction costs the paper industry would purchase from the boaters the right to use the water. This approach attempts to reconstruct the likely terms of a market transaction in circumstances where instead a forced exchange took place – to mimic or simulate the market, in other words.“ Vgl. POSNER (1998), S. 16.

konsequent berücksichtigt, ist die Funktionstüchtigkeit der Verhandlungssimulation weit weniger klar.

Sollte die ökonomische Analyse des Rechts statt dessen Aussagen zur Effizienz von Rechtsregeln vermeiden? Dies wäre sicher nicht die richtige und auch keine wünschenswerte Reaktion auf das gefundene Dilemma. In eine sinnvolle Rechtsprechung soll und muß ökonomisches Gedankengut mit eingehen. Die ökonomische Analyse des Rechts kann und soll daher weiterhin Aussagen zur Effizienz von Rechtsregeln treffen, sie sollte allerdings klar charakterisieren, in welchem Rahmen dies überhaupt möglich ist. Die Rechtswissenschaft hat – und hierin unterscheidet sie sich grundlegend von der modernen Mikrotheorie - das vordringende Problem, daß wirkliche Entscheidungen getroffen werden müssen. Gerichte müssen täglich reale Fälle lösen – und zwar auf der Grundlage einer notwendig beschränkten Tatsachenkenntnis. Dabei muß zwangsläufig „weicher“ argumentiert werden, denn ein richtig oder falsch wie in der Modellwelt gibt es möglicherweise gar nicht. Wird dieser Umstand aber aufgedeckt und akzeptiert, muß nicht mehr auf das Pareto-Effizienz-Argument zurückgegriffen werden, das in der ökonomischen Analyse des Rechts den Anschein erweckt, mit der Genauigkeit im Sinne der Naturwissenschaften argumentieren zu können. Wird klar kommuniziert, in welchen Grenzen Aussagen getroffen werden, kann die ökonomische Analyse des Rechts dazu dienen, die bereits bekannten und benutzten Argumentationsfiguren, die ohnehin im ökonomischen Gedankengut anzusiedeln sind, zu rationalisieren und sie daher für die Anwendung besser verständlich zu machen. Das Ergebnis aus diesen Überlegungen muß gemeinsam mit Argumenten anderen Ursprungs, etwa verteilungs- oder sozialpolitischen Ideen abgewogen werden, und als ein Bestandteil in die endgültige Lösungsfindung eingehen. Die definitive Entscheidung muß schließlich aus einem Zusammenwirken der verschiedensten Argumente entstehen und ist in ihrer letzten Grundlage häufig ein Zusammenspiel aus juristischen, politischen und moralischen Erwägungen. Die ökonomische Analyse des Rechts kann nicht mehr und sollte auch nicht mehr als einen Beitrag zu dieser endgültigen Entscheidung liefern. Sie muß ihre eigene Prämisse auch weiterhin kritisch hinterfragen und sich darüber im Klaren sein, daß der in einem – von Annahmen begrenzten - Rahmen erhobene

²¹⁰ Vgl. EIDENMÜLLER (1995), S. 78.

Absolutheitsanspruch an die Gültigkeit der mit Hilfe der Ökonomie gefundenen Ergebnisse sich nicht unbesehen auf die Rechtswissenschaften übertragen läßt und statt dessen immer in einem Bereich argumentiert wird, in dem es mehr darum geht, Probleme aufzuzeigen, als für diese konkrete Lösungen bereit zu halten.

4. Kapitel:

Ökonomische Analyse des Kreditausfallsrisikos

Im zweiten Kapitel wurden die wesentlichen Risiken beschrieben, die bei der Abwicklung bargeldloser Zahlungssysteme auftreten können. Dabei sind *Kreditausfallrisiken* zwischen Gläubigern und Schuldern in Form des *Antragsrisikos* und des *Zahlungsrisikos*, sowie *Drittrisiken*, die das mißbräuchliche Eingreifen einer externen Partei in das System voraussetzen, deutlich geworden.

In den folgenden zwei Kapiteln wird nach der Darstellung der Rechtslage eine ökonomische Analyse der Vertragsbeziehungen vorgenommen. Hierbei wird zu fragen sein, welche Partei das zu untersuchende Risiko tragen sollte, damit eine möglichst effiziente Allokation gewährleistet wird. Zu diesem Zweck werden nicht alle Risiken behandelt, sondern diejenigen herausgegriffen, die im täglichen Zahlungsverkehr die größte Relevanz haben. Im vierten Kapitel wird Mißbrauch des berechtigten Karteninhabers behandelt, während im fünften Kapitel Mißbrauch durch Dritte, nicht am System Beteiligte, Gegenstand der Untersuchung ist.

Zunächst wird das Antragsrisiko erörtert, anschließend mit dem Zahlungsrisiko fortgefahren. Bei der Diskussion des Zahlungsrisikos wird ein durch den Zahlenden verursachter Kreditausfall behandelt.²¹¹ Bei der Untersuchung der Drittrisiken im fünften Kapitel werden das Verlusts- und Diebstahlsrisiko behandelt.²¹²

²¹¹ Ausgeklammert wird der Fall einer betrügerischen Weitergabe der Kreditkarte an Dritte.

²¹² Ausgeklammert werden die Fälle des Mißbrauchs durch Vertragsunternehmen, Kartenorganisationen oder Banken, sowie die Fälle der Insolvenz derselben.

I. Relevante rechtliche Haftungsregelungen

1. Strafrechtliche Normen

Im deutschen Strafrecht existieren bislang keine speziellen Normen zur Regelung der besonderen Probleme bei Kreditkartenzahlungen.²¹³ 1986 wurden jedoch die §§ 263a und 266b StGB eingeführt und trugen dazu bei, wesentliche Unklarheiten zu beseitigen. Der Mißbrauch einer gestohlenen oder gefundenen Kreditkarte bei Verwendung an einem Automaten durch einen unberechtigten Dritten wird strafrechtlich nunmehr als sogenannter Computerbetrug gemäß § 263a StGB behandelt. Wird die Karte unberechtigterweise bei einem Vertragsunternehmen eingesetzt, macht sich der Täter gemäß § 263 StGB strafbar und muß sich außerdem, wenn er unautorisiert den Namen des berechtigten Karteninhabers auf dem Belastungsbeleg angibt, wegen Urkundenfälschung gemäß § 267 StGB verantworten. § 266b erfaßt außerdem die im Innenverhältnis abredewidrige Benutzung durch den berechtigten Karteninhaber.

Wird eine Kreditkarte nicht entwendet, sondern gefälscht, so tritt an die Stelle der Bestrafung nach § 242 StGB wegen Diebstahls bzw. § 263 StGB wegen Betrugs die Strafbarkeit nach § 267 StGB wegen Urkundenfälschung. Um vor Fälschungen so wirksam wie möglich abzuschrecken, soll außerdem § 152a StGB erweitert werden. Diese Norm hat eine Höchststrafe von 10 Jahren und erfaßt bisher nur das Fälschen von Euroschecks und Euroscheckkarten.

2. Zivilrechtliche Normen

In Deutschland gibt es bislang kein spezielles Gesetz zur Regelung des kartengebundenen Zahlungsverkehrs. Trotz der wachsenden Bedeutung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs und insbesondere des Instruments der Kreditkarte kam es bislang nicht zur Verabschiedung eines speziellen Kreditkartengesetzes. Auf europäischer Ebene ist man im Hinblick auf eine vollständige finanzielle Integration

²¹³ Vgl. TAUPITZ (1995), S. 43 ff..

schon lange an einer Harmonisierung der nationalen Gesetzgebungen interessiert.²¹⁴ Dies führte in Deutschland schließlich auch zur Umsetzung von Artikel 8 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz.²¹⁵ Die neu eingeführte Norm in § 676h BGB, *Missbrauch von Zahlungskarten*, regelt jedoch lediglich, was ohnehin Rechtsprechung war; nämlich, daß das kartenemittierende Kreditinstitut keinen Aufwendungsersatz vom Karteninhaber für die Verwendung von Zahlungskarten verlangen kann, wenn diese von einem Dritten mißbräuchlich verwendet wurden.

Erwähnt werden muß in diesem Zusammenhang allerdings die Stellung des *Verbraucherkreditgesetzes*, das in einigen Fällen auf die Kreditkartenzahlung Anwendung findet.²¹⁶ Hierbei sind insbesondere die folgenden Regelungen von Bedeutung: § 4 schreibt vor, daß der Vertrag eine ausführliche schriftliche Belehrung des Verbrauchers enthalten muß.²¹⁷ § 7 regelt das Widerrufsrecht des Verbrauchers und § 9 den Einwendungsdurchgriff.²¹⁸ § 11 enthält Vorschriften über Zinsbeschränkungen und Tilgungsanrechnungen.

²¹⁴ Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION (1986), 754 ENDG.; Mitteilung der Kommission an den Rat, Trümpfe für Europa: Neue Kartenzahlungssysteme. Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION (1997), 157 ENDG., Mitteilung der Kommission, Europäische Initiative für den elektronischen Geschäftsverkehr.

²¹⁵ Vgl. AMTSBLATT (1997), S. 19 ff..

²¹⁶ Das Verbrauchercreditgesetz wurde am 17.12.1990 erlassen und beruht auf einer Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über den Verbrauchercredit vom 22.12.1986.

²¹⁷ Hierbei sind insbesondere von Bedeutung:

§ 4 Nr. 1 c) [erforderliche Angaben bei Kreditverträgen im allgemeinen] die Art und Weise der Rückzahlung des Kredits oder, wenn eine Vereinbarung hierüber nicht vorgesehen ist, die Regelung der Vertragsbeendigung

§ 4 Nr. 1 d) den Zinssatz und alle sonstigen Kosten des Kredits, die, soweit ihre Höhe bekannt ist, im einzelnen zu bezeichnen, im übrigen dem Grunde nach anzugeben sind, einschließlich etwaiger vom Verbraucher zu tragenden Vermittlungskosten;

§ 4 Nr. 1 e) den effektiven Jahreszins oder, wenn eine Änderung des Zinssatzes oder anderer preisbestimmender Faktoren vorbehalten ist, den anfänglichen effektiven Jahreszins; zusammen mit dem anfänglichen effektiven Jahreszins ist auch anzugeben, unter welchen Voraussetzungen preisbestimmende Faktoren geändert werden können und auf welchen Zeitraum Belastungen, die sich aus einer nicht vollständigen Auszahlung oder aus einem Zuschlag zu dem Kreditbetrag ergeben, bei der Berechnung des effektiven Jahreszinses verrechnet werden;

²¹⁸ Unter *Einwendungsdurchgriff* versteht man bei mit einem Kreditvertrag verbundenen Kaufvertrag die Möglichkeit des Kreditnehmers die Rückzahlung zu verweigern wenn er berechnete Einwendungen aus dem Kaufvertrag geltend machen kann. Typisches Beispiel für einen solchen Kauf ist der Autokauf, der der Käufer mir Hilfe einer dem Autohändler angeschlossene Bank finanziert. In den USA habe die Konsumenten bei Kreditkartenkäufen die Möglichkeit durch den Einwendungsdurchgriff die Zahlung zu verweigern.

Die Anwendung des Gesetzes unterliegt freilich bestimmten Voraussetzungen, was seine Relevanz für die Kreditkartenzahlung deutlich einschränkt. Der Vertrag zwischen Karteninhaber und Emittenten muß sich nämlich als Kreditvertrag im Sinne der Definition des Verbrauchercreditgesetzes einordnen lassen. Das heißt es muß sich um einen *entgeltlich* durch einen Kreditgeber *im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit gewährten Kredit* oder aber durch einen *Kreditvermittler vermittelten Kredit* handeln.²¹⁹ Bei Abschluß eines Kreditkartenvetrages liegt der Fall jedoch oft anders.²²⁰ In der Praxis verschicken viele Kartenemittenten einmal pro Monat eine Rechnung über den zu leistenden Betrag, der von den Karteninhabern unmittelbar und zur Gänze bezahlt wird. Wird so verfahren, kommt es lediglich zu einer *unentgeltlichen Stundung* des Rechnungsbetrages von einem Monat oder etwas länger und die Voraussetzungen zur Anwendung des Verbrauchercreditgesetzes werden nicht erfüllt. In diesem Fall ist vielmehr § 3 I Nr. 3 VerbrKrG einschlägig, der Ausnahmen aufführt, in denen das Gesetz gerade *keine Anwendung* findet.²²¹ Außerdem wird der Zahlungsaufschub, der durch die Stundungsfunktion der Kreditkarte gewährt wird, nicht als *entgeltliche Kreditgewährung* angesehen und verhindert somit zusätzlich eine Anwendung des Gesetzes.²²²

In den letzten Jahren haben die Kartenemittenten verstärkt begonnen, eine Zusatzleistung anzubieten, die dem Karteninhaber zur Begleichung des monatlichen

²¹⁹ Vgl. VerbrKrG:

§ 1 Anwendungsbereich

- (1) Dieses Gesetz gilt für Kreditverträge und Kreditvermittlungsverträge zwischen einer Person, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit einen Kredit gewährt (Kreditgeber) oder vermittelt oder nachweist (Kreditvermittler), und einer natürlichen Person, es sein denn, daß der Kredit nach dem Inhalt des Vertrages für ihre bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit bestimmt ist (Verbraucher).
- (2) Kreditvertrag ist ein Vertrag, durch den ein Kreditgeber einem Verbraucher einen entgeltlichen Kredit in Form eines Darlehens, eines Zahlungsaufschubs oder einer sonstigen Finanzierungshilfe gewährt oder zu gewähren verspricht.
- (3) Kreditvermittlungsvertrag ist ein Vertrag, nach dem ein Kreditvermittler es unternimmt, einem Verbraucher gegen Entgelt einen Kredit zu vermitteln oder ihm Gelegenheit zum Abschluß eines Kreditvertrages nachzuweisen.

²²⁰ Vgl. TAUPITZ (1995), S. 47.

²²¹ Vgl. VerbrKrG:

§ 3 Ausnahmen

- (1) Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf Kreditverträge und auf Verträge über die Vermittlung oder den Nachweis von Kreditverträgen,...
 3. durch die dem Verbraucher ein Zahlungsaufschub von nicht mehr als drei Monaten eingeräumt wird.

²²² Vgl. MARTINEK (1993), S. 89.

Rechnungsbetrages einen Zahlungsaufschub einräumt.²²³ Der Karteninhaber kann dabei seinen Kreditrahmen *revolvierend* in Anspruch nehmen.²²⁴ Dabei tilgt er nur einen Teilbetrag seiner monatlichen Rechnung und nimmt einen weiteren Kredit in Anspruch, um die verbleibende Zahlung aufzuschieben.²²⁵ Bei diesem Verfahren handelt es sich nicht mehr um eine bloße Stundungsoption sondern um einen echten Kreditvertrag im Sinne des Gesetzes. Auf diese Form des Kartenvertrages ist das Verbraucherkreditgesetz daher auch anwendbar.

3. Allgemeine Geschäftsbedingungen

In Ermangelung umfassender zivilrechtlicher Regelungen²²⁶ für den Bereich der Kreditkartenzahlungen sind die *Allgemeinen Geschäftsbedingungen* der Kreditkartenunternehmen von größter Bedeutung. Diese sind in der Regel sehr umfangreich und detailliert und werden beim Vertragsabschluß dem Karteninhaber bzw. dem Vertragsunternehmen regelmäßig vom Emittenten gestellt.²²⁷ Die Wirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen wird nach §§ 305 ff. BGB (ehemals *Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG)* vom 9. Dezember 1976) geprüft, die einen Maßstab zur Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln liefern. Absicht einer solchen Inhaltskontrolle ist es zu verhindern, daß der Verwender der AGB's diese einseitig zu seinem Vorteil ausnutzt und damit der Vertragspartner, der diese, wegen der wirtschaftlichen Übermacht der Vertragsgegenseite, akzeptieren muß, ohne in Verhandlungen eintreten zu können, benachteiligt wird. In §§ 308 und 309 BGB werden explizit Beispiele für auszuschließende Klauseln aufgeführt. Zwei Drittel aller Rechtsstreitigkeiten über die Wirksamkeit von AGB's wird aber über die allgemeine Inhaltskontrolle des §307

²²³ Bei vielen Karten ist eine solche Funktion schon lange vorhanden, ohne daß der Karteninhaber sich darüber bewußt ist. Erst in den letzten Jahren konnten verstärkte Marketing-Maßnahmen beobachtet werden, so zum Beispiel die neu eingeführte *Blue Card* von AMERICAN EXPRESS.

²²⁴ Vgl. GLOYSTEIN (1998), S. 12 ff..

²²⁵ Nur Karten, die diese Zusatzleistung anbieten, werden dem Begriff nach als echte *Kreditkarten* verstanden. Karten, die diese Zusatzleistung nicht anbieten, sind streng genommen sogenannte *Charge cards*.

²²⁶ Vgl. oben unter I.2.

²²⁷ Ein Problem der wissenschaftlichen Durchdringung dieses Gebietes ist die Sichtung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Akquisiteure gegenüber den Vertragsunternehmen. Die Banken sind zur Herausgabe derselben nur selten bereit, so daß oft auf eine in der Sekundärliteratur abgedruckte Version zurückgegriffen werden mußte. Vgl. TAUPITZ (1995), Anhang, S. 309 ff..

BGB (ehemals Generalklausel § 9 AGBG) ausgetragen.²²⁸ Danach sind Klauseln im Wesentlichen unwirksam, wenn sie gegen die Gebote von Treu und Glauben verstoßen oder *mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren sind*. Eine Inhaltskontrolle nach § 307 fällt freilich schwer, wenn es keine ausdrückliche gesetzliche Regelung gibt, gegen die eine AGB-Klausel verstoßen könnte.²²⁹

Eben dies ist aber bei der Kreditkartenzahlung in Ermangelung einer definitiven rechtlichen Regelung der Fall. Gibt es keinen verbindlichen Maßstab, so hat auch die AGB-Kontrolle mit erheblichen Schwierigkeiten zu kämpfen, den Inhalt der Geschäftsbedingungen zu prüfen. Dabei wird es wichtig, trotz der fehlenden gesetzlichen Regelung gerade bei der Kreditkartenzahlung einen allgemeinen Maßstab zur Inhaltskontrolle zu finden – zur Formulierung eines solchen kann die ökonomische Analyse des Rechts daher wichtige Argumente liefern, wie im folgenden zu sehen sein wird.

²²⁸ Vgl. BGB § 305 ff. und insbesondere § 307:

- (1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.
- (2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung
 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder
 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

²²⁹ Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kartenemittenten haben sich allerdings in den letzten Jahren gezwungenermaßen als Reaktion auf verschiedene Gerichtsentscheidungen bereits teilweise verändert. So wurden zum Beispiel AGB-Klauseln für unwirksam erklärt, die pauschale Überziehungsgebühren festlegen oder dem Kartenemittenten das Recht einräumen, den Kartenvertrag jederzeit ohne wichtigen Grund fristlos zu kündigen. Vgl. BGH NJW-RR 1994, S. 1132 und BGHZ 125, S. 343.

In AGB eines Kreditkartenunternehmens sind Bestimmungen unwirksam, die
-pauschale Überziehungsgebühren für Fälle nicht fristgerechter Zahlungen festlegen,
-Zinspflichten, die durch die Überschreitung eines Zahlungsziels ausgelöst werden, auf davorliegende Zeiträume erstrecken oder
-dem Unternehmen die Befugnis einräumen, den Kreditkartenvertrag jederzeit ohne wichtigen Grund fristlos zu kündigen

II. Die Ökonomische Analyse

1. Das Antragsrisiko

a) Die Haftungsregelung

Beim Kartenantrag geben sowohl der Antragsteller als auch der Antragsbearbeitende eine *Willenserklärung* ab, die sich auf das Zustandekommen eines Vertrages richtet. Täuscht der potentielle Karteninhaber den Emittenten bei Antragstellung, beispielsweise über seine tatsächlichen finanziellen Verhältnisse, so kann der Emittent seine Willenserklärung gemäß § 123 I BGB anfechten. Dem Anfechtenden entsteht normalerweise gemäß § 122 I BGB eine Schadensersatzpflicht auf Ersatz des sogenannten *Vertrauensschadens*, der dem Erklärungsgegner entstanden ist, weil er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut hat. Diese Schadensersatzpflicht entsteht jedoch nicht, wenn, wie im vorliegenden Fall, der anfechtende Emittent *getäuscht* wurde. Nach erfolgreicher Anfechtung ist der Vertrag über den Kartenantrag gemäß § 142 I BGB *nichtig*. Hat der neue Karteninhaber bis dahin noch keine Rechnungen verursacht, wird der Vertrag problemlos rückabgewickelt und es entstehen keine weiteren gegenseitigen Verpflichtungen. Hat er aber bereits seine Karte eingesetzt und Käufe getätigt, stellt sich die Frage, wer für die verursachten Rechnungen aufzukommen hat.

Der Kartenemittent hat gegenüber dem Antragsteller, der ihn bei Vertragsschluß getäuscht hat, einen Erstattungsanspruch aus §§ 675 und 670 BGB für die vorgenommene Zahlung sowie Schadensersatzansprüche gemäß § 823 II BGB und § 826 BGB wegen rechtswidriger Täuschung. In der Regel werden diese Forderungen jedoch ins Leere laufen, wenn der Täuschende insolvent oder gar flüchtig ist.²³⁰

²³⁰ Vgl. TAUPITZ (1995), S. 189. Aus finanzierungstheoretischer Sicht stellt sich nun freilich die Frage, *wie* der Emittent zur Rückzahlung des von ihm gewährten Kredits oder sogar darüber hinaus zur Zahlung eines Schadensersatzes kommt. Lediglich sein Anspruch auf beides bedeutet freilich nicht, daß er das Geld auch tatsächlich erhält. Im Gegenteil. In den allermeisten Fällen wird es sich bei demjenigen, der mißbräuchlich in den Besitz einer Kreditkarte mit Kreditoption gekommen ist um

Weiter fragt sich, ob in derartigen Fällen das Vertragsunternehmen Ansprüche gegen den Emittenten auf Zahlung des Rechnungsbetrages hat. Immerhin ist der Vertrag des Emittenten mit dem Karteninhaber ja angefochten. In den AGB des Emittenten gegenüber dem Vertragsunternehmen (AGB-VU) finden sich keine expliziten Bestimmungen darüber, ob der Emittent im Falle eines angefochtenen Kartenantrags zur Zahlung an das Vertragsunternehmen verpflichtet ist. Der Vertrag zwischen Emittent, oder bei Personenverschiedenheit dem Akquisiteur, und dem Vertragsunternehmen muß jedoch gemäß §§ 133 und 157 BGB aus der Sicht des Empfängers ausgelegt werden. Diese Auslegung lautet nach herrschender Meinung, daß auch in Ermangelung einer ausdrücklichen Vorschrift das Vertragsunternehmen einen Anspruch auf eine Zahlung des Kartenemittenten hat. Schließlich tritt nur der Emittent bei der Antragstellung mit dem neuen Karteninhaber in Kontakt und verfügt auch als einziger über Möglichkeiten, dessen Bonität zu prüfen. Das Vertragsunternehmen muß daher darauf vertrauen können, daß der Kartenemittent bei Gewährung einer Karte die notwendige Sorgfalt walten läßt.

Bei Realisierung des Antragsrisikos trägt infolgedessen der Kartenemittent den Schaden, der durch unzutreffende Angaben zur Person oder zu Einkommens- und Vermögensverhältnissen beim Antrag und daraus resultierend einer irrtümlichen Gewährung der Kreditkarte entsteht. Auch wenn dem Emittent rechtlich ein Schadensersatzanspruch gegenüber dem Karteninhaber zusteht, so ist dies in den allermeisten Fällen bedeutungslos, da dieser zahlungsunfähig oder unauffindbar ist.²³¹

b) Die ökonomische Analyse

Im folgenden soll untersucht werden, ob die rechtliche Regelung des Antragsrisikos einer Prüfung auf Effizienz standhält oder ob gegebenenfalls eine alternative Lösung vorgeschlagen werden kann. Dabei wird zunächst ein Blick in die Realität geworfen

jemanden handeln, dessen man entweder ohnehin schwer habhaft wird, da möglicherweise bereits falsche Angaben zur Person gemacht wurden oder aber es liegt sowieso Insolvenz vor.

und erläutert, welche Reaktionen und Maßnahmen die rechtliche Zuweisung der Risiken seitens der Emittenten - als verantwortliche Träger des Antragsrisikos – hervorgerufen hat. Es wird deutlich werden, welche Strategien und Methoden zur Risikobewältigung eingesetzt werden. Diese sollen schließlich bewertet werden und daraufhin untersucht, ob sie aus ökonomischer Perspektive sinnvoll erscheinen. Darüber hinaus soll überlegt werden, welche anderen Instrumente – vor allem seitens der übrigen Parteien - eingesetzt werden können und ob diese möglicherweise geeigneter sind und im Rahmen einer alternativen rechtlichen Regelung zu einer effizienteren Allokation des Antragsrisikos führen können.

aa) Der Kartenemittent

Der Emittent ist derjenige unter den Parteien, der als einziger zum Zeitpunkt der Antragstellung im direkten Kontakt zum potentiellen Karteninhaber steht. Es liegt daher auf der Hand, daß er über die meisten Informationen bezüglich der Bonität der Karteninhaber verfügt bzw. diese von ihnen anfordern kann. Die Emittenten haben zur Gewinnung und Weiterverarbeitung dieser Informationen spezifische Instrumente entwickelt, wie im folgenden zu sehen sein wird.

Der Kartenantrag wird dabei verhältnismäßig standardisiert bearbeitet. Handelt es sich um ein erweitertes Drei-Parteien-System der Interbankenvereinigungen²³², so ist die Bank Emittent der Kreditkarte. Meist ist dies die Hausbank des Antragstellers, die diesen schon über einige Zeit als Kunden kennt und mit ihm einen Vertrag anhand vorgefertigter Standardformulare abschließt. In diesen Standardverträgen werden neben persönlichen Angaben und auszuwählenden Abrechnungsmodalitäten lediglich die Einwilligung des Antragstellers in die Schufa-Klausel erbeten.²³³

Mit Anerkennung der Schufa-Klausel willigt der Antragsteller ein, daß die Bank Daten über die „*Beantragung, den Abschluß und die Beendigung*“ des Kreditvertrages an die zuständige Schufa übermittelt. Die Schufa ihrerseits speichert

²³¹ Vgl. TAUPITZ (1995), S. 189.

²³² Vgl. 2. Kapitel I.2.bb).

²³³ Vgl. zum Beispiel VISA Card (Debit/Credit/Charge) Anträge oder Eurocard Anträge der Volks- und Raiffeisenbanken.

Daten, um den ihr angeschlossenen Instituten „*Informationen zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit von Kunden geben zu können*“. ²³⁴ Mit Abschluß des Antrags akzeptiert der Kunde die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Euro-Kartensysteme bei der Eurocard und die der jeweiligen Bank beim Beantragen einer Visa Karte.

Im einfachen Drei-Parteien-System ²³⁵ der kommerziellen Kartenunternehmen tritt der Antragsteller direkt mit der Kartenorganisation in Verbindung. Die Kartenanträge von AMERICAN EXPRESS für die Blue Card, die sich an ein jüngeres Publikum wendet, sind beispielsweise verhältnismäßig ausführlich. Sie fragen nach Geschäftsanschrift und Namen des Arbeitgebers, um mit diesem gegebenenfalls in Kontakt zu treten, sowie bestehendem oder früheren Kreditkartenbesitz, dem persönliches Bruttojahreseinkommen und eventuellem Haus- oder Wohnungseigentum. American Express ist darüber hinaus berechtigt, *beim Arbeitgeber, der Bank und anderen Stellen die für die Ausstellung und die Benutzung der Karte erforderlichen Auskünfte einzuholen*. ²³⁶ Bei Abschluß des Vertrages willigt der Antragsteller in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von American Express ein.

Diese in der Realität zu beobachtenden Methoden, Kunden durch das Abprüfen von bestimmten Eigenschaften zu filtern, stellen *Screening-Instrumente* dar, um das Problem der adversen Selektion zu entschärfen. ²³⁷ Die Idee des Screening ist, einen

²³⁴ Vgl. SCHUFA-KLAUSEL in jedem beliebigen Kartenantrag.

²³⁵ Vgl. dazu 2. Kapitel I.2.aa).

²³⁶ Vgl. AMERICAN EXPRESS Kartenantrag 2000/2001. In der britischen Ausgabe des Antrages wird darüber hinaus eine bestimmte Mindestdauer des Anstellungsverhältnisses gefordert. Dabei ist es tatsächlich ganz und gar üblich und selbstverständlich, daß der Kartenemittent beim Arbeitgeber Informationen über den Antragsteller einholt. Darüber hinaus ist für den Antragsteller eine sogenannte *Application Checklist* vor den eigentlichen Antrag geschaltet, die nur wenn fünf Fragen ausschließlich mit *Yes* beantwortet werden können eine Antragstellung weiterempfiehlt. Diese Fragen beinhalten Angaben zur Volljährigkeit, dem Einkommen, dem bestehenden Bankkonto und einem festen Wohnsitz in Großbritannien. Für die herkömmliche American Express Karte oder die American Express Gold Card werden im wesentlichen ähnliche Angaben verlangt, wobei das Einkommen allerdings nicht frei angegeben werden darf, sondern angekreuzt werden muß. Durch dieses Verfahren wird bereits eine Mindestgrenze für das Brutto-Jahreseinkommen gegeben, die bei 45000 DM liegt.

²³⁷ Einen kurzen Überblick über die behandelten Instrumente gibt BALTENSBERGER (1987), S. 716. Die Informationen zwischen dem Emittenten als potentiellm Kreditgeber und dem Kunden als potentiellm Kreditnehmer sind nicht symmetrisch verteilt, der Antragsteller hat einen Anreiz über seine wahren Vermögensverhältnisse zu täuschen, um in den Besitz einer Kreditkarte zu kommen. Der Kartenemittent muß bei seiner Kalkulation auch diese Risiken berücksichtigen – dies schlägt sich in einem hohen Zinssatz nieder, der für Benutzer mit niedrigem Risiko unattraktiv ist, für Benutzer mit hohem Risiko zwar angemessen, im Extremfall aber sogar irrelevant, da sie ohnehin nicht damit rechnen den Kredit zurückzuzahlen. Es werden daher hauptsächlich Benutzer mit hohem Risiko

zuverlässigen Indikator für die unbeobachtbare Höhe des Verlustrisikos zu finden.²³⁸ Die Ermittlung dieses Indikators ist mit Kosten verbunden, deren Hauptkomponente Personalkosten sind.²³⁹ Der Prinzipal, in Form des Emittenten, ist aktiv und versucht durch die vorgefertigten Standardformulare, die nach bestimmten Merkmalen der Antragsteller fragen, unter diesen die Benutzer mit hohem Risiko von den Benutzern mit niedrigem Risiko zu trennen bzw. diejenigen mit einer ganz und gar zweifelhaften Bonität herauszufiltern.²⁴⁰ Angesichts der Tatsache, daß es sich beim Emittenten oft um die Hausbank handelt, die ohnehin in genauer Kenntnis über die finanziellen Verhältnisse des Kunden ist, können bereits vorhandene Informationen kostenmindernd genutzt werden.²⁴¹

Das Instrument des *Screening* stellt eine effektive Möglichkeit zur Bewertung und Reduktion des Antragsrisikos dar, sofern eine Trennung unterschiedlich riskanter Benutzergruppen wenigstens ansatzweise realisierbar ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn die abgefragten Informationen auch nachprüfbar sind. Potentiell schlechte Kunden mit niedriger Bonität haben den Anreiz, falsche Informationen auszusenden, um in den Besitz einer Kreditkarte zu kommen. Dies wird dann möglich, wenn die abgegebenen Informationen von den antragsbearbeitenden Personen nicht einfach zu überprüfen sind. Alternativ kann die abgeprüfte Information die Eigenschaften eines *glaubwürdigen Signals* haben. In diesem Fall kann ein anderer, nicht über die notwendige Bonität verfügender Antragsteller die Information entweder gar nicht oder nur zu sehr hohen Kosten aussenden. Als ein Beispiel für ein glaubwürdiges

angezogen, was Benutzer mit niedrigem Risiko weiter daran hindert, einen Kreditkartenvertrag abzuschließen.

²³⁸ Vgl. MILDE (1987), S. 323.

²³⁹ Ein Beispiel für einen Screening-Prozeß liefert DEVINNEY (1986), S. 15 ff. DEVINNEY definiert die Wahrscheinlichkeit einen risikoarmen Kunden richtigerweise anzunehmen $\Omega_g=g(E)$ und einen risikoreichen Kunden richtigerweise abzulehnen $\Omega_b=b(E)$ als direkt bestimmt durch die Höhe der Ausgaben E, die die Bank auf den Screening-Prozeß verwendet.

²⁴⁰ Mit jedem Kunden einen individuellen Kreditvertrag auszuhandeln wäre bei positiven Verhandlungskosten zu teuer. Der Emittent muß daher auf standardisierte Kreditverträge zurückgreifen. MILDE, sieht die standardisierten Kreditverträge als zweiten Schritt nach einer vorausgehenden Kreditwürdigkeitsprüfung. In den gegenwärtigen Anträgen der Emittenten werden beide Schritte jedoch kombiniert, in dem die Bonitätsprüfung im Vertrag integriert ist. Vgl. MILDE (1987), S. 321 ff.

²⁴¹ Konkret zu beziffern sind Kosten mit Hilfe des Opportunitätskostengedankens: Die Zeit, die ein Mitarbeiter zur Bearbeitung eines Kartenantrages benötigt multipliziert mit einem durchschnittlichen Gehalt plus dem entgangenen Gewinn, der entstanden wäre, wenn sich der Mitarbeiter einer anderen Tätigkeit gewidmet hätte, sind als Kosten anzusetzen. Diese Zahl multipliziert mit der Anzahl emittierter Karten kann als Anhaltspunkt für die Kosten zur Vermeidung oder der richtigen Einschätzung des Antragsrisikos gelten.

Signal kann die Bereitschaft eines Karteninhabers, dem Emittenten eine Einzugsermächtigung für sein Konto bereitzustellen aufgefaßt werden. Derjenige Karteninhaber, dessen Konto immer oder in den allermeisten Fällen die notwendige Deckung zur Einlösung von Lastschriften aufweist, hat keinen Grund, eine solche Einzugsermächtigung zu verweigern. Derjenige Karteninhaber hingegen, dessen Kontodeckung nicht gewährleistet ist, wird eher zögern eine solche Ermächtigung zu gewähren, denn er muß fürchten, daß Lastschriften von der Bank zurückgewiesen werden, wenn sein Konto nicht die notwendige Deckung aufweist. Glaubwürdige Signale können auch der Nachweis über eine stetige Einkommensquelle über einen fest definierten Mindestzeitraum sein – der liquide Karteninhaber wird keine Mühe haben zu demonstrieren, daß eine bestimmte Summe regelmäßig auf seinem Konto eintrifft, während der Antragsteller mit „schlechtem“ Risiko dies – ist der Mindestzeitraum ausreichend lang definiert - nicht ohne weiteres in der Lage sein wird zu demonstrieren.

Der Emittent kann dem Antragsteller darüber hinaus verschiedene Kartentypen zur Auswahl stellen, die unterschiedliche Anforderungen an seine Bonität stellen und darauf beruhend verschieden ausgestaltete Servicespektren anbieten. Dieses Instrument ist das sogenannte *Screening via Selbstselektion*.²⁴² So bietet American Express beispielsweise die Gold Card mit einer höheren Jahresgebühr und hohem Kreditrahmen für besser verdienende Kunden und die Blue Card mit einer niedrigen Jahresgebühr und niedrigem Kreditrahmen für jüngere Kunden an. VISA wird von den Banken als Debit Card, Charge Card oder echte Kreditkarte angeboten.²⁴³ Banken führen risikoreichere Kunden dabei meist darauf hin, sich für die Debit oder Charge Cards zu entscheiden, die keine große Kreditanspruchnahme ermöglichen.²⁴⁴ Durch seine Bewerbung für eine der beiden Karten offenbart der Antragsteller Informationen über sein zukünftig geplantes Kreditverhalten. Ob seine

²⁴² Vgl. CLEMENZ (1986), S. 155 ff. und MILDE (1987), S. 323. Hier wird das Angebot einer Vielzahl von Kreditkontrakten durch die Bank als *Signalmodell* bezeichnet. Der Prozeß selbst, in dem die Bonität des Antragstellers aufgrund seiner öffentlichen Nachfragedemonstration rekonstruiert wird heißt aber *Selbstselektion*. Vgl. außerdem 2. Kapitel III.1.a).

²⁴³ Vgl. DIEMER (1999), S. 33 und VAN DEN BOSCH (1999), S. 12 ff..

²⁴⁴ Angaben eines Mitarbeiters der Cannstatter Volksbank gegenüber der Verfasserin. Hier muß angemerkt werden, daß freilich die Einführung zusätzlicher Kartentypen für den Emittenten auch zusätzliche Verwaltungskosten verursacht, da mehr Standardverträge ausgearbeitet werden müssen. Diese Kosten werden vom Emittenten naturgemäß wieder überwält, so daß sie in eine Kalkulation miteinbezogen werden müssen.

Bonität ausreichend ist - denn die Karte mit höherem Kreditrahmen stellt auch einen höheren Anspruch an die finanzielle Möglichkeiten des Antragstellers - muß freilich trotzdem noch vom Emittenten geprüft werden, so daß hier keine reine Selbstselektion vorliegt.

Indem der Emittent die Instrumente des einfachen Screening, des Screening via Selbstselektion und des Signaling miteinander verbindet, kann das Antragsrisiko weiter vermindert werden, bzw. besser eingeschätzt werden.²⁴⁵ Normalerweise muß der Emittent jeden Antragsteller dem gesamten Screening-Prozeß unterziehen. Schaltet er jedoch eine Selbstselektion der Antragsteller durch das Angebot unterschiedlicher Karten vor, kann er sich beim Screening auf diejenigen konzentrieren, die sich selbst durch entsprechendes Nachfrageverhalten als Benutzer mit niedrigem Risiko eingestuft haben. Die Benutzer mit hohem Risiko hingegen müssen mit stark standardisierten Mischverträgen vorliebnehmen. Diese Mischverträge sollen den risikoarmen Kunden nicht angeboten werden, da diese ansonsten überhöhte Kosten durch die Mitfinanzierung der risikoreichen Kunden zu tragen haben, was wiederum zu einem adversen Selektions-Problem führt. Da bei den risikoarmen Kunden der Aufwand, einen individuelleren Vertrag auszuhandeln, gerechtfertigt ist, müssen also nur diese Kunden getestet werden. Damit potentielle Kunden sich nicht fälschlicherweise als risikoarm bezeichnen, um in den Genuß eines differenzierteren Vertrages zu kommen, müssen die Informationen, die der Kunde preisgibt, wiederum nachprüfbar sein oder die Eigenschaften eines glaubwürdigen Signals besitzen.

Mit den geschilderten Instrumenten des Screening und der Selbstselektion verfügt der Kartenemittent über - je nach deren Einsatz und Funktionstüchtigkeit - wirksame Instrumente, das durch versteckte Information entstehende Antragsrisiko zu reduzieren. Die Kosten, die durch diese Instrumente verursacht werden, können vom Emittenten – abhängig von seiner Wettbewerbsposition im Markt – in die Kalkulation einbezogen und so auf den Karteninhaber überwältzt werden.

²⁴⁵ Vgl. MILDE (1987), S. 324 f. Zur Definition des Signaling vgl. 2. Kapitel III.1.a).

Verzehrt die durch diese Instrumente erreichte Reduktion des Antragsrisikos nicht mehr Ressourcen als die mögliche Realisierung des – und wohlgernekt nur des durch die Prüfinstrumente identifizierten und eliminierten - Antragsrisikos Schaden verursachen würde, so lohnt es sich für den Emittenten, diese einzusetzen. Hier muß betont werden, daß der Emittent bei der Abwägung von Kosten und Nutzen durchaus zu dem Ergebnis kommen kann, daß er auf strenge Bonitätskriterien und/oder eine intensivere Prüfung der Anträge verzichtet, nämlich immer dann, wenn die Kosten in Form von administrativen Kosten und vor allem auch in Form von Opportunitätskosten durch entgangene Umsätze von abgelehnten Kartenanträgen nicht durch zusätzliche Erträge abgedeckt wären. Aus den U.S.A. wird berichtet, daß Kartenemittenten gar bewußt versuchen, Kunden mit hohem Risiko durch entsprechende Marketingmaßnahmen und Vertragsgestaltungen anzusprechen – ein Indiz dafür, daß die Übernahme dieses Risikos durch entsprechende zusätzliche Erträge lohnend ist.²⁴⁶

Kommt der Vertrag aber nach der Risiko-Ertrags-Abwägung des Emittenten schließlich zustande, wird das – verbleibende und sich realisierende – Antragsrisiko gestreut und schlägt sich in der Kalkulation als ein Bestandteil der Risikokosten nieder, die durch die Zinsbelastungen und Jahresgebühren aller Karteninhaber abgedeckt werden müssen. Das Risiko, einem Kartenantrag fälschlicherweise zuzustimmen und Gefahr zu laufen, daß der Antragsteller hinterher einen Kreditausfall verursacht, ist ein *unsystematisches* Risiko. Es ist sachspezifisch und haftet dem einzelnen Kreditengagement an und kann daher – sind die Kreditengagements nicht vollkommen positiv korreliert - durch Diversifikation verringert werden.²⁴⁷

²⁴⁶ Vgl. dazu insbesondere AUSUBEL (1991), S. 52 ff..

²⁴⁷ Gemäß des *Capital Asset Pricing Model* ist nicht das gesamte *Risiko* einer Anlage für die Bewertung relevant, sondern nur der Teil, der sich durch Diversifikation nicht eliminieren läßt. Die sogenannten *unsystematischen* oder *idiosynkratischen Risiken* einer Investition können durch Diversifikation verringert werden, die *systematischen* oder *aggregierten Risiken* sind bewertungsrelevant und werden am Markt durch eine Risikoprämie abgegolten. Unsystematische Risiken sind alle *sachspezifischen* Risiken einer Anlage, die bei steigender Anzahl von Finanztiteln bis auf Null reduziert werden können. Unsystematische Risiken werden am Kapitalmarkt nicht prämiert. Systematische Risiken hingegen sind alle Risiken, die *den gesamten Markt betreffen* und daher von Diversifikationseffekten unberührt bleiben. Vgl. SCHMIDT/TERBERGER (1997), S. 343 ff., vgl. SCHMIDT-WILKE (1998), S. 20 ff. und MULLINS (1982) Tabelle S. 106. Für umfassende Beiträge vgl. MULLINS (1982), S. 105 ff., MONTGOMERY/SINGH (1984), S. 181 ff., DICHEV (1998), S. 1131 ff. oder kritisch DE BONDT/THALER (1989), S. 189 ff.. Werden aber Informations – und Anreizprobleme berücksichtigt, gelten die Aussagen des CAPM nicht mehr ohne Einschränkung, da die entscheidende

Im folgenden muß nun aber gefragt werden, ob es sinnvoll ist, Teile des Antragsrisikos in einer Weise auf das Vertragsunternehmen oder den Karteninhaber zu überwälzen, die bei diesen bewußt Anreize zur Reduktion des Risikos setzt oder, anders formuliert, welche Instrumente zur Risikobewältigung auf Seite der anderen Parteien denkbar sind.

bb) Das Vertragsunternehmen

Soll abgeprüft werden, ob Teile des Antragsrisikos sinnvollerweise auf das Vertragsunternehmen überwält werden können, stellt sich als erstes die Frage, ob und wie das Vertragsunternehmen überhaupt ex ante auf die Bonitätsprüfung eines Antragstellers Einfluß nehmen kann.

In den Fällen der Interbankenvereinigungen VISA und Eurocard/Mastercard, die den Großteil des Kreditkartenmarktes abdecken, sind Akquisiteur und Emittent personenverschieden. Während der Akquisiteur das Vertragsunternehmen anwirbt, gibt der Emittent die Karte nach erfolgreicher Antragstellung aus.²⁴⁸ Anders liegt der Fall bei den kommerziellen Kartenorganisationen Diners Club und American Express, die zusammen ungefähr 10% des gesamten Marktvolumens in Deutschland ausmachen.²⁴⁹ Hier sind Emittent und Akquisiteur in einer Institution vereint.

Tritt das Vertragsunternehmen nur mit dem Akquisiteur in Kontakt und nicht mit dem Emittenten, ist es nicht einmal auf indirektem Wege an der Antragstellung beteiligt. In jenen Fällen, in denen der Emittent auch gleichzeitig der Akquisiteur ist, ist es ebenfalls nicht sehr wahrscheinlich, daß das Vertragsunternehmen mit dem Antragsteller überhaupt Verbindung aufnehmen kann. Der Emittent entscheidet allein über den Antrag des potentiellen Karteninhabers. Die Möglichkeit, daß ein

Voraussetzung ein vollkommener und vollständiger Kapitalmarkt ist. Gäbe es diese Problematik nicht, könnte alle Antragsrisiken vollkommen diversifiziert werden und würden sich in einem entsprechenden – genau richtig kalkulierten – Zinssatz niederschlagen.

²⁴⁸ Zum typischen Ablauf eines Vertragsabschlusses zwischen Kartenorganisation, Akquisiteur und Vertragsunternehmen, vgl. EUROCARD (1998), S. 1 ff..

²⁴⁹ Vgl. EUROCARD (1998), S. 1 ff..

Vertragsunternehmen auf die Antragstellung Einfluß nimmt, erscheint daher nahezu unmöglich.

Denkbar ist allenfalls, daß bestimmte Gruppen von Vertragsunternehmen versuchen, Einfluß auf das Marktsegment zu nehmen, in dem potentielle Karteninhaber angesprochen werden. So könnte eine exklusive Bekleidungskette zum Beispiel durch oder mit Hilfe einer Kartenorganisation versuchen, bewußt einkommensstarke Kunden anzusprechen, indem Haltern dieser exklusiven Karten etwa besondere Serviceleistungen angeboten werden. So kann auch die Entwicklung sogenannter *Co-Branding* Karten verstanden und als empirisches Indiz gedeutet werden.²⁵⁰

Für die Übernahme eines Teils des Antragsrisikos durch das Vertragsunternehmen könnte sprechen, daß auch das Vertragsunternehmen in der Lage wäre, einen entstehenden Schaden zu diversifizieren. Doch dürften die Möglichkeiten zur Diversifikation deutlich schlechter ausgeprägt sein als beim Emittenten. Da hinzu kommt, daß eine Risikobelastung des Vertragsunternehmens auch als Anreizinstrument sinnlos ist, da er in der Regel an der Auswahl der erfolgreichen Antragsteller gar nicht beteiligt ist, ergibt die Betrachtung des Vertragsunternehmens keinen Anlaß, an der Sinnhaftigkeit der Belastung des Emittenten mit dem Antragsrisiko zu zweifeln.

Allerdings könnte angesichts der vorhandenen Zuweisung des Risikos das Vertragsunternehmen an einer oberflächlicheren Antragskontrolle durch den Emittenten durchaus interessiert sein. Denn werden insgesamt mehr Kreditkarten vergeben, bedeutet dies ein höheres Potential für ein Umsatzwachstum der Händler.²⁵¹ Diese höheren Umsätze sind freilich bei geringerer Antragskontrolle mit einem höheren Kreditausfallrisiko „erkauft“. Es kann allerdings kaum davon

²⁵⁰ Co-Branding Karten sind zum Beispiel die *Lufthansa Miles & More Kreditkarte* oder der *Lufthansa Senator Kreditkarte*. In der Textilindustrie existiert beispielsweise die *Ludwig Beck VISA Karte* des Münchner Kaufhauses Ludwig Beck. Vgl. SCHÖCHLE (1992), S. 145. Die Haftungsfrage ist in diesem Fall sehr interessant. Es müßte genau untersucht werden, wie weitreichend das Unternehmen an der Antragsbearbeitung beteiligt ist, und welche Instrumente es einsetzen kann.

²⁵¹ Nach einer Umfrage der GfK im Textilhandel suchen 34% der Kunden eine Geschäft danach aus, ob es ihre Kreditkarte akzeptiert, 96% haben die Kreditkarte immer dabei um für Spontankäufe gerüstet zu sein. Im Durchschnitt werden außerdem 32% höhere Umsätze mit der Karte getätigt als bei normalen Käufen. Vgl. GfK (1998), S. 1 ff.. Die Ergebnisse dieser Studie wurden allerdings kritisch beurteilt und für die Auswahl des Befragten-Kreises kritisiert. Vgl. O.V. (1998), S.8. Dennoch kann davon ausgegangen werden, daß sie einen Anhaltspunkt zur Beurteilung des Kaufverhaltens geben.

ausgegangen werden, daß Kreditinstitute dazu bereit wären, solche Karten zu emittieren, wenn dieses Risiko auf sie selbst in Form des Antragsrisikos zurückkäme, während andere, nämlich die Vertragsunternehmen, in Form höherer Umsätze davon profitieren.

Insofern wäre es allenfalls denkbar, daß eine spezielle Karte eingeführt wird, die bewußt auf besondere Anforderungen an die Bonität des Kunden verzichtet, deshalb sehr einfach erworben werden kann und aber zur Gewährleistung einer minimalen Sicherheit mit einem vergleichsweise niedrigen Kreditlimit ausgestattet ist. Solche Karten könnten möglicherweise sogar von anderen Unternehmen als Kreditinstituten und Kartenorganisationen ausgegeben werden, da die Prüfung des Antrags selbst kein spezielles Know how verlangt - gegebenenfalls sogar an externe Dienstleister delegiert werden kann - und das Risiko, daß Zahlungsausfälle aufgrund einer mangelnden Prüfung der im Kartenantrag verlangten Informationen eintreten, entsprechend gering ist. Das heißt natürlich nicht, daß das Risiko von Kreditausfällen gering ist, denn je einfacher und unkontrollierter der Erwerb einer Karte ist, desto höher ist das Risiko, einen Antrag zu gewähren, der von einem Kreditausfallkandidaten gestellt wird. Dieses Risiko wird jedoch bewußt in Kauf genommen, um die Vorteile einer weiten Verbreitung der Karte zu nutzen. Es ist durchaus denkbar, daß sich für eine solche Karte ein großer Markt bildet; allerdings dürfte sich ein Emittent nur dann zur Herausgabe solcher Karten bereit finden, wenn die Zuweisung des höheren Kreditausfallrisikos derart geregelt ist, daß derjenige, der den Vorteil aus solchen Karten zieht - nämlich das Vertragsunternehmen via gestiegene Umsätze - auch mit diesem Risiko belastet wird.

Tatsächlich kann die *ec-Karte*, die in Deutschland die weitaus verbreitetste Zahlungskarte darstellt, als eine Karte solchen Typs gedeutet werden. Eine *ec-Karte* erhält nahezu jedermann, der über ein Girokonto verfügt. Rechtlich ermächtigt der *ec-Karteninhaber* bei Gebrauch der Karte das Vertragsunternehmen durch seine Unterschrift auf dem Rechnungsbeleg *widerruflich* eine Lastschrift einzuziehen, wenn dieses einfachste und häufigste Abwicklungsverfahren gewählt wird.²⁵² Nach der in

²⁵² Die Zahlung kann auch mit Hilfe eines elektronischen Terminals abgewickelt werden, dazu ist die Eingabe des sogenannten PIN Codes (Personal Identification Number) erforderlich. Die Anschaffung

der Jurisprudenz herrschenden *Genehmigungstheorie*, kann der Karteninhaber der erfolgten Abbuchung frei widersprechen, solange er den Zahlungsvorgang noch nicht ausdrücklich genehmigt hat. Einigkeit herrscht darüber, daß das Widerspruchsrecht zeitlich unbegrenzt ist. Gestritten wird allerdings darüber, wann bei Fehlen einer ausdrücklichen Genehmigung eine *konkludente Genehmigung* der Abbuchung anzunehmen ist.²⁵³ Im Ergebnis muß das Vertragsunternehmen aber damit rechnen, daß es bei der Lastschriftzahlung *keine Garantie* des Emittenten auf Zahlung des Rechnungsbetrages erhält, womit das Risiko, den ausstehenden Rechnungsbetrag nicht zu erhalten, nicht beim Emittenten der Karte, sondern beim Vertragsunternehmen liegt. Entscheidungsrelevant für die Übernahme dieses Risikos ist daher der erwartete Netto-Umsatzzuwachs für das Vertragsunternehmen.²⁵⁴ Ein Vertragsunternehmen sieht sich bei Akzeptanz der Karte der folgenden Kosten-Nutzen-Abwägung gegenüber: die mögliche Umsatzsteigerung muß den dafür entstehenden Kosten gegenüber gestellt werden. Sind die Informationskosten zur Kalkulation des Risikos ausreichend klein, ebenso wie der relative Schaden selbst, und sind die Möglichkeiten, das Risiko über zahlreiche Käufer in befriedigender Weise zu streuen, groß genug, so kann für das Vertragsunternehmen die Existenz solcher Karten durchaus lohnend sein.

Die weite Verbreitung der ec-Karte zeigt deutlich, daß dieses Kalkül der Händler zugunsten der Karte ausgeht. Die Emittenten sind an einer solchen Regelung ebenfalls interessiert, da sie eine erhebliche Steigerung der Zahl herausgegebener Karten erreichen können, was zur Realisierung von Skalenvorteilen führt. Gleichzeitig müssen aber zu dieser Steigerung keine zusätzlichen Kosten des Kreditausfallrisikos einkalkuliert werden, da dieses von den Vertragsunternehmen getragen wird.

Allerdings spricht das Beispiel der ec-Karte nicht gegen die Effizienz der gesetzlichen Zuordnung des Antragsrisikos auf den Emittenten, denn das Risiko des

und Unterhaltung eines solchen Terminals ist aber kostspielig und dieser daher bei weitem nicht überall anzutreffen.

²⁵³ Vgl. HADDING (1975) S. 375 und WIMMER-LEONHARDT (1996) S. 36 ff..

²⁵⁴ Dieser hängt in erster Linie vom Kaufverhalten der Kartenbesitzerschicht ab. Werden hauptsächlich geringwertige Güter erworben, wird der Umsatzzuwachs geringer sein, bei hochwertigen, teuren Gütern größer. Beide Entwicklungen finden ihre gegenteilige Entsprechung allerdings in der Kostenseite: je geringer der durchschnittliche Transaktionswert, desto niedriger ist auch der Erwartungswert des Schadens. Die anfallenden Kosten auf der anderen Seite sind der Verlust, der dem Unternehmen bei Realisierung des Antragsrisikos durch den Zahlungsausfall entsteht.

Zahlungsausfalls kommt nicht in Form des Antragsrisikos, sondern in juristisch anderer Form auf das Vertragsunternehmen zurück. Das Beispiel der ec-Karte zeigt aber, und dies kann auch für andere Karten gelten, daß es für alle Beteiligten eines Kartensystems durchaus vorteilhaft sein kann, die Ansprüche an die Bonität von Karteninhabern bewußt niedrig zu halten, weil die hierdurch entstehenden zusätzlich erwarteten Zahlungen größer sind als die Kosten der zusätzlich entstehenden Kreditausfälle.²⁵⁵

Bezüglich des Antragsrisikos ist insofern festzuhalten: Die Möglichkeiten des Vertragsunternehmens, Teile des Antragsrisikos zu übernehmen, sind begrenzt und - weitaus wichtiger – durch eine Belastung mit diesem Risiko können keine zusätzlichen Anreize geschaffen werden, die zur Verminderung des Antragsrisikos beitragen. Eine Beteiligung des Vertragsunternehmens am Antragsrisiko erscheint daher nicht sinnvoll.

cc) Der Karteninhaber

Abschließend muß nun noch untersucht werden, welche Möglichkeiten es für den Karteninhaber gibt, seine eigene Antragstellung zu beeinflussen. Wie bereits angesprochen, ist denkbar, daß ein potentieller Antragsteller versucht, Signale über seine Bonität auszusenden, indem er Auskunft über seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse gibt. Möglich ist auch, daß Angaben über den Beruf oder das Halten anderer Kreditkarten eine erste Vorstellung über seine finanziellen Umstände vermitteln.²⁵⁶ Zu einer solchen Aussendung hat der Antragsteller auch einen Anreiz, denn je mehr Signale er bereitstellt, desto höher die Wahrscheinlichkeit, in den Besitz der erwünschten Kreditkarte zu kommen. Freilich gilt auch hier, daß die ausgesendeten Signale bzw. bereitgestellten Informationen glaubwürdig sein müssen, daß heißt von einem Antragsteller, der nicht über die notwendige Bonität verfügt, gar nicht, oder nur unter sehr hohem Kostenaufwand bereitgestellt werden können. Der

²⁵⁵ Ein solches Verhalten kann etwa in den USA beobachtet werden, vgl. AUSUBEL(1991), S. 50 ff..

²⁵⁶ Üblich sind derartige Angaben in den Standardantragsformularen aller gängigen Karten. Wenn dies von der Kartenorganisation abgefragt wird, ist dies jedoch eher deren Initiative zuzurechnen und wird als *Screening* aufgefaßt. Vgl. oben unter 1.b)aa).

Karteninhaber sollte also durch entsprechende Prüfinstrumente bewußt dazu angehalten werden, glaubwürdig zu informieren.

Eine besondere Rolle spielen hier sicherlich die Sanktionsmöglichkeiten, die bei der Übersendung bewußt falscher Informationen bestehen und für den Antragsteller, der eine Vorspiegelung falscher Tatsachen erwägt, als Abschreckung wirken. Zivilrechtlich hat der Kartenemittent gegenüber dem Antragsteller, der ihn bei Vertragsschluß getäuscht hat, einen Erstattungsanspruch aus §§ 675 und 670 BGB für die vorgenommene Zahlung sowie Schadensersatzansprüche gemäß § 823 II BGB und § 826 BGB wegen rechtswidriger Täuschung. Der Karteninhaber selbst macht sich nach § 263 StGB wegen Betrugs strafbar. Je nach Höhe der entstandenen Schadenssumme, und je nach dem, ob es sich um ein einmaliges Vergehen oder einen Wiederholungstäter handelt, kommen Geldstrafen und im äußersten Fall sogar Gefängnisstrafen in Frage. Selbst wenn der Täter jedoch lediglich mit einer Geldstrafe zu rechnen hat, so ist er doch zukünftig vorbestraft, was beispielsweise die Fortsetzung seines bisherigen Berufslebens unter Umständen erheblich beeinträchtigen kann. Darüber hinaus muß der Karteninhaber mit einer bedeutend erschwerten Aufnahme jeglicher Kreditbeziehungen in der Zukunft rechnen. Der Sachverhalt einer betrügerischen Antragstellung wird vom Emittenten an die Schufa weitergeleitet, die diese Information bei jeder Standardanfrage preisgibt.

Das Ergebnis der ökonomischen Analyse des Antragsrisikos stimmt nach diesen Überlegungen mit der rechtlichen Haftungsregel überein: nachdem das Antragsrisiko durch Screening und Signaling entschärft werden kann, führt eine Übernahme des Restrisikos durch den Kartenemittenten zu einem ökonomisch wünschenswerten Ergebnis. Zusätzlich wirken Sanktionsmöglichkeiten als Abschreckung für den Antragsteller.

2. Das Zahlungsrisiko

a) Zahlungsausfall durch Insolvenz des Karteninhabers

aa) Die Haftungsregelung

Kreditkarteninhaber können auf verschiedene Weise insolvent werden. Dies kann einerseits von ihnen unverschuldet geschehen, etwa durch unvorhergesehene Ereignisse, wie Arbeitslosigkeit oder Krankheit, die unter Umständen finanzielle Not auslösen. In vielen Fällen tätigen Karteninhaber aber auch mit ihrer Kreditkarte Käufe, obgleich sie wissen oder zumindest davon ausgehen können, für die Schulden bei Rechnungsstellung durch den Kartenemittenten nicht aufkommen zu können.

Grundsätzlich hat der Kartenemittent einen Anspruch auf Aufwendungsersatz gemäß §§ 670 und 675 BGB gegen den Karteninhaber. Ist dieser aber insolvent, wird der Emittent im Regelfall gemäß einer Quote aus der verbleibenden Vermögensmasse unter Berücksichtigung aller anderen Gläubiger entschädigt.²⁵⁷ Daher wird er meist leer ausgehen. Der Karteninhaber macht sich zwar gemäß § 823 II BGB in Verbindung mit einem strafrechtlichen Schutzgesetz, §§ 263a, 266b StGB gegenüber dem Kartenemittenten schadensersatzpflichtig.²⁵⁸ Freilich stellt sich auch hier wieder die Frage, wieviel der Kartenemittent von einem insolvent gewordenen Karteninhaber erwarten kann.

Erwähnt werden kann an dieser Stelle das gegenwärtig reformierte Verbraucherinsolvenzverfahren, §§ 304 ff. InsO, das dem privaten Schuldner erstmals ermöglicht, sich von der sogenannten Restschuld gänzlich zu befreien.²⁵⁹ Das Verfahren verläuft in drei Stufen: Der Schuldner hat zunächst eine außergerichtliche Einigung mit seinen Gläubigern zu versuchen, wobei er dabei von einer Schuldnerberatungsstelle, einem Rechtsanwalt oder einer vergleichbar

²⁵⁷ Dies gilt nur dann nicht, wenn zum Beispiel besondere Vereinbarungen, wie beispielsweise Sicherheiten, mit der kartenemittierenden Bank, vorliegen.

²⁵⁸ Vgl. TAUPITZ (1995), S. 190 f..

geeigneten Person unterstützt wird. Misslingt dieser Einigungsversuch, folgt das gerichtliche Insolvenzverfahren. In einem ersten Abschnitt kann das Gericht nochmals versuchen, auf der Grundlage eines vom Schuldner vorgelegten Schuldenbereinigungsplans eine Einigung zwischen Gläubigern und Schuldnern herbeizuführen. Kommt aber auch der Schuldenbereinigungsplan nicht zustande oder erscheint die Durchführung des gerichtlichen Schuldenbereinigungsplanverfahrens von vornherein aussichtslos, wird ein sogenanntes vereinfachtes Insolvenzverfahren durchgeführt. Wenn der Schuldner anschließend in einer Frist von sechs Jahren seine Gläubiger bestmöglich befriedigt, wird er von seinen restlichen Verbindlichkeiten gänzlich befreit. Verfügt der Schuldner freilich in dieser Zeitspanne über keine Mittel, so kann er seine Gläubiger auch nicht befriedigen. Die Neuordnung des Insolvenzverfahrens für Verbraucher ändert somit an der Verantwortlichkeit des Emittenten grundsätzlich nichts.

Weiter fragt sich, ob das Vertragsunternehmen Ansprüche gegenüber dem Emittenten auf Zahlung des Rechnungsbetrags hat. Unabhängig davon, ob das vertragliche Verhältnis zwischen Händler und Kartenemittent als *Forderungskauf* oder als *abstraktes Schuldversprechen*²⁶⁰ behandelt wird, hat der Kartenemittent das Bonitätsrisiko des Karteninhabers gegenüber dem Vertragsunternehmen übernommen und muß für diesen eintreten. Hat das Vertragsunternehmen die ihm in den AGB-VU auferlegten Sorgfaltsanforderungen ordnungsgemäß erfüllt, muß der Kartenemittent die Schuld des Karteninhabers also in jedem Fall begleichen.²⁶¹

Schließlich wird noch diskutiert, ob ausnahmsweise eine Bonitätsprüfung des Karteninhabers durch das Vertragsunternehmen vorzunehmen ist, da dieses möglicherweise in den Bereich seiner Sorgfaltspflichten fällt, wenn etwa Anhaltspunkte für eine Insolvenz des Karteninhabers vorliegen.²⁶² Eine solche

²⁵⁹ Vgl. BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ (2002).

²⁶⁰ Vgl. zur Erläuterung des vertraglichen Verhältnisses zwischen Vertragsunternehmen und Kartenemittent 2. Kapitel II.

²⁶¹ Vgl. für Beispiele AGB-VU AMERICAN EXPRESS Nr. 3: ...*„American Express verpflichtet sich, die elektronisch oder durch Übersendung der Belastungsbelege angebotenen Forderungen zum Nennwert abzüglich der Servicegebühr gemäß den vorliegenden Bedingungen anzukaufen...“*

AGB-VU DINERS CLUB Nr. 3: *„Diners Club garantiert die Erfüllung aller sofort fälligen Zahlungsanforderungen des Vertragsunternehmens gegen Karteninhaber aus Lieferungen und Leistungen...“*.

²⁶² Vgl. TAUPITZ (1995) S. 195 ff..

Prüfungspflicht des Vertragsunternehmens wird jedoch stets verneint, da dem Vertragsunternehmen nicht bei einem bloßen Verdacht auf Zahlungsunfähigkeit zugemutet werden kann, die Bonität des Kunden zu prüfen, zumal ihm der Emittent gerade diese Sorge abzunehmen hat.²⁶³ Nur wenn das Vertragsunternehmen einmal grob fahrlässig handelt oder gar in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit ist und das Geschäft trotzdem abwickelt, kann ein Anspruch des Kartenemittenten bejaht werden. In diesem Zusammenhang sind insbesondere Fälle des kollusiven Zusammenwirkens zwischen Vertragsunternehmen und Karteninhaber interessant, in denen Händler und Karteninhaber vorsätzlich zusammenarbeiten und Käufe „auf Rechnung des Emittenten“ abwickeln. Um seinen Anspruch geltend zu machen, muß der Emittent eine bewußte Zusammenarbeit jedoch beweisen. Dies verursacht hohen administrativen Aufwand, so daß über eine tatsächliche Durchsetzung des Anspruchs aus der Sicht des Emittenten im Einzelfall entschieden werden muß.

Kommt es also deswegen zu einem Zahlungsausfall, weil der Karteninhaber seinen Zahlungsverpflichtungen nicht mehr nachkommen kann, trägt der Kartenemittent das Zahlungsrisiko. Zwar steht ihm ein Schadensersatzanspruch gegenüber dem Karteninhaber zu, bei diesem kann aber in der Regel davon ausgegangen werden, daß er ins Leere läuft, da Insolvenz vorliegt.

bb) Die ökonomische Analyse

Ist der Karteninhaber erfolgreich in den Besitz einer Kreditkarte gelangt, besteht für ihn ex post ein Anreiz zu vertragsbrechendem Verhalten, indem er Leistungen über den Verfügungsrahmen seiner Karte hinaus in Anspruch nimmt. Dies kann der Fall sein, wenn der Karteninhaber in zunehmendem Maße Kredite in Anspruch nimmt, obwohl er sich über seine Rückzahlungsmöglichkeiten nicht im Klaren ist, und schließlich, bevor es zur Begleichung der Rechnung gekommen ist, insolvent wird. Zur Zahlungsunfähigkeit kann es freilich auch durch unvorhersehbare externe Schocks, wie Arbeitslosigkeit oder Krankheit des Karteninhabers kommen. Zwar hat nach der rechtlichen Regelung der Emittent einen Anspruch auf Schadensersatz gegen

²⁶³ Vgl. DORNER (1991), S. 75.

den insolventen Kunden, dieser wird aber, ebenso wie die Forderung nach Begleichung der Rechnung, ins Leere laufen. Im folgenden soll untersucht werden, wie die Emittenten auf diese rechtliche Regelung reagiert haben und ob diese einer Prüfung auf Effizienz standhält oder gegebenenfalls eine alternative Lösung unter Beteiligung der anderen Parteien vorgeschlagen werden kann.

(1) Der Kartenemittent

Die Übernahme des Insolvenzrisikos des Karteninhabers durch den Kartenemittenten ist die Hauptursache dafür, daß die Kreditkarte sich zunächst als Zahlungsinstrument durchsetzen konnte.²⁶⁴ Das Insolvenzrisiko ist für den Emittenten typischerweise ein unsystematisches Risiko, das dem einzelnen Kreditengagement anhängt und diversifiziert werden kann und muß. Der Emittent kann es anhand der Jahresgebühr und des Zinssatzes auf den Karteninhaber, respektive anhand des Disagios auf das Vertragsunternehmen, überwälzen.

Kartenemittenten sind in einer sehr guten Position, das Risiko zu streuen. Sie können das Zahlungsrisiko auf verschiedene Kartenhalter verteilen und damit die Belastung pro Karteninhaber gering halten. Dies fällt umso leichter, je größer die Anzahl der Karteninhaber bzw. der Kreditnehmer ist, was den Banken einen Kostenvorteil gegenüber den kommerziellen Kartenorganisationen einräumt, der sich unter Umständen in günstigeren Jahresgebühren oder Disagios widerspiegelt.²⁶⁵

Es ist aber nicht sinnvoll, das gesamte Insolvenzrisiko auf diese Weise streuen, ohne weitere Instrumente zu dessen Begrenzung einzusetzen. Zwischen Emittent und Karteninhaber sind die Informationen nicht symmetrisch verteilt, der Karteninhaber hat nach Abschluß des Vertrages Anreiz zu versteckter Handlung in Form eines

²⁶⁴ Vgl. STAUDER/WEISENSEE (1970), S. 20 ff.

²⁶⁵ Hier bietet sich wieder Raum für Verhandlungen: Müssen die Banken zur Übernahme des Risikos mit einer geringeren Summe kompensiert werden als die kommerziellen Kartenorganisationen, können diese das Risiko gegen die Bezahlung einer Gebühr der letzteren übernehmen. Ob kartenemittierende Banken in der Lage sind das Risiko zu geringeren Kosten zu tragen als kommerzielle Kartenunternehmen hängt in erster Linie von der Größe ab. Durch ihre Konzentration auf das Kartengeschäft haben die Kartenunternehmen die Möglichkeit Wettbewerbsvorteile aus Spezialisierung zu realisieren. Je kleiner aber ihre relative Marktmacht und daher auch die Anzahl emittierter Karten, desto geringer ist dieser Vorteil und desto eher wird er durch die Realisierung von Skalenvorteilen auf Seiten der Banken neutralisiert.

„übermäßigen“ oder unsachgemäßen Gebrauchs der Karte. Der Emittent verfügt aber auch ex post über verschiedene Instrumente, dieses Moral Hazard-Risiko abzumildern. Er ist als Kreditgeber Prinzipal und kann Monitoring Instrumente einsetzen, um die Gefahr eines Falschverhaltens seitens des Agenten zu entschärfen. Der Kartenemittent versucht hier Informationen über das tatsächliche Verhalten des Karteninhabers zu erlangen, um so frühzeitig Gegenmaßnahmen einleiten zu können. So erfüllt im erweiterten Drei-Parteien-System beispielsweise die aufmerksame Beobachtung der Kontobewegungen des Kreditkartenhalters eine solche Überwachungsfunktion. Unterstützend dienen dazu wiederum alle Informationen, die im Screening-Prozeß bei Antragstellung gewonnen wurden.

Teile des Monitoring-Prozesses können auch an *Third-Party*-Prozessoren ausgelagert werden, die das sogenannte *Processing* übernehmen.²⁶⁶ In einigen Fällen übernehmen diese Firmen eine große Anzahl an Leistungen wie die Antragserfassung, die Kartenkontoführung, die Autorisierung und die Reklamationsbearbeitung. In der Praxis gilt jedoch eine klare Arbeitsteilung zwischen Emittent und externem Dienstleister: alle Leistungen, die aus einem direkten Kontakt zwischen Emittent und Karteninhaber hervorgehen, werden vom Emittenten übernommen: Antragsbearbeitung, Schufa-Anfrage, Reklamationen selbst und Kundenbetreuung. Die Bearbeitung kann vom Prozessor jedoch durch eine systemtechnische Anbindung unterstützt werden. Beispiele für solche Prozessoren sind BIK in Frankfurt, B+S Card Service, CCN Finanz Systeme in Hamburg oder die GZS in Frankfurt.

In der Regel hat die Bank die Karteninhaber bereits in Risikogruppen aufgeteilt, so daß sie kostensparend nur die Kontobewegungen der risikoreichen Kunden mit besonderer Aufmerksamkeit verfolgen muß. Fallen dem Kontoführer hier ungewöhnlich hohe Außenstände auf, so kann er versuchen, einem Kreditausfall entgegenzuwirken. Hier sind Frühwarnsysteme denkbar, die beispielsweise ab einem bestimmten ausstehenden Betrag über eine fest definierte Zeitspanne hinweg standardmäßig eine Kontaktaufnahme des Kontoführers mit dem Karteninhaber auslösen. Jedes Konto ist naturgemäß mit einem individuellen Limit ausgestattet, das

²⁶⁶ Vgl. o.V. (1995), S. 12 ff..

die maximale Höhe angibt, in der das Konto überzogen werden darf und genau diese Funktion erfüllt.

Ein Beispiel für ein solches Monitoring Instrument ist das sogenannte *Verhaltens-Scoring-System TRIAD™* der Unternehmensberatung FAIR ISAAC/INFORMA und des Softwareanbieters ATOS PROCESSING GMBH in Zusammenarbeit mit der SANTANDER DIREKT BANK AG als Pilotkunde.²⁶⁷ Mit Hilfe dieses Software-Programmes können Emittenten das Verhalten bestimmter Karteninhabergruppen besser analysieren und bewerten, indem einerseits durch automatisierte Mahnsysteme das Zahlungsrisiko verringert wird und andererseits solventen Karteninhabern durch eine Limiterhöhung Anreize zur verstärkten Nutzung der Karte geboten wird. Die drei Hauptkomponenten des Systems sind das *Verhaltens-Scoring*, die darauf basierende Entwicklung von *Strategien* und das *Reporting*. Dem Verhaltensscoring liegt eine monatlich durchgeführten Analyse des Kundenverhaltens mittels *Score-Karten* zugrunde. Dabei werden historische und aktuelle Informationen zum Kauf- und Zahlungsverhalten der Kunden in Tabellen erfaßt und bewertet um möglichst präzise Vorhersagen für zukünftiges Verhalten abzuleiten. Dabei ergibt sich ein *Risikomaß*, durch das Kunden in mehrere, jeweils gleichartige Gruppen eingeteilt werden können, die jeweils mit unterschiedlichen Maßnahmen belegt werden können. So kann ein Risiko-Score zum Beispiel aus einem Wert bestehen, der angibt, mit welcher Wahrscheinlichkeit ein Konto in den nächsten sechs Monaten in Zahlungsverzug gerät. Die so gewonnenen Informationen werden zur Formulierung von *Strategien* benutzt. Diese ergeben sich, indem die Informationen regelmäßig *Entscheidungsbäume* in Form von Flußdiagrammen durchlaufen, an deren Ende den Konten Aktionen zugewiesen werden. Durch diese Strategiebäume wird ein Portfolio aus verschiedenen Kundengruppen mit ähnlichem Risiko- und Profitabilitätspotential aufgestellt, denen gleichartige Aktionen zugewiesen werden. Typische Aktionen sind dabei Limiterhöhungen, Textbausteine auf der Rechnung oder auch Mahnbriefe. Die vielen möglichen Strategien sind in *Entscheidungsbereiche* eingeteilt, die sich durch ihre Aktionsmöglichkeiten und Zielsetzungen unterscheiden. Die einfachste TRIAD™ Installation besteht aus den Entscheidungsbereichen *Limit Management* und

²⁶⁷ Vgl. KAUT (2000), S. 38 ff..

*Mahnwesen.*²⁶⁸ Um den tatsächlichen Einfluß der Strategien zu überprüfen, verfügt der Anwender schließlich über das sogenannte *Reporting Paket*, in dem Berichte über Anzahl und Umfang der monatlich durchgeführten Aktionen und Strategie-Ergebnis-Berichte enthalten sind. Die Santander Bank führte Ende 1997 das TRIADTM System für die Kreditkarten im Classic und Gold Bereich ein. Dabei ergaben sich deutlich gestiegene durchschnittliche Kartenabrechnungen, aber keinerlei Änderungen durch unerwartete Zusatzrisiken, was für die Bank einen Rentabilitätszuwachs bedeutete.²⁶⁹

Durch effektives Monitoring können also nicht nur Risiken durch versteckte Handlung entschärft werden, es können sogar – in dynamischer Sichtweise – gewonnene Informationen dazu genutzt werden, daß Karteninhaber zielgerichtet im Sinne der Kartenorganisation beeinflußt werden.

Im herkömmlichen Drei-Parteien-System, in dem kommerzielle Kartenorganisationen als Emittenten fungieren, gestaltet sich die Überwachung der Kontenbewegungen der Karteninhaber etwas schwieriger.²⁷⁰ Kommerzielle Kartenorganisationen sind im Gegensatz zu emittierenden Banken nicht mit den Transaktionen und der Vermögenslage ihrer Kunden vertraut und haben daher keine detaillierte Einsicht in deren Finanzlage. Zur Überwachung der Zahlungsfähigkeit sind sie lediglich auf die Bewegungen auf dem Kartenkonto angewiesen, sofern ein solches eröffnet wurde. In der Regel ermächtigt der Karteninhaber die Kartenorganisation widerruflich, die monatliche Rechnung oder einen Teilbetrag derselben per Lastschrift von seinem bestehenden Konto einzuziehen.²⁷¹ Ist sich der Karteninhaber über die regelmäßige Deckung seines Kontos hingegen nicht im Klaren, wird er vorzugsweise wählen, den Rechnungsbetrag mit einem Scheck oder einer einzeln ausgeführten Überweisung zu erstatten. Für den Emittenten ergeben sich Schwierigkeiten, falls diese Zahlung nicht eintrifft, bzw. Probleme mit der Lastschrift auftauchen. Ist die Einlösung der Lastschrift nicht möglich, weil das Konto nicht mehr genügend Deckung oder Dispositionskredit aufweist, um den geforderten Rechnungsbetrag zu erstatten, muß die kontoführende Bank das Kartenunternehmen unverzüglich davon in Kenntnis

²⁶⁸ Daneben existieren noch die Bereiche *Marketing* zur Kundenbindung und *Autorisierung* zur Steuerung des Schattenlimits.

²⁶⁹ Vgl. dazu auch DEMEY (1998), S. 34 ff..

²⁷⁰ Daher sind hier auch die ex ante durchgeführten Screening-Verfahren von besonderer Bedeutung.

²⁷¹ Vgl. zum Beispiel Kartenantrag von AMERICAN EXPRESS.

setzen. Sie ist jedoch nicht dazu verpflichtet, etwaige Unregelmäßigkeiten warnend mitzuteilen. Darüber hinaus steht dem Kartenunternehmen auch die SCHUFA als Informationsquelle zur Verfügung, die von einer Insolvenz natürlich sofort durch die verantwortliche Bank unterrichtet wird. Die SCHUFA liefert die Informationen jedoch erst auf Anfrage. Monitoring ist für die kommerziellen Kartenunternehmen daher insgesamt aufwendiger und kostspieliger als für Banken.

In diesem Fall ist es für kommerzielle Kartenunternehmen denkbar, die kontoführende Bank des Karteninhabers im Sinne eines *Delegated Monitoring* mit der Überwachung des Kunden zu beauftragen. Delegated Monitoring dient dazu, Überwachungsaufwand zu reduzieren, indem eine andere Person oder Institution, die dazu besser in der Lage ist, mit der Überwachung beauftragt wird.²⁷² Vorstellbar ist eine Vereinbarung zwischen Banken und kommerziellen Kartenorganisationen, die die Überwachung der Karteninhaber gegen eine bestimmte Leistung oder Gebühr des Emittenten in die Hände der Banken legt.²⁷³ Zwischen kommerziellen Kartenorganisation und kontoführender Bank entsteht wiederum eine asymmetrische Informationslage. Damit die Bank einen Anreiz hat, die ihr zugewiesene Monitoring Aufgabe ordnungsgemäß zu erfüllen, sollte sie, je nach Umfang und Vergütung ihrer Überwachungsaufgabe, Teile des Insolvenzrisikos tragen. Aufgrund der geringen Informationen, die der kommerziellen Kartenorganisation im Vergleich zur Bank über die finanzielle Entwicklung des Karteninhabers vorliegen, scheint ein solches Vorgehen durchaus sinnvoll und gangbar. Der Unterschied zur bankengestützten Karte wird so freilich kleiner – die Initiative von AMERICAN EXPRESS, Karten in Zusammenarbeit mit den Sparkassen und Genossenschaftsbanken zu emittieren, ist als empirisches Indiz für die Sinnhaftigkeit dieses Vorgehens zu interpretieren.²⁷⁴

Die Möglichkeiten der Emittenten, das Insolvenzrisiko zu begrenzen, scheinen also recht zufriedenstellend zu sein. Dies haben auch die Reaktionen der Emittenten auf die rechtliche Regelung bewiesen. Gibt es aber Möglichkeiten, das

²⁷² Vgl. NEUBERGER (1998), S. 28 ff.. Vgl. DIAMOND (1984), S. 393 ff..

²⁷³ Dabei ergibt sich allerdings eine weitere Prinzipal-Agent-Beziehung auf der nächsten Ebene. Das Kartenunternehmen muß sicher sein können, daß die Bank ihre Überwachungsaufgabe ordnungsgemäß erfüllt. Dies muß insbesondere daher angezweifelt werden, da die Bank ebenfalls als Kartenemittent im Markt auftritt und damit in unmittelbarer Konkurrenz zum kommerziellen Kartenunternehmen steht.

²⁷⁴ Vgl. AUMÜLLER (1997), S. 19 ff.. und O.V. (1999), S. 9.

Vertragsunternehmen – nunmehr durch bewußte Anreizsetzung - am Insolvenzrisiko zu beteiligen, und dieses damit noch weiter zu begrenzen?

(2) Das Vertragsunternehmen

Das Vertragsunternehmen hat gegenüber dem Emittenten ein sogenanntes Disagio zu entrichten. Das Disagio, das je nach Branche zwischen 1% und in Ausnahmefällen 10% liegen kann, stellt laut der Emittenten eine „Schutzgebühr“ dar, die natürlich auch zur Abdeckung von Teilen des Insolvenzrisikos der Karteninhaber dient.²⁷⁵ Das Insolvenzrisiko wird damit vom Kartenemittenten bereits teilweise auf das Vertragsunternehmen überwält.

Das Vertragsunternehmen sieht sich bei der erstmaligen Entscheidung, ob es mit dem Akquisiteur den sogenannten Akzeptanzvertrag über eine Kreditkarte abschließt oder nicht, der Abwägungsentscheidung gegenüber, ob es sich lohnt, einen solchen Vertrag abzuschließen oder nicht. Je niedriger die Gewinnmarge ohnehin ist, desto weniger interessant ist es für ein Handels- oder Dienstleistungsunternehmen, sich die zusätzliche Belastung der Kreditkartenkosten aufzubürden. Im Lebensmitteleinzelhandel ist beispielsweise erwartungsgemäß mit niedrigen Margen zu rechnen, während Fachgeschäfte des höheren Bedarfs eher höhere Margen versprechen. Kreditkartenakzeptanz ist daher in Supermärkten für Lebensmittel verhältnismäßig selten zu beobachten. Bei der Kalkulation des Disagios spielt freilich auch die Verhandlungsposition des Vertragsunternehmens eine Rolle. Mineralölgesellschaften konnten als Betreiber von Tankstellen bereits früh äußerst günstige Disagiosätze vereinbaren, da die Kartenunternehmen sich damit – berechtigterweise - einen Markteintritt versprachen.²⁷⁶ Die Sicherheit, ein garantiertes Zahlungsverprechen für ein zusätzliches Zahlungsinstrument zu erhalten, sowie der potentielle Mehrumsatz, den das Vertragsunternehmen aufgrund der Tatsache, daß es die Kreditkarte als Zahlungsmöglichkeit anbietet, tätigen kann, muß dem Vertragsunternehmen soviel wert sein, daß es bereit ist, das geforderte Disagio an den Kartenemittenten abzuführen. Er stellt für das Vertragsunternehmen zusätzliche Kosten dar, die, sofern möglich, in die Preise überwält werden müssen.

²⁷⁵ Vgl. TAUPITZ (1995), S. 8 f..

Unternehmen, die der kontrollierten Preisbildung unterliegen, wie beispielsweise der deutsche Buchhandel, verzichten daher oft auf das Akzeptieren von Kreditkarten, da sie die Kosten nicht auf die Preise überwälzen können. Vertragsunternehmen verfügen nicht über die Möglichkeit, alle Kreditkartenzahler individuell höher als die Barzahler zu belasten. Das verbietet in Deutschland die Barzahlungsklausel.²⁷⁷ In den USA garantiert dies den Verbrauchern hingegen der *Cash Discount Act*,²⁷⁸ der verhindert, daß Barzahler genauso hoch belastet werden müssen wie Kartenzahler. Hier ist es für das Vertragsunternehmen daher möglich, eine Preisdifferenzierung vorzunehmen, was die Ausgangssituation entscheidend verändert.²⁷⁹

Das Disagio stellt für das Vertragsunternehmen einen fixen Betrag dar, dessen Zusammensetzung es nicht kennt. Kann das Vertragsunternehmen aber, über die fixen Summe hinaus, durch bewußte Anreizsetzung, sinnvoll dazu beitragen, das Insolvenzrisiko zu verringern, indem es einen weiteren - von ihm kontrollierbaren - Teil trägt?

Zur Beantwortung dieser Frage lohnt es sich einen Blick auf die Möglichkeiten zu werfen, die ein Vertragsunternehmen hat, um sich ein Bild von der Bonität des Kunden zu machen, der seinen Einkauf mit der Kreditkarte begleichen möchte. Das Vertragsunternehmen hat zunächst keinen Grund, die Kaufkraft des Karteninhabers anzuzweifeln. Es akzeptiert die Kreditkarte als Bargeldsubstitut. Taucht diese nicht bei einem Sicherheitscheck auf der Kontrollliste der gesperrten Karten auf, so gibt es keinen Grund, die Karte nicht als Zahlungsmittel anzunehmen.²⁸⁰ Welche Kosten würden dem Vertragsunternehmen aber entstehen, wenn es die Bonität eines mit der

²⁷⁶ Vgl. SCHÖCHLE (1992), S. 80 ff..

²⁷⁷ Danach darf das Vertragsunternehmen für Kartenzahlungen keinen höheren Preis verlangen, um die Kosten des *Disagios*, also der Umsatzprovision die es an den Kartemittenten zu entrichten hat, auf die Kartenkunden zu überwälzen. Vgl. auch 2. Kapitel II.2..

²⁷⁸ § 167, chapter 4, Consumer Protection Code.

²⁷⁹ Die Preisdifferenzierung könnte sich in Deutschland jedoch auch demnächst entschärfen: mit dem kürzlichen Fall des *Rabattgesetzes*, ist es rechtlich möglich mit jedem Handels- oder Dienstleistungsunternehmen als Verbraucher zu handeln. Damit wird es also ohne weiteres denkbar, daß ein Verbraucher unter „Androhung“ der Kartenzahlung einen Rabatt von einigen Prozent heraushandeln kann. Als Reaktion darauf kann im Handel mit einer allgemeinen Preiserhöhung gerechnet werden.

²⁸⁰ Mit dieser Sicherheitskontrolle eine mögliche Sperrung der Karte zu testen kann nicht als eigenständige Bonitätsprüfung betrachtet werden. Hier werden vielmehr die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen niedergelegten Anforderungen an das Vertragsunternehmen eingehalten, vor Zahlungsabwicklung gewisse Mindestkontrollen zur Verhinderung von Mißbrauch durchzuführen. Die ökonomische Effizienz dieser Kontrollen wird im nächsten Kapitel behandelt.

Karte zahlenden Kunden überprüfen wollte? Um die Zahlungsfähigkeit jedes Kunden zu garantieren, müßte das Vertragsunternehmen bei jeder Kartenzahlung Rücksprache bei dem Emittenten halten, sei dies eine Bank oder eine kommerzielle Kartenorganisation. Dies würde allerdings nicht nur administrative Kosten in großem Umfang verursachen, es würde vor allen Dingen zu einer stark verlangsamten Abwicklung des Zahlungsverkehrs führen. Einer der entscheidenden Vorteile der Kreditkarte – ihre bequeme Handhabung – wäre verloren.

Einzig denkbare Fälle, in denen ein Vertragsunternehmen eine wirkliche Verantwortung für eine Bonitätsprüfung tragen sollte, sind diejenigen, in denen der Kunde dem Händler bereits durch zweifelhafte Zahlungsfähigkeit aufgefallen ist. Bei Kenntnis eines solchen Sachverhaltes verursacht es für das Vertragsunternehmen vergleichsweise geringe Kosten, für eben diesen Kunden einmalig Rücksprache beim Emittenten zu halten. Mit einem kleinen Aufwand könnte das Vertragsunternehmen in diesen Fällen drohenden Schaden verhindern. In den allermeisten Fällen sind die Prüfkosten aber prohibitiv hoch, so daß eine echte Beteiligung des Vertragsunternehmens an der Bonitätsprüfung nicht sinnvoll sein kann.

Vertragsunternehmen ihrerseits sind zur Risikostreuung schlechter in der Lage als die Emittenten. Sie haben keinen Einfluß darauf, wieviele ihrer Kunden mit Kreditkarte bezahlen und wieviele andere Zahlungsarten bevorzugen. Das macht zunächst die Bestimmung des Erwartungswertes des Schadens sehr schwierig. Darüber hinaus können aber auch nicht einfach die aus der Realisierung des Zahlungsrisikos aus Insolvenz entstehenden Kosten auf alle Kunden verteilt werden. Dies würde sich in einer Anhebung der Preise bemerkbar machen, was einen Umsatzrückgang zu Folge hätte. Eine individuelle Belastung des Kartenzahlers macht in Deutschland die Barzahlungsklausel unmöglich.

Die Vertragsunternehmen verfügen natürlich insbesondere im gewerblichen Handel über die Möglichkeit, sich fremd zu versichern. Denkbar sind hier Kreditversicherungen wie zum Beispiel die französische COFACE.²⁸¹ Die Coface arbeitet derzeit an einem umfassenden Informationssystem für den Handel im

²⁸¹ Vgl. hierzu FAZ (2000), S. 22.

Internet, mit dessen Hilfe sich gewerbliche Partner vor Geschäftsabschluß schnell über die Bonität des anderen informieren können. Ist das System funktionsfähig, könnte am Ende eine Art Garantiekarte stehen, die, einer Kreditkarte ähnlich, die elektronische Zahlungsfähigkeit des Kunden nachweist. Das so entwickelte Rating-System will die Coface mit einer Kreditversicherung koppeln. Ein Lieferant kann dann beispielsweise von Coface eine Bonitätsgarantie für seinen Kunden kaufen. In diesem Fall trägt Coface das Kreditausfallrisiko.

Eine solche Entwicklung geht über die reine Versicherung jedoch hinaus und zeigt Züge der *Desintermediation*.²⁸² Funktioniert ein derartiges Informationssystem in zufriedenstellender Weise, kann auf die Garantiefunktion des Emittenten beinahe verzichtet werden. Diese übernimmt dann die reine Kreditversicherung. Zweifelhaft ist dagegen, ob ein solches Instrument lohnenswert für kleinere Beträge im Privatkundengeschäft, wie die einer durchschnittlichen Kreditkartentransaktion ist.

(3) Der Karteninhaber

Der Karteninhaber hat, ähnlich wie beim Antragsrisiko, die Möglichkeit, das Insolvenzrisiko durch Signaling zu entschärfen. Dies setzt wiederum voraus, daß glaubwürdige Signale gefunden werden, die Kunden, die über keine ausreichende Bonität verfügen, schwierig finden, bereit zu stellen.

Denkbar wäre die Möglichkeit, für jeden Karteninhaber eine Jahresgebührenstaffelung nach dem Versicherungsprinzip vorzunehmen.²⁸³ Dabei sollte jeder neue Karteninhaber mit einer mittleren Gebühr starten, die er für beispielsweise ein Jahr zu entrichten hat. Läßt er sich innerhalb diesen Jahres nichts zu schulden kommen, wird er im nächsten Jahr eine Gebührenkategorie tiefer gestuft und kann sich, dank seiner tadellosen Rückzahlungsmoral, an niedrigeren Kosten für seine Kreditkarte erfreuen. Denkbar wäre, daß, ähnlich wie bei Autoversicherungen, die „niedrige Risikoklasse“ mit in den Antrag neuer Karten eingebracht werden kann

²⁸² Vgl. NEUBERGER (1998), S. 141 f..

²⁸³ Sinngemäß erfolgt dies auf dem britischen sowie dem US-amerikanischen Markt beim Zahlungsausfallrisiko durch den Aufbau einer *credit history*. Je besser die Rückzahlungsquote hoher Kreditbeträge ist, desto *more creditworthy* (kreditwürdiger) wird ein Karteninhaber eingestuft. Der

und sich damit auch über Jahre hinweg positiv auswirkt. Der Karteninhaber ist so in der Lage, mit Hilfe eines Versicherungssystems glaubwürdige Signale über seine Solvenz abzugeben. Hat sich ein solches Prinzip durchgesetzt, könnten Emittenten darauf vertrauen, so ausreichend über zukünftige Kunden informiert zu sein.

Darüber hinaus darf hier nicht unerwähnt bleiben, daß der Karteninhaber selbstverständlich über den allgemeinen rechtlichen Rahmen, nämlich das geltende Insolvenzrecht, an den Konsequenzen einer Insolvenz beteiligt ist. Die neue deutschen Insolvenzordnung, die erstmals ein spezielles Verbraucherinsolvenzverfahren beinhaltet, wird durch die bereits erwähnte Möglichkeit der Restschuldbefreiung als ein Schritt in Richtung einer weniger harten Behandlung von insolventen Verbrauchern gewertet. Dies gab speziell bei Gläubigern zu der Befürchtung Anlaß, daß die disziplinierende Wirkung auf das Schuldnerverhalten durch die bei Insolvenz drohenden Folgen ausgehöhlt und Moral Hazard-Verhalten, zum Beispiel durch einen unverantwortlichen Gebrauch von Kreditkarten, gefördert wird. Diese Befürchtungen scheinen allerdings angesichts der Hürden, die das Verbraucherinsolvenzverfahren vor eine Restschuldbefreiung stellt, überzogen, so daß auch nach der Insolvenzrechtsreform davon auszugehen ist, daß ein drohendes Insolvenzverfahren die Mehrheit von Kreditkartenkunden von einem Moral-Hazard-Verhalten abschreckt.²⁸⁴

Die Verhältnisse mögen beispielsweise in den U.S.A. hier anders gelagert sein, doch würde diese Diskussion den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen.²⁸⁵

Zusammenfassend stimmt insofern das Ergebnis der ökonomischen Analyse mit der rechtlichen Haftungsregelung also partiell überein. Die kontoführende Bank ist, unabhängig davon, ob sie gleichzeitig Emittent ist oder nicht, in der besten Position, das Insolvenzrisiko zu übernehmen. Sie verfügt – neben der Schuldnerdisziplinierung durch das Insolvenzrecht - über den kostengünstigsten Einsatz von Monitoring

Aufbau einer *credit history* ist jedoch für jeden späteren Kredit von ausschlaggebender Bedeutung. Vgl. Angaben einer Mitarbeiterin von BARCLAYS BANK, LONDON.

²⁸⁴ Vgl. zum Ablauf des reformierten Verbraucherinsolvenzverfahrens in den unterschiedlichen Stufen nach § § 304 ff. InsO oben 2.aa).

²⁸⁵ Vgl. WEDOFF (1998), www.abiworld.org. Grundidee der amerikanischen Insolvenzordnung ist es, den betroffenen Verbrauchern einen möglichst unbelasteten Neuanfang zu ermöglichen, was dazu führt, dass erhebliche Teile des Einkommens vom Zugriff der Gläubiger geschützt sind.

Instrumenten, um das Insolvenzrisiko zu begrenzen. Ein Instrument im Sinne des Versicherungsprinzips für Karteninhaber könnte ergänzend wirken, um nachprüfbarere Signale bereitzustellen. Dem Vertragsunternehmen sollte grundsätzlich keine Verantwortung für das Insolvenzrisiko zukommen – möglicherweise mit einer Ausnahme. Im folgenden soll ein Instrument erörtert werden, das dem Vertragsunternehmen die Verpflichtung auferlegt, die Solvenz des Kunden zu prüfen, dessen Sinnhaftigkeit gilt es zu untersuchen.

b) Zahlungsausfall durch Überschreiten des floor limits

aa) Die Haftungsregelung

Das sogenannte *floor limit* bezeichnet einen Betrag, der, wenn er bei einem einzelnen Kaufvorgang überschritten wird, beim Vertragsunternehmen ein Warnsignal auslöst. Durch die Meldung wird angezeigt, daß Rücksprache beim Emittenten gehalten werden muß, ob der Kauf abgewickelt werden kann oder nicht - also ob die entsprechende Bonität des Kunden vorliegt. Jede Kreditkarte ist vom Emittenten her mit einem solchen Höchstbetrag ausgestattet. Die Garantie, die der Emittent normalerweise dem Vertragsunternehmen gegen die Insolvenz des Karteninhabers gibt, wird dabei eingeschränkt und an eine Bedingung geknüpft. Kommt es zu einem Überschreiten des floor limits, ohne daß die geforderte Rücksprache mit dem Emittenten gehalten und sein Einverständnis eingeholt wurde, sind zunächst zwei Fälle zu unterscheiden.

Das Überschreiten kann im Einverständnis mit dem Kunden geschehen, in dem zum Beispiel bewußt mehrere Belege zu Teilbeträgen ausgestellt werden, um die gewünschte Gesamtsumme zu erreichen und die Zahlung doch durchführen zu können. In vielen Fällen liegt dann der Verdacht auf kollusives Zusammenwirken zwischen Karteninhaber und Vertragsunternehmen nahe. Das Überschreiten kann jedoch auch ohne Zutun, oder auch nur Kenntnis des Karteninhabers geschehen, denn dieser kann vom Kartenemittenten bewußt im Unklaren über die tatsächliche Höhe des floor limits gelassen werden.²⁸⁶ In beiden Fällen muß es freilich nicht zu einem Kreditausfall kommen. Der Karteninhaber kann ordnungsgemäß seinen Zahlungsverpflichtungen nachkommen, ohne daß sich weitere Konsequenzen ergeben.²⁸⁷ Von besonderem Interesse sind daher naturgemäß die Fälle, in denen es nach Überschreiten des Höchstbetrages zu einem Kreditausfall kommt.

²⁸⁶ In den AGB-VU ist oft zu finden, daß die genaue Höhe des Floor limits vertraulich zu behandeln ist.

²⁸⁷ In diesem Fall ergeben sich in der Regel keine besonderen Probleme, außer einer Unregelmäßigkeit im Verhältnis zwischen Vertragsunternehmen und Akquisiteur. Dieser Fall wird daher nicht weiter behandelt.

Das Vertragsunternehmen kann grundsätzlich keine Bezahlung vom Kartenemittenten verlangen, falls es nach Überschreiten des floor limits und Verzicht auf Rücksprache zu keiner Zahlung kommt. Da es sich in den allermeisten Fällen um eine fortlaufende Geschäftsbeziehung handelt, hat der Emittent dabei die Möglichkeit, den Betrag, den ihm der Karteninhaber schuldig bleibt, mit der nächsten Abrechnung gegenüber dem Vertragsunternehmen aufzurechnen. Indem dieses nicht beim Emittenten Rückfrage gehalten hat, hat es die ihm in den AGB-VU's auferlegten Sorgfaltspflichten verletzt. Infolgedessen ist kein Anspruch auf Kauf der Forderungen gegen den Karteninhaber oder auf Zahlungsgarantie entstanden. Manche AGB's der Kartenemittenten erlegen sogar eine Art Strafe auf und bestimmen, daß der Emittent nicht einmal für die Zahlungen bis zur Höchstgrenze aufkommt.²⁸⁸ Diese Klauseln sind jedoch umstritten und müssen im Einzelfall gemäß § 307 BGB auf ihre Wirksamkeit hin untersucht werden.

Im Fall eines überschrittenen floor limits muß der Kartenemittent jedoch versuchen, den Rechnungsbetrag vom Karteninhaber zu erhalten, denn es besteht ihm gegenüber ja ein Aufwendungsersatzanspruch. Die Idee hinter dieser rechtlichen Bestimmung ist, daß es für den Emittenten wesentlich leichter ist, mit dem Karteninhaber in Kontakt zu treten, als für das Vertragsunternehmen.²⁸⁹ Es kommt also zunächst zu einer Zahlung des Kartenemittenten an das Vertragsunternehmen. Erstattet der Karteninhaber jedoch nun nicht den Rechnungsbetrag und erhält der Kartenemittent den von ihm gewährten Kredit demnach nicht zurück, so kann der Emittent den bereits bezahlten Betrag vom Vertragsunternehmen unter Berufung auf die Verletzung der in den AGB's niedergelegten Sorgfaltsanforderungen zurückfordern

²⁸⁸ Besonders deutlich findet sich dies bei AMERICAN EXPRESS AGB-VU Nr. 4: *„Liegt für eine Belastung über dem Höchstbetrag die erforderliche Genehmigung nicht vor, trifft American Express hierfür keinerlei Verpflichtung, d.h. auch nicht etwa bis zu dem gültigen Höchstbetrag... Das gleiche gilt, falls der auf dem Belastungsbeleg eingetragene Rechnungsbetrag insofern herabgemindert ist, als dieser Betrag unter dem Rechnungsbetrag liegt, der bei einer Barzahlung der Summe abgerechnet worden wäre oder wenn zur Vermeidung des geltenden Höchstbetrages mehrere Belastungsbelege ausgestellt werden.“*

Ähnliche Ziffern finden sich bei AGB-VU Diners Club Nr.4, AGB-VU Visa Citicorp Nr.4, Visa B+S Nr.4, Eurocard Dienstleistungsvereinbarung § 4, Eurocard Einzelhandel-Servicevereinbarung § 3, Reiseveranstalter-Leistungen Nr.3.

²⁸⁹ Das alternative Vorgehen, bei dem der Karteninhaber bei Überschreiten des Floor limits direkt an das Vertragsunternehmen bezahlen müßte, weil der Emittent nicht zur Zahlung verpflichtet ist, erscheint juristisch recht kompliziert. Der Karteninhaber müßte dabei befürchten möglicherweise zweimal belastet zu werden. Vgl. TAUPITZ (1995), S. 187.

oder ihn mit künftigen Rechnungen aufrechnen. Den Beweis dafür, daß er den Rechnungsbetrag nicht erhalten hat, muß der Emittent jedoch gegenüber dem Vertragsunternehmen belegen.²⁹⁰

Kommt es also nach Überschreiten des floor limits zu einem Zahlungsausfall, weil der Karteninhaber seinen Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommen will oder kann, und hat sich das Vertragsunternehmen durch Überschreiten des Höchstbetrages nicht gemäß dem mit dem Kartenemittenten vereinbarten AGB's verhalten, so trägt das Vertragsunternehmen das Risiko.

bb) Die ökonomische Analyse

Um diesen Fall einer ökonomischen Effizienzprüfung zu unterziehen, muß zunächst nach einer grundsätzlichen Erklärung der Sinnhaftigkeit des Instruments des floor limits gefragt werden. Erst dann kann sich der zweiten Frage zugewendet werden, nämlich, ob eine Sanktion bei Überschreiten in Form einer verstärkten Mithaftung des Vertragsunternehmens, wünschenswert ist.

(1) Das Instrument des floor limits

Geht man davon aus, daß in den Geschäftsbedingungen der Kartenemittenten den Vertragsunternehmen die Auflage gemacht wird, bei Erreichung des Höchstlimits Rückfrage zu halten, muß zunächst untersucht werden, ob eine solche Auflage, bei der es sich um eine echte Einschränkung der Garantiefunktion des Emittenten gegenüber dem Vertragsunternehmen handelt, ökonomisch sinnvoll ist.

Ob und in welcher Höhe einzelne Karten mit einem solchen Limit ausgestattet sind, entscheidet der Kartenemittent bei der Gestaltung seiner Kartenprodukte. Nach den obigen Ausführungen zum Antragsrisiko verfügt der Kartenemittent über gute Möglichkeiten, durch Screening das Kreditausfallrisiko zu entschärfen. Der Prinzipal,

²⁹⁰ Analoge Haftungsregeln gelten auch für Fälle, in denen der Zahlungsbeleg nicht fristgerecht eingereicht wurde oder eine Unterschrift auf dem Beleg fehlt.

in Form des Emittenten, ist aktiv und versucht, durch die vorgefertigten Standardformulare, die nach bestimmten Merkmalen der Antragsteller fragen, unter diesen die risikoreichen von den risikoarmen zu trennen bzw. diejenigen mit einer zweifelhaften Bonität herauszufiltern.²⁹¹ Der Kartenemittent bietet mehrere Kartentypen an, die verschiedene Anforderungen an die Zahlungsfähigkeit des Kunden stellen und darauf beruhend auch verschieden ausgestaltete Servicespektren offerieren. Bietet er aber mehrere Karten zur Auswahl an, sind diese mit einem unterschiedlichen Höchstlimit ausgestattet, das je nach Bonität des Kunden und seiner individuellen Risikoeinstufung verschieden hoch ist. Dieses Limit ist demnach ein Teil der relevanten Eigenschaften einer Kreditkarte, über das der Karteninhaber allerdings bewußt im Unklaren gelassen werden kann. Dies kann auch auf ein bewußtes Kalkül der Kartenemittenten zurückzuführen sein: könnte das Höchstlimit als bewertungsrelevante Eigenschaft bei der Auswahl einer Kreditkarte durch den Karteninhaber mit in Betracht gezogen werden, wären die Emittenten einem – aus ihrer Sicht unnötigen - weiteren Wettbewerbsfaktor ausgesetzt. Wird das Höchstlimit übereinstimmend von allen Emittenten nicht preisgegeben, herrscht bezüglich dieser Karteneigenschaft gegenüber den Karteninhabern keine Transparenz, was wie eine Absprache wirkt.

Kartenemittenten versehen die AGB's der Vertragsunternehmen typischerweise mit einer Klausel, die bei Käufen über dem floor limit die Rückfrage beim Emittenten erfordert. Wird das Unterlassen der Prüfung nicht sanktioniert, besteht für das Vertragsunternehmen kein Anreiz, eine solche Prüfung durchzuführen. Die Einführung eines Höchstbetrages wird dann jedoch überhaupt überflüssig. Der Karteninhaber hat keine Kenntnis über diesen Betrag und kann sein Verhalten nicht entsprechend einrichten, das Vertragsunternehmen aber hat keinerlei Anreiz ihn abzuprüfen. Ob der Kartenemittent nun einen solchen Betrag für sich selbst definiert oder nicht, ist für die Beziehung zwischen Karteninhaber und Vertragsunternehmen irrelevant. Der Emittent müßte vielmehr die Zahlungsausfälle, die (vermutlich) von einem Überschreiten des (möglicherweise definierten) Höchstlimits herrühren,

²⁹¹ Mit jedem Kunden einen individuellen Kreditvertrag auszuhandeln wäre bei positiven Verhandlungskosten zu teuer. Der Emittent muß daher auf standardisierte Kreditverträge zurückgreifen, MILDE sieht die standardisierten Kreditverträge als zweiten Schritt nach einer vorausgehenden Kreditwürdigkeitsprüfung. In den gegenwärtigen Anträgen der Emittenten werden

genauso behandeln wie die Zahlungsausfälle durch Insolvenz des Karteninhabers. Wird ein Höchstlimit eingeführt, so muß dessen Ignorieren seitens der Vertragsunternehmen auch sanktioniert werden. Die Informationen, die so über Kunden gewonnen werden, können vom Kartenemittenten zu Marketingzwecken genutzt werden. Besteht Kenntnis darüber, wie oft ein Kunde sein Höchstlimit erreicht und dennoch ohne Schwierigkeiten bezahlen kann, macht es für den Emittenten Sinn, diesem Kunden die nächst höhere Kategorie von Kreditkarten anzubieten, die ihm im Rahmen eines breiteren Servicespektrums auch ein größeres Höchstlimit verschafft, in der Regel gegen eine höhere Jahresgebühr für den Emittenten. Die umgekehrte Information ist für den Emittenten ebenfalls von Nutzen: ein Karteninhaber, der wiederholt negativ durch Ausnutzung seines Höchstlimits mit anschließenden Zahlungsschwierigkeiten auffällt, kann eine Kartenkategorie „nach unten“ gestuft werden.²⁹² Der zusätzliche Gewinn, der dem Emittenten dadurch entsteht, kann unter Umständen zur Kompensation an das Vertragsunternehmen weitergegeben werden. Für den Emittenten scheint es aus ökonomischen Überlegungen heraus also durchaus sinnvoll, ein floor limit zu definieren.

(2) Haftung des Vertragsunternehmens

Das Vertragsunternehmen verhält sich gemäß den ihm auferlegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wenn es bei Erreichung der Höchstgrenze Rücksprache bei dem Emittenten hält. Mit dem Abfragen des floor limits wird jedoch die wesentliche Funktion der Kreditkarte, nämlich ein garantiertes Zahlungsverprechen vom Emittenten zu erhalten, teilweise außer Kraft gesetzt und an die Bedingung geknüpft, nachzufragen und sich eine Bestätigung einzuholen. Das floor limit beeinträchtigt darüber hinaus wesentliche Eigenschaften der Kreditkarte, namentlich ihre bequeme Handhabung.

Unangenehm kann dies für den Kunden sein, der möglicherweise nicht in Kenntnis darüber ist, daß er sein Höchstlimit erreicht hat und sich mit einer Prüfung seiner

beide Schritte jedoch kombiniert, in dem die Bonitätsprüfung im Vertrag integriert ist. Vgl. MILDE (1987), S. 321 ff.

²⁹² Vgl. hierzu den Kartenantrag von MORGAN STANLEY (2001): „If for any reason your application for a Platinum Card doesn't meet our criteria, don't worry! You may be offered our Standard Card and still be able to enjoy competitive rates.“

Bonität konfrontiert sieht. Dieser Umstand stellt das Vertragsunternehmen vor eine Abwägungsentscheidung: auf der einen Seite kann es in der Hoffnung auf einen solventen Kunden riskieren, die Transaktion trotz Überschreitung des Höchstlimits durchzuführen und ein womöglich lohnendes, aber risikobehaftetes Geschäft abzuwickeln. Diesem sind die Kosten und die Unannehmlichkeiten, die eine Rückfrage und damit eine Absicherung gegen eine mögliche Insolvenz verursachen, entgegenzuhalten. Besteht häufiger und wiederholter Kontakt zwischen Vertragsunternehmen und Karteninhaber, verfügt das Vertragsunternehmen möglicherweise über ausgesprochen gute Informationen. Je nachdem, ob es sich um einen guten Kunden handelt, der dem Händler schon aus einer längeren Geschäftsbeziehung bekannt ist und nie durch Insolvenz auffiel, kann es für das Vertragsunternehmen rational sein, diesen keiner Rückfrageprüfung zu unterziehen, sondern das Risiko auf sich zu nehmen. Erstattet der Kunde nämlich dem Kartenemittenten den geschuldeten Rechnungsbetrag ordnungsgemäß, muß dieser schließlich, auch wenn das Höchstlimit überschritten wurde, das Vertragsunternehmen bezahlen. Für das Vertragsunternehmen kann dies allerdings, je nach Ausgestaltung der AGB's, mit administrativ aufwendigen Rückforderungen verbunden sein.²⁹³ Kann das Vertragsunternehmen nicht damit rechnen, den Betrag vom Emittenten genauso schnell zu erhalten wie eine gewöhnliche Rechnung, muß es diesen Mehraufwand zusätzlich in seine Kalkulation einbeziehen.

Diese Abwägungsentscheidung muß vom Vertragsunternehmen von Fall zu Fall individuell getroffen werden. Je besser der Kunde, desto eher lohnt es sich, ohne Rücksprache die Gefahr einzugehen, je weniger Informationen über die gegenwärtige Finanzsituation des Kunden vorliegen, desto höher ist das Risiko, welches das Vertragsunternehmen für die Wahrung der Kundenbeziehung eingeht. In jedem Fall sollte dem Vertragsunternehmen aber eine ebenso schnelle Zahlung des Rechnungsbetrages garantiert sein, wie bei einer herkömmlichen Zahlung. Die Sanktion des Kartenemittenten muß daher flexibel ausgestaltet sein: nur bei negativem Ausgang eines Überschreitens des floor limits sollte das Vertragsunternehmen sanktioniert werden. Entscheidet dieses hingegen durch seine besondere Informationslage aus seinem eigenen Risiko-Ertrags-Kalkül, auf

²⁹³ Vgl. TAUPITZ (1995), S. 187 f..

Rücksprache beim Emittenten zu verzichten und die Zahlung geht beim Emittenten problemlos ein, dann sollte das Vertragsunternehmen nicht sanktioniert werden.

Eine andere Lösung besteht darin, für besonders solvente Kunden prinzipiell kein Höchstlimit anzusetzen, da das Kreditausfallrisiko äußerst klein und die Gefahr, möglicherweise eine gute Geschäftsbeziehung zu gefährden - sowohl gegenüber dem Vertragsunternehmen als auch gegenüber dem Kartenemittenten -, verhältnismäßig groß ist. Die Kartenunternehmen haben auf diesen Umstand in der Realität bereits durch das Angebot spezieller Karten reagiert, was als empirisches Indiz für die Sinnhaftigkeit einer solchen Maßnahme zu deuten ist.²⁹⁴

Die prinzipielle Einführung eines Höchstlimits ist aus Sicht des Emittenten sinnvoll, da zusätzliche, wertvolle Informationen über den Karteninhaber gewonnen werden können. Die hierbei realisierten Einsparungen können an das Vertragsunternehmen weitergegeben werden. Wird aber ein Teil des Risikos auf diese Weise auf das Vertragsunternehmen überwält, so darf die Kreditkarte deswegen nicht grundsätzlich die Funktion verlieren, für die Insolvenz des Karteninhabers zu garantieren. Hält sich das Vertragsunternehmen nicht an die Abmachung, weil ihm in seiner besonderen Position bessere Informationen vorliegen - die sich anschließend auch bewahrheiten - muß es damit rechnen können, in angemessener Zeit für seine Auslagen erstattet zu werden. Wird das Vertragsunternehmen aber entweder mit einer Strafe belegt oder hat mit umständlichem Rückforderungsaufwand zu rechnen, entsteht ihm zusätzlicher Aufwand. Dies geht aber über eine reine Beteiligung am Insolvenzrisiko hinaus, denn der Kartenemittent belastet das Vertragsunternehmen zusätzlich, indem er ihm Kosten auferlegt, obwohl der Karteninhaber solvent ist. Dies ist aus Sicht einer ökonomischen Analyse nicht gerechtfertigt.

²⁹⁴ Zum Beispiel hat AMERICAN EXPRESS die *Platinkarte* im Angebot, die nicht beantragt werden kann, sondern den Kunden ab einem bestimmten Umsatz und Bonität *angeboten* wird. Diese Karte bietet den Kunden nahezu unbeschränkte Einsatzmöglichkeiten. Vgl. O.V. (1999), S.10. Als weitere Steigerung dieser Karte gibt es nunmehr die sogenannte *Black American Express Card*, die pro Land durchschnittlich lediglich fünfmal existiert.

c) Zahlungsausfall wegen Zahlungsverweigerung der Karteninhabers

aa) Die Haftungsregelung

Zur Unterbrechung des Zahlungsstromes kann es auch kommen, wenn sich der Karteninhaber weigert, seine Schuld zu begleichen, weil er an der Ware oder Dienstleistung etwas zu beanstanden hat, also *Einwendungen* geltend machen will. Dies kann mit hinreichendem Grund geschehen, zum Beispiel weil der Kunde die Ware gar nicht erhalten hat oder diese tatsächlich mangelhaft ist. Ein Rücktritt kann aber auch ohne ersichtlichen Grund seitens des Karteninhabers geschehen und damit ein bewußt mißbräuchliches Vorgehen darstellen.

Nach wie vor sehr umstritten in der juristischen Literatur sind die Fragen, inwieweit der Karteninhaber dem Emittenten Einwendungen, die ihm im Valutaverhältnis gegenüber den Vertragsunternehmen zustehen, entgegenhalten kann und sich auf diese Weise von seiner Pflicht zum Aufwendungsersatz befreien kann, bzw., ob der Karteninhaber berechtigt ist, seine Weisung an den Kartenherausgeber, die Rechnung gegenüber dem Vertragsunternehmen zu begleichen, zu widerrufen.

Beide Wege führen zum selben Ziel: der Karteninhaber kann verhindern, daß an das Vertragsunternehmen gezahlt wird, er hat folglich auch dem Emittenten keinen Regreß zu leisten. Grundsätzlich hat der Emittent einen Aufwendungsersatzanspruch gemäß §§ 670 und 675 BGB, wenn der Karteninhaber ihn durch Ausfüllen eines Kreditkartenbelegs anweist. Zu prüfen ist nun, ob der Karteninhaber die von ihm ergangene Weisung widerrufen kann. Die meisten AGB's der Kartenemittenten schließen dies aus.²⁹⁵

²⁹⁵ Vgl. z.B. VERTRAGSBEDINGUNGEN FÜR DIE NUTZUNG DER CITIBANK PREFERRED VISA KARTE DER CITIBANK PRIVATKUNDEN AG Nr. 4 Reklamationen und Beanstandungen: „*Reklamationen und Beanstandungen aus dem Verhältnis zwischen Karteninhaber und Vertragsunternehmen oder den dem VISA System angeschlossenen Banken sind unmittelbar und ausschließlich zwischen diesen zu klären.*“ VERTRAGSBEDINGUNGEN AMERICAN EXPRESS BLUE CARD Nr. 9: „*Für die Leistungen unserer Vertragspartner übernehmen wir keine Haftung. Etwaige Meinungsverschiedenheiten, z.B. darüber, ob die Leistungen ordnungsgemäß sind, müssen sie direkt*

In diesem Zusammenhang kann berechtigterweise gefragt werden, ob ein solcher *Widerrufsausschluß* gegen § 307 BGB verstößt. Darüber herrscht in der juristischen Literatur trotz lebhafter Diskussion noch keine Einigkeit.²⁹⁶

Die Frage würde an Bedeutung verlieren, wenn dem Karteninhaber ein sogenannter *Einwendungsdurchgriff* möglich ist. Der sogenannte *Einwendungsdurchgriff* des Karteninhabers, also das Recht, Einwendungen aus dem Valutaverhältnis auch im Vertragsverhältnis gegenüber dem Emittenten geltend zu machen, führt nämlich zum selben Ergebnis wie die Gewährung des Widerspruchsrechts. Dieses Recht würde ihm § 9 III VerbrKrG geben, falls es sich bei beiden um ein sogenanntes *verbundenes Geschäft* handelt und das Verbraucherkreditgesetz Anwendung findet.²⁹⁷ § 9 III VerbrKrG gestattet die Rückzahlung eines Darlehens zu verweigern, wenn Mängel in dem verbundenen Kaufvertrag auftreten, zu dessen Finanzierung der Kredit dient. Einschlägiges Beispiel ist ein Autokauf auf Raten, bei welchem Autohaus und Finanzierungsbank zusammenarbeiten. Nach herrschender Meinung können ein

mit dem Vertragspartner regeln; Ihre Verpflichtung zum sofortigen Ausgleich unserer monatlichen Rechnungen wird dadurch nicht berührt.“

²⁹⁶ Vgl. für eine ökonomische Analyse des Widerrufsrechts BITTER: Der Karteninhaber ist in der besten Position das Entstehen eines Widerspruchs zu *verhindern*. Trägt er das Widerspruchsrisiko nicht, ergibt sich jedoch die Gefahr eines *Moral Hazard-Risikos*, die droht, da der Karteninhaber im Bewußtsein, daß der Emittent das Risiko trägt, einen Anreiz zum häufigen, unbegründeten Widerspruch hat. Gegen einen Widerrufsausschluß spricht allerdings der Schaden des Karteninhabers in Fällen der Insolvenz des Vertragsunternehmens. Der Karteninhaber sollte das Recht haben, der Zahlung zu widersprechen, wenn vom Vertragsunternehmen keine Leistung mehr erwartet werden kann. Eine solche Insolvenz wiederum kann aber der Kartnemittent sowohl besser vermeiden, bzw. vorhersehen, da er in direktem Kontakt zu den von ihm akquirierten Händlern steht, als auch im Fall eines Schadenseintritts besser streuen. Die ihm dadurch entstehenden Kosten würde der Emittent freilich auf *alle* Karteninhaber überwälzen, so daß sich ein *adverses Selektions Problem* für diejenigen ergibt, die das Widerspruchsrecht nicht in Anspruch nehmen (wollen). Eine effiziente Lösung bestünde deshalb beispielsweise darin, verschiedene Kartentypen zuzulassen, die preislich unterschiedlich ausgestaltet sind und je nachdem das Widerspruchsrecht einschließen oder nicht. Vgl. BITTER (1996), S. 109 ff..

Dabei handelt es sich um das Instrument der *Selbstselektion*. Vgl. zu diesem Vorschlag COOTER/RUBIN (1987), S. 188 ff.. BITTER spricht sich hingegen für einen grundsätzlichen Ausschluß des Widerrufsrechts aus, indem er ausführt, daß der Karteninhaber das Risiko besser vermeiden kann, das Vertragsunternehmen sich hingegen dagegen versichern müßte. Stehen sich aber die Möglichkeiten der Versicherung und der Vermeidung gleichberechtigt gegenüber, so ist aufgrund einer *Moral Hazard* Gefahr der Vermeidung Vorzug zu geben. Vgl. BITTER (1996), S. 113. Für eine kritische Entgegnung vgl. STEINER (1997), S. 8 f..

²⁹⁷ Vgl. hierzu § 9 VerbrKrG:

- (1) Ein Kaufvertrag bildet ein mit dem Kreditvertrag verbundenes Geschäft, wenn der Kredit der Finanzierung des Kaufpreises dient und beide Verträge als wirtschaftliche Einheit anzusehen sind....
- (2) Der Verbraucher kann die Rückzahlung des Kredits verweigern, soweit Einwendungen aus dem verbundenen Kaufvertrag ihn gegenüber dem Verkäufer zur Verweigerung seiner Leistung berechtigen würden....

Kreditkartenvertrag und ein Kaufvertrag jedoch nicht in diesem Sinn als verbundenes Geschäft angesehen werden.²⁹⁸ Hierbei wird meist mit Hilfe der *Barzahlungsanalogie* argumentiert: die Kreditkartenzahlung soll einen Ersatz für die Barzahlung darstellen und daher dieser so ähnlich wie möglich sein. Im Barzahlungsfall aber hätte der Karteninhaber bereits gezahlt und keine Möglichkeit, die Zahlung hinterher einfach zu verweigern.²⁹⁹ Ein Einwendungsdurchgriff scheidet damit aus und die Frage nach der Möglichkeit des Karteninhabers, seine Weisung zu widerrufen, wird entscheidend.

Gestattet man dem Karteninhaber einen solchen Widerruf, betrifft das in jedem Fall immer dann auch das Vertragsunternehmen, wenn der Kartenemittent vertraglich sogenannte *Rückforderungsklauseln* vereinbart hat. Diese setzen fest, daß das Vertragsunternehmen zur Rückerstattung des erhaltenen Betrages an den Emittenten verpflichtet ist, wenn der Karteninhaber bestimmte Einwendungen erhebt, auch wenn zunächst ordnungsgemäß ein Anspruch des Vertragsunternehmens gegen den Emittenten entstanden ist.

In der Praxis sichern sich allerdings die Kartenemittenten häufig eine besonders günstige Position sowohl in den jeweiligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Karteninhabern als auch gegenüber Vertragsunternehmen. Sie kombinieren einen *Widerrufsausschluß* für den Karteninhaber mit einem *Rückforderungsrecht* bereits geleisteter Zahlungen zu Lasten des Vertragsunternehmens.³⁰⁰ Dadurch geraten sie in die komfortable Lage, entscheiden zu können, ob einem Widerspruch des Karteninhabers nachgekommen werden soll und von der Rückforderungsklausel gegenüber den Vertragsunternehmen Gebrauch gemacht wird oder ob statt dessen das Vertragsunternehmen seine Leistung behalten kann und der Karteninhaber auf den Widerrufsausschluß verwiesen wird. Solche Rückforderungsklauseln sind gegenüber den Vertragsunternehmen im Grundsatz zulässig: mit geringen Abweichungen verpflichten alle Kartenemittenten die Vertragsunternehmen dazu, sämtliche Einreden

²⁹⁸ Vgl. LANGENBUCHER (2001), S. 280 ff..

²⁹⁹ Vgl. SCHÖN (1998), S. 401.

³⁰⁰ Vgl. American Express International, Vertragspartnerbedingungen (AGB-VU American Express) Nr.6; AGB-VU Diners Club Nr.7; AGB-VU GZS Gesellschaft für Zahlungssystem mbH Einzelhandel-Servicevereinbarung § 9 und Dienstleistungsvereinbarung § 9 sowie Vereinbarung zur Teilnahme am Eurocard-Service für Reiseveranstalter-Leistungen Nr.5; AGB-VU Visa – B+S Card Service GmbH Nr.7 und Citicorp Kartenservice GmbH Nr.7.

und Einwendungen aus Geschäften unmittelbar mit den Karteninhabern selbst zu regeln.³⁰¹ Insbesondere erwähnt werden Fälle, in denen der Kunde die Ware gar nicht erhalten hat, sie schriftlich, telephonisch oder per Internet bestellt hat und ihr vorher zugesicherte Eigenschaften fehlen oder er die Echtheit der Bestellung oder seiner Unterschrift bestreitet. In diesen Fällen zeichnet sich der Kartenemittent laut der allermeisten AGB's von der Verantwortung frei, dem Vertragsunternehmen den Rechnungsbetrag zu erstatten. Dies gewinnt insbesondere dann an Bedeutung, wenn sich der Karteninhaber im Ausland befindet und daher seiner schwer habhaft zu werden ist. Dazu kam es etwa im inzwischen berühmt gewordenen „HEIDELBERGER TEPPICHFALL“.³⁰² Eine Amerikanerin hatte einen Teppich in Heidelberg erworben, diesen per Kreditkarte bezahlt und mitgenommen. Zurück in den Vereinigten Staaten von Amerika widersprach sie der Kreditkartenabbuchung - ein Recht, welches ihr nach der dortigen Gesetzeslage vom Emittenten eingeräumt werden muß. Das Kartenunternehmen machte von der Rückforderungsklausel gegenüber dem Vertragsunternehmen Gebrauch, mit der Folge, daß der Heidelberger Teppichverkäufer die Ware allenfalls in den USA hätte zurückverlangen können.

Bislang kaum diskutiert wird ein möglicher Ausschluß dieser AGB-Klausel gemäß § 307 BGB. Denkbar wäre, hier zu argumentieren, daß das Absichern des Emittenten nach beiden Seiten, also gegenüber dem Karteninhaber und dem Vertragsunternehmen, eine unberechtigte Benachteiligung darstellt und daher unzulässig ist. In der Praxis finden sich diese Klauseln jedoch unbehelligt in nahezu allen AGB-VU's.³⁰³

³⁰¹ Besonders deutlich formuliert AMERICAN EXPRESS AGB-VU NR. 6:

„... Wenn das Mitglied sich wegen einer Reklamation weigern sollte, den vollen Betrag der Belastung an American Express zu zahlen, wird der Vertragspartner American Express den strittigen Betrag erstatten; American Express ist auch berechtigt, den Betrag von nachfolgenden Zahlungen an den Vertragspartner abzuziehen...“

Ebenso zu verstehen sind EUROCARD AGB-VU § 9:

„... Weigert sich der Karteninhaber, wegen einer Beschwerde oder Reklamation an EUROCARD den vollen Betrag zu zahlen, weil der Ware oder Leistung schriftlich zugesicherte Eigenschaften fehlen oder sie nicht einer schriftlichen Produktbeschreibung entspricht, wird das Vertragsunternehmen EUROCARD den nicht gezahlten Vertrag erstatten. Eurocard ist auch zur Verrechnung berechtigt. In beiden Fällen wird EUROCARD die Forderung gegen den Karteninhaber in Höhe des EUROCARD erstatteten oder verrechneten Betrages wieder auf das Vertragsunternehmen übertragen.“

³⁰² Vgl. LG Heidelberg, WM 1988, S. 773.

³⁰³ Vgl. LANGENBUCHER (2001), S. 270 ff..

Weigert sich der Karteninhaber zu bezahlen und gibt das Kartenunternehmen dem nach, kommt es also zu einem Zahlungsausfall, weil der Karteninhaber seinen Zahlungsverpflichtungen nicht *nachkommen will*, trägt de facto das Vertragsunternehmen dieses Risiko.

bb) Die ökonomische Analyse

Hat ein Kunde eine Ware oder Dienstleistung erworben und mit seiner Kreditkarte bezahlt, ergeben sich nach Abwicklung des Kaufs Schwierigkeiten, wenn der Kunde Einwendungen gegen den Kauf erhebt. Diese Einwendungen können berechtigt sein. Insbesondere in Fällen, in denen der Kunde die Ware gar nicht erhalten hat oder sie schriftlich, telephonisch oder auf elektronischem Wege bestellt hat und ihr vorher zugesicherte Eigenschaften fehlen, hat der Kunde guten Grund, von seinem Kauf zurücktreten zu wollen. Dieser Sachverhalt gewinnt besonders an Bedeutung, wenn man die wachsende Zahl von Käufen per Internet im Rahmen des elektronischen Handels bedenkt. Der Kunde kann außerdem die Echtheit der Bestellung oder seiner Unterschrift bestreiten, d.h. zu recht oder zu unrecht behaupten, der Kaufvorgang sei von einem anderen ohne sein Wissen eingeleitet worden. Die Zahlungsverweigerung kann also ihre Ursache auch in bewußt mißbräuchlichem Verhalten seitens des Karteninhabers haben, indem er sich weigert zu bezahlen, obwohl seine Einwendungen keine berechtigte Grundlage haben.

Rechtlich sind die Allgemeinen Vertragsbedingungen (AGB) der verschiedenen Kartenemittenten einschlägig, die sich in ihrem Inhalt nur geringfügig unterscheiden. Mit minimalen Abweichungen im Wortlaut verpflichten alle Kartenemittenten die Vertragsunternehmen dazu, sämtliche Einreden und Einwendungen aus Geschäften unmittelbar mit den Karteninhabern selbst zu regeln. Daher trägt der Kartenemittent laut jedenfalls der allermeisten AGB's keine Verantwortung dafür, dem Vertragsunternehmen den Rechnungsbetrag zu erstatten, wenn sich der Karteninhaber weigert, diesen zu bezahlen. Der oben erwähnte Heidelberger Teppichfall zeigt, daß der Emittent darüber hinaus aufgrund von abweichender ausländischer Gesetzgebung sogar dazu verpflichtet sein kann. Laut der meisten Kunden-AGB's ist es in

Deutschland außerdem für den Karteninhaber ausgeschlossen, gegenüber dem Kartenemittenten die Zahlungsanweisung zu widerrufen.³⁰⁴ Die Kartenemittenten sichern sich so in der gegenwärtigen Situation nach zwei Seiten ab. Durch ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen garantieren sie den Vertragsunternehmen keine Bezahlung, falls der Karteninhaber sich weigert, seiner Verpflichtung nachzukommen, den Karteninhabern aber gestehen sie nicht das Recht zu, ihre Zahlungen zu widerrufen. Die Emittenten maximieren damit die Wahrscheinlichkeit, eine Zahlung zu erhalten.

Diese Kombination von beiden AGB-Klauseln würde von deutschen Gerichten, käme es zu einem Rechtsstreit, vermutlich als nach § 307 Absatz 1 und 2 BGB unwirksam beurteilt werden. Da allerdings die allermeisten Vertragsunternehmen, insbesondere aber die meisten Karteninhaber, nicht in Kenntnis der doppelten Rückversicherung der Emittenten sind, ist es seit Jahren Praxis, beide Klauseln zu verbinden. Es kann daher davon ausgegangen werden, daß die überwiegende Zahl an Karteninhabern, die einen Widerruf erwägen, dies, im Vertrauen darauf, daß sie sich der AGB-Klausel zu beugen haben, unterlassen. Dasselbe, wenn auch möglicherweise in geringerem Maße, gilt für die Vertragsunternehmen.

(1) Die Beteiligung des Kartenemittenten

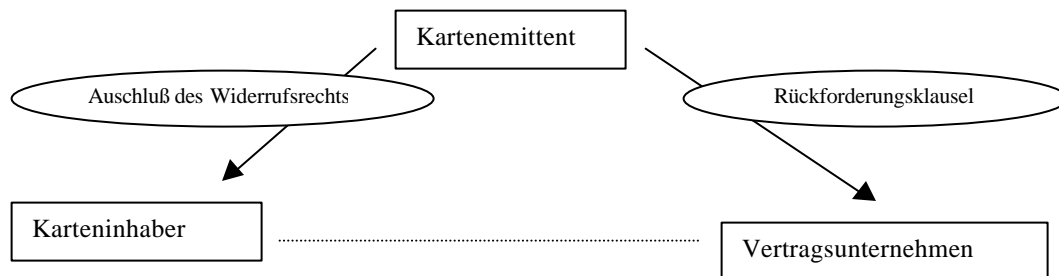
Die gegenwärtige Situation der AGB's der Kartenemittenten verbindet einen Ausschluß des *Widerspruchsrechts* für den Karteninhaber mit einer *Rückforderungsklausel* für das Vertragsunternehmen. Diese Regelung benachteiligt einseitig das Vertragsunternehmen, indem der Kartenemittent sich das Recht vorbehält, eine Zahlung zurückzufordern, eben dieses Recht aber der Zahlungsquelle, nämlich dem Karteninhaber, nicht gewährt. Der Kartenemittent wird damit zum willkürlichen Entscheider darüber, ob er den Widerspruch des Karteninhabers für

³⁰⁴ Vgl. z.B. VERTRAGSBEDINGUNGEN FÜR DIE NUTZUNG DER CITIBANK PREFERRED VISA KARTE DER CITIBANK PRIVATKUNDEN AG Nr. 4 Reklamationen und Beanstandungen: „*Reklamationen und Beanstandungen aus dem Verhältnis zwischen Karteninhaber und Vertragsunternehmen oder den dem VISA System angeschlossenen Banken sind unmittelbar und ausschließlich zwischen diesen zu klären.*“ VERTRAGSBEDINGUNGEN AMERICAN EXPRESS BLUE CARD

Nr. 9: „*Für die Leistungen unserer Vertragspartner übernehmen wir keine Haftung. Etwaige Meinungsverschiedenheiten, z.B. darüber, ob die Leistungen ordnungsgemäß sind, müssen sie direkt mit dem Vertragspartner regeln; Ihre Verpflichtung zum sofortigen Ausgleich unserer monatlichen Rechnungen wird dadurch nicht berührt.*“

berechtigt hält und sich kulant zeigt, indem er ihn ausnahmsweise gewähren will, oder ihn ablehnt.³⁰⁵ Diese Rechtslage ermöglicht dem Kartenemittenten die Möglichkeit zum Moral Hazard-Verhalten, da zwischen Emittent und Vertragsunternehmen die Informationen asymmetrisch verteilt sind.

Abbildung 4.1:



Die Frage, die sich unmittelbar stellt, ist daher, inwiefern der Emittent in das Risiko aus Zahlungsverweigerung des Karteninhabers eingebunden werden soll, bzw., ob er überhaupt auf der Ebene des Valutaverhältnisses intervenieren sollte.

Die gegenwärtige Situation, in der der Kartenemittent beide Rechte auf sich vereint, ist aus den erläuterten Gründen nicht erstrebenswert. Wie wäre aber die umgekehrte Verteilung der Rechte zu beurteilen? Der Karteninhaber würde über das Widerspruchsrecht verfügen, der Emittent hätte aber gegenüber dem Vertragsunternehmen kein Rückforderungsrecht, sondern müsste dies im Einzelfall einklagen. Der Streit über den berechtigten oder unberechtigten Widerspruch des Karteninhabers würde damit aus dem Valutaverhältnis heraus in das Vollzugsverhältnis zwischen Emittent und Vertragsunternehmen hinein verlagert.

In der juristischen Literatur wird dieses Vorgehen aus der folgenden Überlegung heraus abgelehnt. Handelt es sich seitens des Karteninhabers um einen berechtigten Einwand, und er hat kein Widerspruchsrecht, trifft diesen ungerechtfertigterweise das

³⁰⁵ Vgl. LANGENBUCHER (2001), S. 270 ff..

mögliche Insolvenzrisiko des Vertragsunternehmens, was als nicht sachgerecht empfunden wird.³⁰⁶ Außerdem hat der Karteninhaber mit den sogenannten Rückabwicklungskosten des Vertrages zu kämpfen, die insbesondere bei Auslandsgeschäften erheblich sein können.³⁰⁷ Insofern wäre ein Widerspruchsrecht des Karteninhabers durchaus zu befürworten. Beides wiegt hingegen nicht die sogenannten „Beurteilungskosten“ auf, die dem Emittenten entstehen, wenn er bei mangelhafter Informationslage eine Entscheidung darüber treffen soll, ob der Widerspruch des Karteninhabers gerechtfertigt ist oder nicht.³⁰⁸ „*Es besteht daher*“, so folgert BITTER, „*ein Interesse, den Kartenemittenten aus dem Streit herauszuhalten.*“³⁰⁹

Aus ökonomischer Sicht scheint ein, jedenfalls partielles, „Heraushalten“ des Kartenemittenten ebenfalls gerechtfertigt – jedoch aus einem anderen Grund.

Der Kartenemittent nimmt weder direkt noch indirekt am eigentlichen Kaufvorgang teil. Die einzigen Informationen, die ihm vorliegen, sind die Zahlungsgewohnheiten des Karteninhabers und ex post Informationen darüber, bei welchem Anlaß die Rechnungen entstanden sind. Kontakt zum und Kenntnis des Vertragsunternehmens besteht jedoch aus der Akquisitionsbeziehung. Eine Schlechtlieferung des Vertragsunternehmens oder eine unbegründete Zahlungsverweigerung des Karteninhabers durch reines Monitoring zu entschärfen, dürfte sich aber schwierig gestalten. Der Kartenemittent verfügt dafür aber über ausgezeichnete Möglichkeiten, dieses Risiko zu streuen und es beispielsweise in Form höherer Jahresbeiträge auf die Karteninhaber zu überwälzen. Es ist denkbar, daß der Karteninhaber eine solche Regelung geradezu als zusätzliche Serviceleistung empfindet, und die Dienstleistung, ihm die Umstände eines Widerspruchsverfahrens abzunehmen, durchaus bereit ist, zu bezahlen.

Der Kartenemittent sieht sich mit einer solchen Regelung aber einem anderem Problem gegenüber. Kann sich der Karteninhaber gänzlich darauf verlassen, daß sein Widerspruch in jedem Fall vom Kartenemittenten zunächst berücksichtigt wird, egal,

³⁰⁶ Vgl. BITTER (1996), S. 110.

³⁰⁷ Vgl. WOLF/HORN/LINDACHER (1999), § 9 Rz. K 54.

³⁰⁸ Vgl. PÜTHOFF (1974), S. 179 und BITTER (1996), S. 111.

ob unberechtigt oder nicht, führt dies zu einem Moral Hazard-Risiko auf Seiten des Karteninhabers. Er unterliegt dem Anreiz, einen Kauf grundlos und willkürlich wieder rückgängig zu machen, da er sicher sein kann, daß sich um die aus dieser Entscheidung entstehenden Unannehmlichkeiten auf einer anderen Ebene gekümmert wird. Um diese Kosten tragen zu können, muß der Emittent eine vergleichsweise hohe Gebühr für die Karte verlangen – dies schreckt hingegen alle guten Kunden ab, und es kommt zur bekannten Negativauslese. Das Ergebnis ist wiederum ein Adverse s Selektions-Problem.

Eine vollständige Involvierung des Kartenemittenten erscheint also auch aus dem Blickwinkel der ökonomischen Analyse nicht gerechtfertigt. Ob dem Emittenten allerdings überhaupt keine Aufgabe zukommen soll, muß noch weiter untersucht werden.

(2) Die Alternativen

Welche Alternativen verbleiben also, um das Risiko auf Vertragsunternehmen und Karteninhaber zu verteilen? Zu unterscheiden sind zwei Fälle: entweder muß sich das Vertragsunternehmen an den Kunden halten, um nach widerrufener Leistung das Geld zurückzuerhalten, wenn es der Meinung ist, es liege keine berechtigte Einwendung vor, oder aber der Karteninhaber muß auf das Vertragsunternehmen zukommen um die Rückabwicklung einzuleiten, wenn er glaubt, berechtigte Einwendungen zu haben. Im folgenden soll geprüft werden, welche der beiden Alternativen aus Effizienzgesichtspunkten sinnvoller erscheint.

(a) Das Vertragsunternehmen

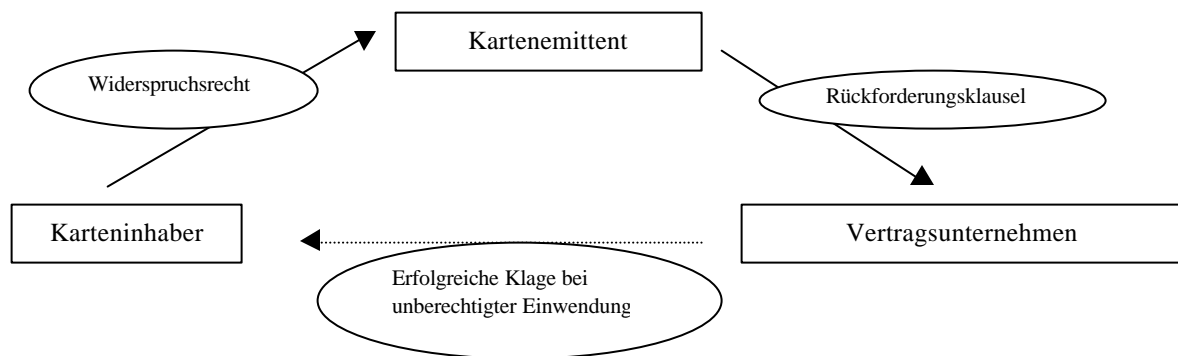
Die Beziehung zwischen Vertragsunternehmen und Käufer kann als wechselseitige Prinzipal-Agenten-Beziehung aufgefaßt werden. Der Käufer erwartet Leistung im Austausch gegen erbrachte Bezahlung, das Vertragsunternehmen erwartet Bezahlung im Austausch gegen erbrachte Leistung. Im Falle der Kreditkartenzahlung delegiert das Vertragsunternehmen jedoch die Überwachung darüber, ob der Kunde fristgerecht

³⁰⁹ Vgl. BITTER (1996), S. 111.

und vollständig bezahlt, an den Kartenemittenten, der in seiner Rolle als Finanzintermediär als Kreditmittler fungiert.³¹⁰

Sollte das Vertragsunternehmen das Risiko aus der Zahlungsverweigerung des Kunden tragen, müßte aus Sicht des Emittenten ein Widerspruchsrecht des Karteninhabers mit einer Rückforderungsklausel des Emittenten gegenüber dem Vertragsunternehmen gekoppelt sein. Eine solche Rechtskonstellation findet sich beispielsweise in den USA. Dort sind Rückforderungsklauseln zwingend vorgeschrieben, da § 170 des *Consumer Credit Protection Act* dem Karteninhaber die Möglichkeit zum sogenannten *Einwendungsdurchgriff* gegen die Forderung des Kartenemittenten unter Berufung auf Mängel des Valutaverhältnisses eröffnet.³¹¹

Abbildung 4.2:



Für das Vertragsunternehmen stellt sich zunächst das Risiko der Insolvenz des Karteninhabers bei unberechtigter Einwendung. Das Risiko ist für das Vertragsunternehmen ein typischerweise unsystematisches Risiko und zu diversifizieren.

Denkbar wäre, daß sich das Vertragsunternehmen gegen ein solches Risiko fremdversichern kann. Versichert sich ein Vertragsunternehmen aber, so ist es dem Anreiz ausgesetzt, in Kooperation mit dem Kunden Versicherungsbetrug zu begehen.

³¹⁰ Es handelt sich hierbei auch um ein Fall von *Delegated Monitoring*. Vgl. NEUBERGER (1998), S. 24 ff..

³¹¹ Vgl. LANGENBUCHER (2001), S. 276. Zur Erläuterung des Einwendungsdurchgriffs vgl. Fn 215.

Eine Unzahl von Käufen, die unter normalen Umständen nicht abgeschlossen würden, könnten zum Abschluß kommen, indem dem Kunden suggeriert wird, daß er im „äußersten Fall“ vom Kauf zurücktreten kann, da das Vertragsunternehmen für eben jenen Fall versichert ist. Von den Mehrkäufen, die sich dadurch für das Vertragsunternehmen realisieren ließen, wären für dieses deutliche Umsatzsteigerungen zu erwarten. Aus diesem Anreiz ergibt sich für Versicherungsanbieter aber ein adverses Selektions-Problem, das früher oder später zum Zusammenbruch des Marktes führen würde.

Das Vertragsunternehmen kann freilich den Schaden selbst diversifizieren, indem es den entstehenden Schaden auf die Vielzahl seiner Kunden umlegt. Ist das in Form einer Preiserhöhung aber nicht möglich, ist für das Vertragsunternehmen mit einem Gewinnrückgang zu rechnen – dies hat unmittelbar zur Folge, daß das Vertragsunternehmen einen Anreiz hat, ordnungsgemäß zu leisten und damit die Zahl der Widersprüche auf ein Minimum zu reduzieren. Für die verbleibende Zahl an – unberechtigten – Einwendungen muß dann erwogen werden, ob sich der Kostenaufwand gerichtlich vorzugehen lohnt, oder der Schaden lieber zu tragen ist. Kommt es aber zu einer ungewöhnlich hohen Zahl an Widersprüchen, ist durchaus denkbar, daß das Vertragsunternehmen die Akzeptanz der Kreditkarte einstellt und auf ein bargeldnäheres Zahlungsinstrument umsteigt.

Für das Vertragsunternehmen stellt sich darüber hinaus, trägt es die gesamte Verantwortung aus „Schlechtleistung“, die Gefahr eines Moral Hazard seitens des Karteninhabers. Weiß dieser, daß im Zweifelsfall das Vertragsunternehmen unter Aufwendung hoher Kosten klagen muß, um an das verlorene Geld zu kommen, wird er eher bereit sein zu versuchen, von einem ungewollten Kauf zurückzutreten, auch wenn er keine wirklich begründete Einwendung hat. Die Möglichkeiten, dieses Moral Hazard-Risiko zu entschärfen, sind für das Vertragsunternehmen sehr begrenzt. Das Vertragsunternehmen hat zwar in der Regel direkten Kontakt zum Kunden. Es entspricht aber in der überwiegenden Anzahl von Fällen für das Vertragsunternehmen nicht rationalem Verhalten, den Käufer einer weiterführenden eingehenden Prüfung zu unterziehen, um ein Risiko zu minimieren, dessen Eintreten völlig unabsehbar und

aus Sicht des Vertragsunternehmens zunächst sehr unwahrscheinlich ist. Das Vertragsunternehmen wäre daher zur Reduktion des Moral Hazard-Risikos gezwungen, sich im Standardvertrag mit dem Kunden gegen jegliche Art des Widerspruchs abzusichern, was aber bei Prüfung durch die §§ 305 ff. BGB problematisch ist und eher schwer praktikabel erscheint. Rechtlich zu prüfen bliebe allerdings, ob es möglich ist, Widersprüche nur im Fall von Kreditkartenzahlungen einzuschränken, so daß der Kunde die Wahl hat, ein anderes Zahlungsinstrument zu benutzen, das ihm unter Umständen andere rechtliche Möglichkeiten eröffnet. Das Problem würde damit durch eine Selbstselektion entschärft. Die Wahl des Zahlungsinstruments des Karteninhabers offenbart Informationen über sein zukünftiges (und vergangenes) Verhalten.

Darüber hinaus kann es für das Vertragsunternehmen je nach Transaktionssumme auch ganz und gar nicht lohnend sein, gerichtlich gegen den Kunden vorzugehen, selbst wenn es sich darüber im Klaren ist, daß es sich um einen unberechtigten Einwand handelt. Die Kosten, die eine solche Klage verursacht, können bei weitem über dem „Gewinn“ liegen, den das Vertragsunternehmen erzielt, würde ihm Recht gegeben.

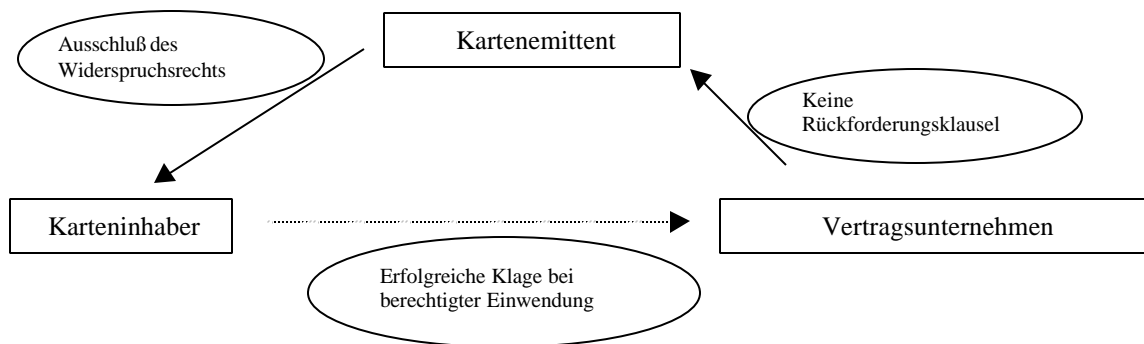
Schließlich ist sogar ein Moral Hazard-Risiko des Kartenemittenten mit ähnlichen Folgen denkbar. Um mehr Kunden anzuwerben und sich kulant zu zeigen, ist vorstellbar, daß sich das Kartenunternehmen „anbietet“, allerlei Einwendungen für den Karteninhaber gegenüber dem Vertragsunternehmen durchzusetzen – auf Kosten und zu Lasten des Vertragsunternehmens.

(b) Der Karteninhaber

In der juristischen Literatur wird des öfteren vorgeschlagen, den Karteninhaber selbst für das Risiko der Zahlungsverweigerung verantwortlich zu zeichnen.³¹² Dies kann durch einen Widerrufs Ausschluss des Karteninhabers gegenüber dem Emittenten in Verbindung mit einer Löschung der Rückforderungsklausel des Emittenten gegenüber dem Vertragsunternehmen erreicht werden.

³¹² Vgl. BITTER (1996), S. 104 ff..

Abbildung 4.3:



Für den Karteninhaber stellt sich in diesem Fall die Gefahr der Insolvenz des Vertragsunternehmens bei berechtigten Einwendungen. Der Karteninhaber hat, anders als das Vertragsunternehmen, keine Möglichkeit zur Diversifikation und muß im Extremfall einen hohen Schaden tragen, der, je nach zugrundeliegender Transaktion, gravierende finanzielle Konsequenzen haben kann.³¹³

Darüber hinaus ist der Karteninhaber der Gefahr eines Moral Hazard-Risikos des Vertragsunternehmens ausgesetzt. Weiß das Vertragsunternehmen, daß der Karteninhaber bei Einwendungen unter Aufwendung hoher Kosten seinen Widerspruch und die Rückabwicklung des Geschäfts „erklagen“ muß, hat es unmittelbar einen größeren Anreiz zur Schlechtleistung als im umgekehrten Fall. Der Karteninhaber hat seinerseits nur begrenzte Möglichkeiten, auf dieses Moral Hazard-Risiko Einfluß zu nehmen. Er kann die Ware freilich vor Kauf eingehend prüfen, was ihm allerdings Kosten verursacht. Außerdem ist das Prüfen der Ware vor Abschluß der Transaktion in vielen Fällen, nämlich immer dann wenn über das Internet oder telephonisch bestellt wird, nicht oder nur sehr eingeschränkt möglich. Hier ist die entscheidende Variable das Rückgaberecht, bzw. die vom Vertragsunternehmen eingeräumte Rückgabefrist sowie die mit einer Rücksendung verbundenen Kosten.

³¹³ Ein Beispiel für schwere finanziellen Folgen ist der Erwerb einer kostspieligen Reise mit anschließender Insolvenz des Reiseveranstalters.

(c) Kombinationslösungen

Nach den obigen Überlegungen ist deutlich geworden, daß beide Alternativlösungen in der dargestellten Form nicht wünschenswert sind. Auf der einen Seite steht der Anreiz des Vertragsunternehmens zur Schlechtleistung, auf der anderen Seite die Gefahr eines Moral Hazard-Risikos durch den Karteninhaber, das zur zunehmenden Substitution der Kreditkarte durch ein bargeldnäheres Zahlungsinstrument führt. Es gilt abzuwägen. Es ist eine Lösung auszuarbeiten, in der die Anreizwirkungen auf jede der beteiligten Parteien bestmöglich ausgenutzt wird.

So wäre beispielsweise denkbar, den Vertragsunternehmen die Möglichkeit einzuräumen, denjenigen Kauf- oder Dienstleistungsvertrag, der mit der Kreditkarte bezahlt wird, anders auszugestalten als denjenigen, der bar bezahlt wird. Der Karteninhaber wäre sich nunmehr bei seiner Kaufentscheidung darüber im Klaren, ob er den mit der Kreditkartenzahlung gekoppelten Vertrag abschließen will oder nicht. Dies ist der Einsatz des bereits bekannten Instruments der Selbstselektion. Dieser könnte ihm - beispielsweise - das Widerspruchsrecht bei der Kreditkartenzahlung entziehen. Der vollständige Ausschluß des Widerspruchs stellt für den Käufer aber eine harte Bedingung dar, mit deren Akzeptanz nur zu rechnen ist, wenn vollständige Klarheit über den zu erwerbenden Gegenstand besteht. Damit wäre das Vertragsunternehmen wiederum dem Anreiz der Schlechtleistung ausgesetzt. Außerdem würde diese Regelung die Möglichkeiten des Einsatzes von Kreditkarten gerade bei Bestellungen über das Internet oder auf telephonischem Wege erschweren, wo sie aber besonders beliebt ist, denn gerade hier ist keine Prüfung möglich. Der Anreiz zur Schlechtlieferung wird aber dadurch gemindert, daß der Karteninhaber die Wahl hat, auf ein anderes, weniger bindendes Zahlungsinstrument umzusteigen und den Kauf damit zu tätigen. Wechselt der Karteninhaber das Zahlungsinstrument, kann dies allerdings durchaus im Interesse des Vertragsunternehmens sein, da es beispielsweise bei bargeldnäheren Zahlungsinstrumenten mit geringeren Gebühren zu rechnen hat. Das Vertragsunternehmen wird daher abwägen zwischen Kosten einer Kartenzahlung und Kosten der Verpflichtung zur ordentlichen Leistung. So kann im Extremfall zwar der Anreiz der Schlechtleistung reduziert werden, dies aber auf Kosten der Einsatzhäufigkeit der Kreditkarte als Zahlungsinstrument. Bei einer solchen Regelung wäre freilich mit einer Gegenreaktion der Kartenemittenten zu

rechnen. Wenn ein gesonderter Kaufvertrag für Kreditkartenzahlungen sich negativ auf den Absatz der Karten auswirken würde, hätten die Emittenten einen Anreiz, dem Vertragsunternehmen das Risiko wieder abzunehmen, indem sie keine Rückforderungsklausel erheben. Bestünde dann aber für den Karteninhaber ein Widerspruchsrecht, wäre der Streit wiederum ins Vollzugsverhältnis hineinverlagert, was aus den oben erläuterten Gründen nicht wünschenswert ist.

Eine weitere denkbare Möglichkeit wäre es, dem Karteninhaber das Widerspruchsrecht zu gewähren und den Emittenten mit einer modifizierten Rückforderungsklausel gegenüber dem Vertragsunternehmen auszustatten. Diese Rückforderungsklausel müßte insofern differenziert sein, als sie dem Vertragsunternehmen erlaubt, der Rückforderung in bestimmten Fällen zu widersprechen, etwa wenn ihm nachweislich bessere Informationen über den eigentlichen Tatbestand vorliegen, als dem Emittent für seine Entscheidungsgrundlage dienen. Der Streit wäre damit allerdings wieder auf die Ebene zwischen Emittent und Vertragshändler verlagert, sowie freilich erhebliche Kosten verursacht. Bei erfolgreichem Einspruch des Vertragsunternehmens gegen den Emittenten müßte sich dieser wiederum entweder an den Karteninhaber wenden oder aber, wenn dies zu aufwendig ist, den entstandenen Schaden über die Vielzahl von Karteninhabern streuen, was sich wiederum in erhöhten Gebühren niederschlagen würde.

Nach diesen Überlegungen wird deutlich, daß eine Kombinationslösung nicht einfach zu finden ist und in jedem Fall die eine oder andere unerwünschte Nebenwirkung mit sich bringt. In diesem Lichte besehen scheint die bestehende rechtliche Situation, beide unerwünschten Anreizwirkungen für jeweils Vertragsunternehmen und Kartenemittent auszuschließen, eigentlich recht zufriedenstellend: durch den Ausschluß des Widerspruchsrechts ist der Karteninhaber einerseits nicht dem Anreiz ausgesetzt, grundlos Einsprüche gegen getätigte Käufe geltend zu machen, das Vertragsunternehmen andererseits hat durch die Rückforderungsklausel den Anreiz, ordnungsgemäß zu liefern. Einzig unerwünschte Wirkung ist jedoch, daß der Emittent über zuviel Verhandlungsmacht verfügt: durch seine einzigartige Position ist er in der Lage, von Fall zu Fall zu entscheiden, ob er einen Widerspruch des Karteninhabers gewährt, bzw. einen Rechnungsbetrag vom Vertragsunternehmen zurückfordert, oder

nicht. Dies schafft ihm die Möglichkeit, Kosten auf die anderen am System beteiligten Parteien zu überwälzen, die über eine reine Anreizbildung hinausgehen. Eine geeignete Kombinationslösung müßte daher die Rechte des Emittenten in geeigneter Weise einschränken. Dies könnte unter Umständen durch eine Verpflichtung zur Offenlegung aller Aktionen erreicht werden. Wäre der Emittent gesetzlich verpflichtet, seine Handlungen für Vertragsunternehmen und Karteninhaber vollkommen transparent zu machen und diese von sich aus zu informieren, müßte er mit Einsprüchen von beiden Seiten rechnen, falls sein Verhalten nicht klar nachvollziehbar ist. Eine Verpflichtung zur Transparenz würde damit wie ein Monitoring Instrument wirken.

d) Zahlungsausfall durch mißbräuchliche Verlustanzeige

aa) Die Haftungsregelung

Unter dem Begriff des Mißbrauchs durch den berechtigten Karteninhaber sind alle jene Gelegenheiten zu fassen, bei denen dieser vorgibt, die Kreditkarte verloren zu haben, in Wirklichkeit diese aber im Bewußtsein einsetzt, nur für einen bestimmten Höchstbetrag aufkommen zu müssen. Hier ist die Rechtslage eindeutig.

Der Kartenemittent hat gegenüber dem Karteninhaber einen Aufwendungsersatzanspruch gemäß §§ 670 und 675 BGB. Hat der Karteninhaber seine Karte aber bewußt mißbräuchlich eingesetzt, wird er die Benutzung abstreiten und vorgeben, die Rechnungen nicht verursacht zu haben. Um seinen Anspruch durchzusetzen, muß der Emittent nachweisen, daß die *anspruchsbegründende Weisung* vom Karteninhaber selbst kam. Dies wird im Einzelfall schwierig sein und hohe administrative Kosten verursachen. Der Karteninhaber macht sich durch sein Verhalten gemäß §§ 263, 263a StGB strafbar. Für erstmalige Täter steht darauf eine Geldstrafe, die sich nach Höhe des entstandenen Schadens bemißt, für Wiederholungstäter kann sogar eine Gefängnisstrafe in Frage kommen. Zivilrechtlich resultiert daraus ein Schadensersatzanspruch aus §§ 823 II, 826 BGB sowie aus positiver Forderungsverletzung.³¹⁴

Das Vertragsunternehmen hat, sofern es die ihm auferlegten Sorgfaltsanforderungen erfüllt hat, einen begründeten Anspruch gegen den Emittenten. Da der Mißbrauch vom Karteninhaber selbst begangen wurde, konnte das Vertragsunternehmen diesen notwendigerweise nicht feststellen, es sei denn, es wurden Käufe abgewickelt, nachdem die Karte bereits als gestohlen gemeldet und damit gesperrt war.

³¹⁴ Vgl. TAUPITZ (1995), S. 197. Die *positive Forderungsverletzung* ist ein in Rechtsfortbildung entwickelter vertraglicher Schadensersatzanspruch der nicht im Gesetz geregelt ist.

Kommt es zu einem Zahlungsausfall, weil der Karteninhaber seinen Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommen will oder kann, nachdem er diese bewußt angehäuft hat, nur um anschließend den Verlust der Karte anzugeben und so lediglich in Höhe der Haftungsgrenze ³¹⁵ in Anspruch genommen zu werden, trägt de facto der Kartenemittent das Risiko. Zwar hat er einen Schadensersatzanspruch gegenüber dem Karteninhaber, dieser ist jedoch oft gegenstandslos, da die Forderung ins Leere läuft. Derjenige Karteninhaber, der bewußt Mißbrauch treibt, ist häufig ohnehin in Zahlungsschwierigkeiten, sonst würde er einen solchen Mißbrauch möglicherweise nicht in Betracht ziehen. Dies muß freilich nicht der Fall sein.

bb) Die ökonomische Analyse

Der Erwartungswert des Schadens durch Mißbrauch des Karteninhabers ist weitaus höher, als dies vielleicht zunächst vermutet wird. Er wird zwischen 2% und 5% Bruttoschaden zum Umsatzvolumen beziffert. ³¹⁶ Aus den USA sind 1992 bezogen auf Mastercard Zahlen in Höhe von 8,2 Mio. US\$ bekannt, was einem Anteil von 2,29% an den Gesamtverlusten entspricht. ³¹⁷

Das Zahlungsrisiko nach mißbräuchlicher Verlustanzeige weist hohe Ähnlichkeit zum Mißbrauchsrisiko durch einen Dritten auf, das im nächsten Kapitel behandelt wird. Später wird zu sehen sein, daß auch die anschließende ökonomische Analyse Parallelen zur Analyse des Mißbrauchsrisikos aufweist.

³¹⁵ In der Regel ist die Haftungsgrenze auf 100 DM für alle Umsätze die vor dem Eingang der Verlustmeldung, der zu einer unmittelbaren Sperrung der Karte führt, festgelegt. Kommt der Karteninhaber jedoch nicht seinen *Sorgfaltspflichten* nach (vgl. 5. Kapitel II.1.c)), kann der Karteninhaber auch unbegrenzt haften. Vgl. AGB AMERICAN EXPRESS, Nr. 9 und Nr. 8 bei der Blue Card; AGB VISA Santander Direkt Bank Nr.10; AGB VISA CC-BANK Nr.11. Vgl. für eine Diskussion der Haftungsobergrenze 5. Kapitel III.2.c).

³¹⁶ Vgl. TAUPITZ (1995), S. 21.

³¹⁷ Vgl. PUNCH (1993), S. 18 f. und auch schon PUNCH (1991), S. 77. Eine neue Dimension kann sich allerdings ergeben, wenn die Betrugsprävention ausgelagert wird (*Outsourcing*) und Drittfirmen Dienstleistungen anbieten, die typische Mißbrauchsmuster analysieren und erkennen. Ein solches Modell hat zum Beispiel die Atos Processing GmbH, Frankfurt zusammen mit Oracle Deutschland mit dem sogenannten Data Warehouse Konzept entwickelt. Vgl. FOITH/HEMSLEY (2000), S. 32 ff.. Je nachdem wer diesen Service kostengünstiger in Anspruch nehmen kann, wandelt sich das Bild möglicherweise.

(1) Das Vertragsunternehmen

Mißbraucht der rechtmäßige Karteninhaber seine Kreditkarte, indem er erst Einkäufe tätigt und dann die Karte als gestohlen meldet, um lediglich für den vertraglich festgelegten Höchstbetrag der Haftung aufkommen zu müssen, so liegt zum Zeitpunkt der Transaktion ein Zahlungsvorgang durch den berechtigten Karteninhaber vor. Dies bedeutet aber, daß zum Zeitpunkt des Einkaufs durch den Händler kein Mißbrauch festgestellt werden kann. Der Käufer ist der rechtmäßige Karteninhaber, der seine Rechnung mit seiner Kreditkarte begleichen möchte. Selbst in den Fällen, in denen der Käufer dem Vertragsunternehmen bereits bekannt ist, besteht zunächst kein Anlaß dessen redliche Absichten in Frage zu stellen. Lediglich in dem ungewöhnlichen Fall, in dem ein solcher Mißbrauch bei demselben Kunden bereits aufgetreten ist, kann vom Vertragsunternehmen ein aufmerksames Verhalten erwartet werden.³¹⁸ Dies ist in der Regel jedoch nicht der Fall. Für das Vertragsunternehmen besteht daher keine Möglichkeit den Mißbrauch zu verhindern.

Die Möglichkeiten für das Vertragsunternehmen, das Risiko zu streuen, sind, wie bei der Analyse der vorhergehenden Risiken deutlich wurde, angesichts der geringen Zahl an Kartenzahlungen weitaus geringer als die Möglichkeiten des Emittenten.

(2) Der Kartenemittent

Der Kartenemittent, der gegenüber dem Karteninhaber die Rolle des Prinzipals einnimmt, verfügt, wie bereits aus der Analyse des Insolvenzrisikos bekannt, über einige Möglichkeiten, diesen zu überwachen. Die Überwachungs- oder Monitoring-Kosten für einen möglichen Mißbrauch durch den berechtigten Karteninhaber sind jedoch unverhältnismäßig hoch. Vielleicht kann in gewissem Maße von einer positiven Korrelation zwischen risikoreichen Karteninhabern mit niedriger Bonität und derartigem Mißbrauchsverhalten ausgegangen werden. Ist dies so, kann der Kartenemittent insgesamt das Zahlungsverhalten des Karteninhabers stärker überwachen. Ob dabei die Wahrscheinlichkeit für einen Mißbrauch wirklich präventiv

³¹⁸ Es entspricht allerdings wiederum *nicht* rationalem Verhalten des Karteninhabers, wenn dieser wiederholt bei demselben Vertragsunternehmen versucht einen derartigen Mißbrauch durchzuführen.

verringert wird und daher von effektivem Monitoring gesprochen werden kann, sei allerdings dahingestellt.

Der Emittent kann mit Sanktionen drohen, die den Karteninhaber unter Umständen vor Mißbrauch zurückschrecken lassen. Eine denkbare Möglichkeit ist, dem Karteninhaber bei oben dargestelltem Verhalten die Wiederaufnahme jeglicher Kreditbeziehung, sowohl durch Beantragung von Kreditkarten anderer Anbieter, als auch durch Inanspruchnahme weiterer Konsumentenkredite deutlich zu erschweren. Dies ist in der Realität durch Meldungen des Kartenemittenten an die SCHUFA zu beobachten. Durch die Einwilligung des Karteninhabers in die Schufa-Klausel, beispielsweise in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von AMERICAN EXPRESS, erlaubt dieser dem Emittenten, *„Daten aufgrund nicht vertragsgemäßen Verhaltens (Einziehung der Karte wegen mißbräuchlicher Verwendung...)(zu) melden. Diese Meldungen dürfen nach dem Bundesdatenschutzgesetz nur erfolgen, soweit dies zur Wahrung der berechtigten Interessen von American Express, eines Vertragspartners der SCHUFA oder der Allgemeinheit erforderlich ist...“*. Jeder zukünftige Vertragspartner kann sich infolgedessen über das bisherige Kreditverhalten des Karteninhabers informieren, so daß ein solcher Mißbrauch diesen langfristig in seinen Möglichkeiten Schulden aufzunehmen beeinträchtigt.

(3) Der Karteninhaber

Der Karteninhaber wird durch verschiedene Abschreckungsmaßnahmen dazu bewegt von mißbräuchlichen Verhalten abzusehen. Das Risiko, daß der Mißbrauch aufgedeckt wird, ist zwar verhältnismäßig klein, aber die Folgen können beträchtlich sein. Während vom Kartenemittenten ein Ausschluß aus oder ein erschwerter Wiedereintritt in den Kartenmarkt durch Informationsweitergabe an die Schufa, sowie Schadenersatzforderungen zu erwarten sind, wird die strafrechtliche Regelung vermutlich darüber hinaus als stärkere Abschreckung wirken: bei einmaligem Vergehen hat der Karteninhaber nach § 263a StGB mit einer Geldstrafe zu rechnen, bei Wiederholungstätern können sogar Gefängnisstrafen in Frage kommen. Die Geldstrafe bemißt sich je nach Höhe der Schadenssumme, bedeutet aber in jedem Fall, daß der Karteninhaber in Zukunft vorbestraft ist, was im täglichen Leben zu erheblichen Unannehmlichkeiten führt.

Das Ergebnis der ökonomischen Analyse des Zahlungsausfallrisikos durch mißbräuchliche Verlustanzeige des berechtigten Karteninhabers stimmt also mit der rechtlichen Haftungsregel überein: eine Übernahme des Zahlungsrisikos durch den Kartnemittenten führt zu einer ökonomisch effizienten Ressourcenallokation. Zusätzlich wirkt für den Karteninhaber insbesondere die strafrechtliche Regelung als Abschreckung.

III. Zusammenfassung

Risiken	Ergebnis der ökonomischen Analyse	Rechtliche Haftungsregelung/AGB	Übereinstimmung
Antragsrisiko	Kartenemittent	Kartenemittent	Ja
Insolvenz	Kontoführende Bank ¹⁾	Kartenemittent	Teilweise
Zahlungsverweigerung	Kartenemittent	Vertragsunternehmen	Teilweise
Überschreiten des floor limits	Vertragsunternehmen ²⁾	Vertragsunternehmen	Teilweise
Mißbräuchliche Verlustanzeige	Kartenemittent	Kartenemittent	Ja

¹⁾Ob die kontoführende Bank oder der Kartenemittent haften sollte (sofern diese personenverschieden sind), hängt von den Größenverhältnissen der beiden ab.

²⁾Es muß für das Vertragsunternehmen garantiert sein, daß bei Zahlungseingang trotz Überschreiten des floor limits rechtzeitig erstattet wird.

In obigen Diagramm sind die Ergebnisse der Prüfung der rechtlichen Regelungen auf Effizienz noch einmal zusammengefasst. In zwei von fünf behandelten Beispielen ergibt sich eine Abweichung zwischen rechtlicher Regelung und ökonomischer Effizienzprüfung. Zwar hat sich in der Diskussion der Risiken gezeigt, daß auch in den Fällen der Übereinstimmung die rechtliche Regelung oft nicht für alle denkbaren Einzelfälle die einzig effiziente Lösung ist, wohl aber für die überwiegende Mehrzahl. Da ein allgemein verbindliches Gesetz nicht jeden Einzelfall unterscheiden kann, sondern übergreifend für alle Fälle gelten muß, kann es notwendigerweise nicht in jeder Konstellation effizient sein. Dieses Ergebnis der ersten Fallanalysen zeigt jedoch, daß hinter mehr als der Hälfte der exemplarisch behandelten Regelungen ökonomisches Kalkül gesehen werden kann und dieses offenbar, bewußt oder unbewußt, in die Gesetzesbildung einging. Hierin mag man eine Bestätigung der Posner'schen Grundsätze erblicken. Freilich spiegeln sich darin auch die Reaktionen der beteiligten Parteien auf die Gesetzeslage wider und zeigen, wie die Akteure bereits auf die Allokation des Risikos reagiert haben.

Bei der Analyse des Antragsrisikos wurde beobachtet, daß es aus ökonomischen Gesichtspunkten heraus effizient ist, wenn der Kartenemittent bei Kreditausfall für den entstehenden Schaden aufkommt. Mit Hilfe der Instrumente des Screening und der Selbstselektion, sowie einer Kombination aus beiden kann das Antragsrisiko wirksam reduziert werden. Eine alternative Rechtsregelung, die dem Vertragsunternehmen Teile des Risikos zurechnet, kann nicht als effizienter identifiziert werden. Eine solche wäre lediglich denkbar, wenn eine Antragskontrolle der Emittenten ganz unterbleibt und statt dessen mehr Karten mit niedrigeren Bonitätsansprüchen emittiert werden, was beim Vertragsunternehmen zwar zu einem Umsatzzuwachs aber auch einer Erhöhung des Zahlungsausfallrisikos führt. Das Ergebnis der ökonomischen Analyse stimmt also mit der Haftungsregel überein. Eine solche rechtliche Regelung ist auch als Verhaltenssteuerung für die Teilnehmer auf dem Kreditkartenmarkt durchaus wünschenswert. Der Kartenemittent hat den Anreiz, nach funktionstüchtigen Screening-Instrumenten zu suchen, die ihn das Risiko kalkulieren und eingrenzen lassen. Ein richtiger Umgang mit dem Antragsrisiko führt aber langfristig zu einem breiten Angebot an Kreditkarten, die je nach Kundensegment unterschiedlich zugeschnitten sind und dem Emittenten ein diversifiziertes Portfolio ermöglichen.

Bei den vier behandelten Zahlungsrisiken ist das Ergebnis recht unterschiedlich. Hinsichtlich der Analyse des Insolvenzrisikos kann festgestellt werden, daß der Kartenemittent über bessere Möglichkeiten als das Vertragsunternehmen verfügt, das Zahlungsausfallrisiko zu vermeiden oder zu streuen. Die Übernahme des Insolvenzrisikos durch den Kartenemittenten ist der Hauptgrund für die Bereitschaft des Vertragsunternehmens, eine möglicherweise hohes Disagio zu zahlen. Abweichend von der rechtlichen Regelung kann hier jedoch festgestellt werden, daß es einen Spielraum für effizienzsteigernde Verhandlungen zwischen Banken und kommerziellen Kartenorganisationen gibt, wenn die Bank nicht gleichzeitig Emittent ist. Eine Übertragung der Überwachungsfunktion im Sinne eines Delegated Monitoring kann hier von Nutzen sein. Eine rechtliche Regelung, die diesen Umstand berücksichtigt, wird dazu führen, daß Karten verstärkt bankengestützt emittiert werden. Kommt der Bank alleine die Aufgabe zu, die Karteninhaber zu überwachen, wird diese intensiver an der eigentlichen Emission beteiligt werden. Es ist allerdings fraglich, ob hier eine entsprechende rechtliche Regelung überhaupt gefordert ist oder

ob nicht der Wettbewerb ohne Eingriff des Regulators für eine vergleichbare Aufgabenteilung sorgt. Es ist nicht nur denkbar, sondern auch schon in der Realität zu beobachten, daß kommerzielle Kartenorganisationen entweder dazu übergehen, ihre Produkte ausschließlich mit Hilfe von Banken auszugeben, oder sich sogar ganz einem Bankenverbund anschließen. Dabei könnte ihr Produkt seine typischen Eigenschaften behalten, aber von der kostengünstigeren Infrastruktur einer Großbank profitieren.

Einzigste Ausnahme, bei der dem Vertragsunternehmen eine Bonitätsprüfung des Karteninhabers auferlegt werden kann, ist das floor limit. Ein Höchstbelastungslimit, bei dem Rücksprache gehalten werden muß, ist aus Sicht des Emittenten sinnvoll. Für die Fälle außergewöhnlich guter Kunden sollte jedoch entweder prinzipiell kein Höchstlimit veranschlagt werden und das geringe Risiko des Zahlungsausfalls vom Emittenten übernommen werden, oder aber dem Vertragsunternehmen die freie Entscheidung gewährt werden, das Risiko auf sich zu nehmen. Das Vertragsunternehmen sollte durch höhere Kosten darüber hinaus nicht zusätzlich sanktioniert werden.

Noch größer ist die Abweichung zwischen dem Ergebnis der ökonomischen Analyse und der rechtlichen Regelung im Fall der Zahlungsverweigerung. Bei der Prüfung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen konnte festgestellt werden, daß der Kartenemittent sich hier ohne ersichtlichen Grund nach zwei Seiten absichert. Einerseits wird den Vertragsunternehmen keine Zahlung garantiert, falls der Karteninhaber diese verweigert, andererseits wird dem Karteninhaber selbst nicht das Recht zugesprochen, Widerspruch einzulegen. Die ökonomische Analyse konnte hier einige Problembereiche aufzeigen und verschiedene alternative Regelungen diskutieren, wobei jedoch klar wurde, daß diese ebenfalls nicht frei von Anreizproblemen sind. Eine Entschärfung der dargestellten Situation könnte erreicht werden, indem der Emittent generell zur Transparenz seiner Handlungen verpflichtet wird und dadurch von Vertragsunternehmen und Karteninhaber überwacht werden kann.

Das abschließend behandelte Risiko des Zahlungsausfalls nach mißbräuchlicher Verlustanzeige zeigt ein nahezu übereinstimmendes Bild zwischen Rechtsregelung

und ökonomischer Analyse. Der Kartenemittent verfügt in Anbetracht seiner Größe über die besten Möglichkeiten, das Risiko zu streuen und damit mit dem geringsten Aufwand zu tragen. Durch diese Regelung wird dem Emittenten ein Anreiz gegeben, weiterhin wirksame Monitoring-Instrumente zur Mißbrauchsbekämpfung einzusetzen und neue zu entwickeln.

Nach den Überlegungen des 4. Kapitels wurde deutlich, daß einerseits in die rechtliche Beurteilung der behandelten Risiken offensichtlich ökonomisches Gedankengut einging, andererseits die beteiligten Parteien mit der Entwicklung entsprechender Instrumente auf die geltende Rechtslage reagiert haben, um sich in ihrem Verhalten anzupassen. An einigen Stellen konnten darüber hinaus effizienzsteigernde Alternativen vorgeschlagen werden. Zu der Aufarbeitung und Rationalisierung dieses Umstands versucht die ökonomische Analyse des Rechts einen Beitrag zu leisten.

5. Kapitel:
Ökonomische Analyse des Drittrisikos

I. Überblick über die Drittrisiken

Alle Risiken, die entweder durch Mißbrauch nach Verlust oder Diebstahl oder durch Fälschung des Zahlungsinstrumentes auftreten können, sollen als Drittrisiken bezeichnet werden. Bei ihrer Realisierung führen sie zum Ausfall oder zur Störung des Zahlungsstroms. Ihr Auftreten setzt das Eingreifen einer außerhalb des Systems liegenden dritten Partei voraus.

1. Mißbrauch nach Verlust oder Diebstahl

Mißbrauch einer Kreditkarte zu Lasten des Karteninhabers kann in verschiedenen Formen auftreten. Das Zustandekommen eines Mißbrauchs setzt zunächst voraus, daß die Karte in die Hände unbefugter Dritter gerät. Dies kann grundsätzlich auf zwei verschiedene Arten geschehen. Der Karteninhaber kann die Karte entweder verlieren oder sie kann ihm gestohlen werden. Diebstahl kann eintreten, nachdem die Karte bereits im Einsatz war oder sogar, im Fall eines sogenannten Postwegverlustes, noch bevor die Karte jemals vom rechtmäßigen Karteninhaber benutzt wurde. In diesem Fall ist die Karte noch nicht signiert, was für den Täter eine große Erleichterung des Mißbrauchs bedeutet.³¹⁹ In allen Fällen wird eine gültige Karte von einem Unbefugten benutzt.

Dieser Mißbrauch kann auf verschiedene Weise verhindert werden. Der Zahlungsempfänger, also das kartenakzeptierende Handels- oder Dienstleistungsunternehmen, hat vom Kartenemittenten in der Regel die Auflage, die Authentizität des Karteninhabers zu prüfen. Kommt es dieser Verpflichtung nach, so

³¹⁹ Jährlich gehen auf diese Weise ca. 10000 Kreditkarten vor allem in den Räumen Frankfurt, München, Hamburg und Berlin verloren. Dies sind etwa 50% aller Kartendiebstähle eines Jahres. Vgl. DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S. 67.

kann je nach Fall aufgedeckt werden, ob es sich beim Zahlenden um den rechtmäßigen Karteninhaber handelt oder nicht. Der Karteninhaber kann bei der Aufbewahrung seiner Kreditkarte Sorgfalt walten lassen, um die Wahrscheinlichkeit eines Diebstahls oder Verlustes möglichst gering zu halten. Der Kartenemittent auf der anderen Seite kann die Karte mit Sicherheitsvorkehrungen gegen Mißbrauch ausstatten, die eine Benutzung der Karte durch unbefugte Dritte erschweren.

2. Fälschung

Gefälschte oder verfälschte Kreditkarten können in aller Art zum Einsatz gebracht werden. Insbesondere die immer perfekter werdende Totalfälschung, das Produzieren hochwertiger „Counterfeits“, führt dazu, daß gefälschte Karten weltweit problemlos eingesetzt werden können.³²⁰ In diesen Fällen wird ein ungültiges Zahlungsinstrument benutzt, indem vorgespiegelt wird, es handele sich um gültiges. Die Kartendaten für die Herstellung der Fälschung erhalten die Täter aus verschiedenen Quellen. Früher geschah dies hauptsächlich über Vertragsunternehmen, bei denen rechtmäßige Karteninhaber mit ihrer Karte bezahlen. Neuerdings werden zu diesem Zweck stattdessen die Datennetze der internationalen Kreditkartenorganisationen direkt angezapft. Darüber hinaus sind speziell entwickelte Computerprogramme im Umlauf, mit deren Hilfe Kartendaten generiert werden können.³²¹ Der akzeptierende Händler hat die Möglichkeit das Risiko einer Fälschung zu verringern, indem er strenge Sicherheitskontrollen durchführt. Je nachdem, wie hochwertig die Fälschungen jedoch sind, sind nicht alle Sicherheitskontrollen dazu in der Lage, diese aufzudecken. Der Kartenemittent kann versuchen, dieses Risiko zu verringern, indem er die Sicherheitsstandards durch hochwertige Kartenprodukte so anhebt, daß eine Fälschung sehr schwierig wird oder indem er die von Karteninhabern gespeicherten Daten möglichst unzugänglich macht.³²²

³²⁰ Vgl. DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S. 67.

³²¹ Vgl. DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S. 68.

³²² Neue und sehr sichere Verfahren sind zum Beispiel biometrische Verfahren, vgl. O.V (1998), S.1 ff.

II. Die rechtliche Haftungsregelung

1. Sorgfaltspflichten der beteiligten Parteien zur Vermeidung von Mißbrauch

Damit der Zahlungsverkehr mit Kreditkarten möglichst reibungslos funktioniert, verpflichten sich die beteiligten Parteien vertraglich gewisse Sorgfaltspflichten einzuhalten. Die Einhaltung dieser Vorsichtsmaßnahmen dient dazu, die Risiken eines Mißbrauchs durch Dritte einzuschränken.

a) Das Vertragsunternehmen

Das Vertragsunternehmen sieht sich bei Kreditkartenzahlungen mit zwei entgegengesetzten Anforderungen konfrontiert. Einerseits soll die Kreditkarte für den Kunden in erster Linie zur Zahlungsvereinfachung dienen, andererseits soll ihre Benutzung möglichst sicher sein. Da die Kreditkarte als Zahlungsmittel sehr häufig benutzt wird, kann sich das Vertragsunternehmen nicht zu lange mit Sicherheitskontrollen aufhalten, denn dies würde den unkomplizierten Einsatz der Karte deutlich erschweren. Auf der anderen Seite müssen gewisse Vorsichtsmaßnahmen eingehalten werden, da sonst mit einem signifikanten Vertrauensverlust in die Sicherheit der Kreditkartenzahlung gerechnet werden muß. Für die meisten Vertragshändler werden daher vom Kartenemittenten folgende Bestimmungen in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommen und müssen vom Vertragsunternehmen abgeprüft werden:³²³ Die Karte muß *gültig* sein und darf nicht *beschädigt* oder *offensichtlich verändert* worden sein. Die Karte muß *unterschrieben* sein und die Unterschrift muß einem laienhaften Vergleich mit der Unterschrift auf dem Leistungsbeleg standhalten. Der Leistungsbeleg selbst muß *ordnungsgemäß*, also vollständig und leserlich *ausgefüllt* sein. Schließlich darf sich die Karte nicht auf einer *Kontrollliste gesperrter Karten* finden oder das Vertragsunternehmen auf andere Weise von der Sperrung unterrichtet worden sein.

³²³ Vgl. TAUPITZ (1995), S. 103 ff..

Gegebenenfalls muß das Vertragsunternehmen eine *Genehmigung* des Kartenemittenten *bei Überschreiten des floor limits* einholen.

Nach herrschender Meinung können und sollen dem Vertragsunternehmen prinzipiell keine Anforderungen, die über die genannten Plausibilitätskontrollen hinausgehen, auferlegt werden.³²⁴

b) Der Kartenemittent

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kartenunternehmen enthalten erwartungsgemäß keine expliziten Anforderungen an die eigenen Sorgfaltspflichten. Schließlich geht es vielmehr darum, das Risiko so weit wie möglich auf Vertragsunternehmen und Karteninhaber abzuwälzen. Dennoch können für den Kartenemittenten einige Mindestpflichten als aus der Natur des Vertrages folgend erachtet werden. Darunter fällt die Auflage einen, etwa telephonischen, 24-Stunden-Dienst zur Kartensperrung bereit zu halten und dessen Existenz und Erreichbarkeit dem Karteninhaber mitzuteilen. Desweiteren kann es als echte Rechtspflicht betrachtet werden, eingegangene Kartensperrungen unverzüglich an die Vertragsunternehmen weiterzuleiten.³²⁵ Schließlich muß auch mit einer gewissen Mindestkontrolle des Zahlungsverkehrs beim Kartenemittenten selbst gerechnet werden können.³²⁶ Darunter fallen insbesondere Fälle, in denen der Mißbrauch beim Emittenten auffällig wird, nicht aber zwingend beim Vertragsunternehmen. Denkbar sind hier beispielsweise das zeitgleiche Eintreten auffälliger Kontobewegungen und zweifelhafter Unterschriften auf Leistungsbelegen.

³²⁴ Mit einer Wirksamkeit derselben kann auch nur begrenzt gerechnet werden. Bei einer Untersuchung in den USA wurde in nur 5% von 127 Testfällen auch nur eine oberflächliche Unterschriftsprüfung durchgeführt. Nicht einmal die Unterschrift „Donald Duck“ erregte das Mißtrauen der Angestellten. Vgl. O'CONNELL (1994), S. 36.

³²⁵ Vgl. NJW 1992, S. 1051 f..

³²⁶ Vgl. HORN (1990), § 372 Rdnr. 154.

c) Der Karteninhaber

Gemäß den AGB's der Kartenemittenten ist die wichtigste Sorgfaltspflicht des Karteninhabers darauf ausgerichtet, die Karte so aufzubewahren, daß sie nicht in die Hände von Unbefugten gerät.³²⁷ Dabei herrscht in der juristischen Literatur keine Einigkeit darüber, was als ein sicherer Aufbewahrungsort zu bezeichnen ist, in der Tendenz wird aber verhältnismäßig restriktiv zu Lasten des Karteninhabers entschieden.³²⁸ Zu berücksichtigen ist freilich zum Schutze des Karteninhabers auch, daß eine Kreditkarte außerordentlich einfach entwendet und mißbräuchlich gebraucht werden kann.³²⁹ Eine weitere Pflicht des Karteninhabers ergibt sich daraus, die Karten nicht an andere Personen weitergeben zu dürfen. Dies trifft selbstverständlich nicht für die „Weitergabe“ der Karte beim Zahlungsvorgang selbst an das Vertragsunternehmen zu. Dieses wurde vom Emittenten ausgewählt und angeworben und muß aus Sicht der Karteninhaber als sicher angesehen werden können. Verhalten sich Angestellte des Unternehmens nicht ausnehmend verdächtig, kann vom Karteninhaber keine ständige Vorsicht verlangt werden.³³⁰ Zugemutet werden kann hingegen eine einfache Betragsüberprüfung auf dem Leistungsbeleg, sowie eine Kontrolle der monatlichen Abrechnungen, sofern dies mit einem vertretbaren Aufwand zu bewältigen ist.³³¹

2. Ansprüche des Vertragsunternehmens gegenüber dem Emittenten

Wie in Kapitel 2 gezeigt kann der Rahmenvertrag zwischen Karteninhaber und Emittent je nach Ausgestaltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen juristisch unterschiedlich eingeordnet werden.³³² Einer Auffassung zufolge handelt es sich um einen *Forderungskauf* gemäß § 433 BGB, bei dem der Kartenemittent bei jeder Vorlage eines Leistungsbelegs die Forderung, die das Vertragsunternehmen gegen

³²⁷ Vgl. AGB-KI AMERICAN EXPRESS NR. 1; Diners Club NR. 2; LG EUROCARD 2.2; VISA SANTANDER DIREKT BANK NR.1.

³²⁸ Ein Auto gilt beispielsweise, selbst wenn es verschlossen ist, nicht uneingeschränkt als sicherer Aufbewahrungsort. Vgl. O.V. (1991), S. 4.

³²⁹ Zu beachten ist insbesondere, daß zum Mißbrauch zwecks Käufen im Internet oder per Telephone nicht einmal die Karte selbst, sondern lediglich die Nummer ausreicht.

³³⁰ Vgl. BGHZ 91, S. 221, S. 226 f..

³³¹ Hierbei ist dem Karteninhaber lediglich *schuldhaftes Verzögern* einer solchen Kontrolle vorzuwerfen, vgl. dazu unten I.3.c.

den Karteninhaber hat, kauft. Anderen Auslegungen nach liegt eine *Garantie* oder ein *abstraktes Schuldversprechen* gemäß § 780 BGB vor. Beide zuletzt genannten rechtlichen Konstruktionen sind ähnlich und unterscheiden sich in ihren Implikationen für die Beteiligten nur unwesentlich. Ausschlaggebend ist, daß es sich bei Garantie und Schuldversprechen um abstrakte Zusagen handelt, die unabhängig von den zugrunde liegenden Kausalverhältnissen, also etwa dem Kauf, der mit Kreditkarte bezahlt wird, bestehen.³³³ Wie im folgenden zu sehen sein wird, ergibt sich für die Haftungsaufteilung im Ergebnis zwischen allen drei Konstruktionen jedoch kein Unterschied.

a) Im Fall des Forderungskaufes

Um Klarheit über die Haftungsverhältnisse bei Mißbrauch zu erhalten, ist grundsätzlich darauf zu achten, wie genau die AGB-VU lauten. In den allermeisten Fällen wird davon gesprochen daß nur Forderungen gegen den berechtigten Karteninhaber erworben werden, wenn bestimmte Sorgfaltspflichten vom Vertragsunternehmen erfüllt werden. So zum Beispiel die Vertragsbedingungen von AMERICAN EXPRESS, die von Forderungen gegenüber einem „*Mitglied*“ sprechen oder EUROCARD und VISA, bei denen vom „*Karteninhaber*“ die Rede ist.³³⁴ Derart ausgestaltete AGB müssen dahingehend verstanden werden, daß das Vertragsunternehmen in den Fällen, in denen nicht der berechtigte Karteninhaber, sondern ein Dritter mißbräuchlich die Karte einsetzt, keinen Ausgleich vom Kartenemittenten erhält. Eine Forderung gegen den berechtigten Karteninhaber, welche das Vertragsunternehmen verkaufen wollte, ist nämlich nicht entstanden. Der Kartenemittent ist folglich nicht zur Zahlung verpflichtet.

Eine solche Vertragsgestaltung, die mittels der AGB dem Vertragsunternehmen das Mißbrauchsrisiko auch für den Fall überträgt, daß es alle Sorgfaltsanforderungen

³³² Vgl. 2. Kapitel II.2.

³³³ Bei einem Garantievertrag übernimmt jemand die Verpflichtung, dem Gläubiger für den Eintritt eines bestimmten Erfolges einzustehen, ihn schadlos zu stellen, wenn sich ein bestimmtes Risiko realisiert hat. Vgl. MÜNCHNER KOMMENTAR (1994), Vor §414 Rdnr. 19. Die Konstruktion des abstrakten Schuldversprechens entspricht im wesentlichen der Einordnung als Garantie. Statt eines Garantieanspruchs erwirbt das Vertragsunternehmen aber einen Anspruch aus § 780 BGB.

³³⁴ Vgl. AMERICAN EXPRESS AGB-VU Nr. 3, EUROCARD AGB-VU § 6, VISA B+S Card Service Nr. 5.

vertragsgemäß eingehalten hat, wird in der Literatur häufig als unangemessene Benachteiligung des Vertragsunternehmens angesehen.³³⁵ Dieser Ansicht zufolge soll das Vertragsunternehmen durchaus allgemeine Geschäftsrisiken tragen, nicht aber speziell zahlungsverkehrstechnische Risiken, die vom Emittenten besser gesteuert werden können. Eine Abgrenzung dieser beiden Risikotypen voneinander ergibt sich durch den Vergleich mit der Barzahlung:³³⁶ Zahlt ein Kunde bar, ist irrelevant, ob es sich dabei um gestohlenen Geld handelt, der Austausch Ware gegen Geld findet dennoch statt. Möchte ein Kunde aber mit der Kreditkarte bezahlen, ist das Vertragsunternehmen gezwungen, eine Vorleistung zu erbringen, da es die Ware zwar direkt übergibt, sich zur Zahlung aber erst an den Kartenemittenten wenden muß. Sind die AGB-VU nun jedoch so formuliert, daß die Zahlung des Kartenemittenten nicht nur davon abhängt, ob das Vertragsunternehmen die notwendige Sorgfalt aufgewendet hat, sondern auch, ob eine Forderung gegen den berechtigten Karteninhaber besteht, sind die AGB-VU dieser Argumentation zufolge gemäß § 307 BGB unwirksam. Auf der anderen Seite soll das Vertragsunternehmen jedoch nicht von jeglichem Risiko freigesprochen werden. Das normale Geschäftsrisiko, wie beispielsweise, ob der Karteninhaber bei Vertragsschluß geschäftsfähig war oder nicht, soll auch im Fall der Kreditkartenzahlung vom Vertragsunternehmen getragen werden.

Diese Ansicht wird aber nicht durchweg in der juristischen Literatur vertreten. Am wichtigsten für die Praxis ist freilich zuletzt, wie die Rechtsprechung verfährt. Auch diese ist in der Regel anderer Ansicht und erklärt solche Klauseln nicht gemäß § 307 BGB für unwirksam, sondern läßt sie gelten. Generell muß daher seitens der Vertragsunternehmen mit der Existenz solcher Bestimmungen gerechnet werden.

Wer im konkreten Fall tatsächlich den Schaden aus einer Realisierung des Mißbrauchsrisikos trägt, wird unter anderem vom Zeitpunkt beeinflusst, zu dem der Kartenemittent die Zahlung an das Vertragsunternehmen einleitet. Hat der Emittent bereits an das Vertragsunternehmen gezahlt, wenn der Mißbrauch aufgedeckt wird und sich der Karteninhaber weigert zu bezahlen, kann der Emittent prinzipiell das

³³⁵ Vgl. TAUPITZ (1995), S. 115.

³³⁶ Vgl. SCHWINTOWSKI/SCHÄFER (1997), S. 480 ff..

Geld vom Vertragsunternehmen unter Berufung auf die AGB's zurückfordern.³³⁷ Dies ist vergleichsweise aufwendig, wenn die Geschäftsbeziehung zeitlich begrenzt ist und keine Aufrechnungsmöglichkeit mit späteren Zahlungen besteht. In diesem Fall hat das Vertragsunternehmen das Geld bereits erhalten und der Kartenemittent muß klagen, um den fraglichen Betrag wiederzubekommen. In den allermeisten Fällen handelt es sich jedoch zwischen Emittent und Vertragsunternehmen nicht um eine einmalige Geschäftsbeziehung, so daß die Möglichkeit der Aufrechnung in einem laufenden Kontokorrent besteht, und so eine Rückforderung unproblematisch ist. In diesem Fall muß das Vertragsunternehmen den Emittenten verklagen, um das Geld zu erhalten. Eine Klage verursacht hohe Kosten für den Kläger, so daß jede Partei im Einzelfall entscheiden wird, ob sie dies in Erwägung zieht.

b) Im Fall der Garantie oder des abstrakten Schuldversprechens

Die Prüfung bei einem Rahmenvertrag in Form einer Garantie oder eines abstrakten Schuldversprechens muß sich analog zum Forderungskauf zunächst an den AGB-VU orientieren. So „garantiert“ DINERS CLUB in seinen AGB-VU „*die Erfüllung aller sofort fälligen Zahlungsforderungen gegen Karteninhaber..., die unter Verwendung der Diners Club-Karte begründet wurden, auf ordnungsgemäß erstellten Belastungsbelegen ausgewiesen und vom Karteninhaber durch Unterschrift anerkannt worden sind.*“ Diese Zahlungsgarantie gilt wiederum nur, wenn im Anschluß formulierte *Sorgfaltsanforderungen* vom Vertragsunternehmen eingehalten werden.³³⁸ Analog zum Forderungskauf sind derartige Klauseln, die einen Ausschluß der Garantie im Fall des mißbräuchlichen Karteneinsatzes durch Dritte vorsehen, gemäß § 307 BGB nach in der Literatur herrschender Meinung unwirksam, da sie zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragsunternehmens führen.

³³⁷ Ob der Kartenemittent tatsächlich Rechnungsbeträge rückfordert, wenn das Vertragsunternehmen die ihm auferlegten Sorgfaltspflichten genau eingehalten hat, hängt vom Einzelfall ab. Der Kartenemittent hat in der Regel ein Interesse daran ein breites Akzeptantennetz aufzubauen, was ein Vertrauen der Händler in die Zahlungssicherheit voraussetzt. Hat das Vertragsunternehmen aber in die AGB's des Kartenemittenten eingewilligt, kann dieser auf jeden Fall Rückforderungen auf dieser Grundlage stellen. Hat das Vertragsunternehmen die Sorgfaltspflichten *nicht* eingehalten, kann sich der Kartenemittent *zusätzlich* darauf berufen.

³³⁸ Vgl. DINERS-CLUB AGB-VU, Nr. 3.

Im Ergebnis gilt also sowohl für die rechtliche Konstruktion des Forderungskaufes, als auch für die Garantie oder das abstrakte Schuldversprechen, daß keine allgemeingültige Aussage gemacht werden kann, wer tatsächlich im Einzelfall den Schaden aus der Realisierung des Mißbrauchsrisikos trägt. Der Kartenemittent hat die Möglichkeit nach seinen AGB's, in die das Vertragsunternehmen mangels Verhandlungsmacht regelmäßig einwilligt, bereits erstattete Rechnungsbeträge zurückzufordern bzw. von der nächsten Rechnung abzuziehen, wenn diese nicht vom rechtmäßigen Karteninhaber verursacht wurden. Ob er dies tut, obgleich das Vertragsunternehmen alle ihm auferlegten Sorgfaltsanforderungen erfüllt hat, hängt im Einzelfall vom Entscheidungskalkül des Emittenten ab. Eine wiederholte Rückforderung im Mißbrauchsfall wird zweifellos das Vertrauen der Vertragsunternehmen in die Kreditkarte als Zahlungsinstrument erschüttern und damit den weiteren Aufbau eines breiten Akzeptantennetzes erschweren. Verletzt der Händler hingegen zusätzlich die ihm auferlegten Sorgfaltsanforderungen, kann und wird der Kartenemittent die erstatteten Beträge zurückfordern.

3. Ansprüche des Emittenten gegenüber dem Karteninhaber

a) Anspruch aus Geschäftsbesorgungsvertrag

aa) Anspruch aus Geschäftsbesorgungsvertrag i.V.m. einer Weisung des Karteninhabers

Das vertragliche Verhältnis zwischen Emittent und Karteninhaber wird nach der herrschenden Meinung in der juristischen Literatur als *entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag* gemäß § 675 BGB behandelt.³³⁹ Der Karteninhaber weist durch seine Unterschrift beim Händler den Emittenten an, das Vertragsunternehmen zu bezahlen. Den Emittenten verpflichtet diese Anweisung, den Anspruch des Händlers gegen den Karteninhaber aus dem Valutaverhältnis zu erfüllen, das heißt, er muß dem Händler den aufgelaufenen Rechnungsbetrag erstatten.

³³⁹ Zur genauen Darstellung vgl. 2. Kapitel, II.3.

Der Emittent, der an den Händler leistet, hat gegenüber dem Karteninhaber einen Erstattungsanspruch aus §§ 675, 665, 670 BGB für die vorgenommene Zahlung.³⁴⁰ Liegt aber ein mißbräuchlicher Einsatz der Kreditkarte durch einen Dritten, zum Beispiel durch Fälschung der Unterschrift auf einem Leistungsbeleg vor, fehlt es an einer wirksamen Weisung des Karteninhabers im Sinne von § 665 BGB, so daß ein Aufwendungsersatzanspruch seitens des Kartenemittenten nach § 670 BGB nicht entstehen kann.³⁴¹ Die Beweislast für die Echtheit der Unterschrift auf einer Weisung trägt, da es sich um eine anspruchsbegründende Tatsache handelt, der Kartenemittent.³⁴² Der Emittent hat daher aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag in Verbindung mit einer Weisung des Karteninhabers keinen Anspruch gegen diesen.

bb) Anspruch aus einem Geschäftsbesorgungsvertrag i.V.m. einer Klausel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Nachdem gezeigt wurde, daß der Kartenemittent mangels einer wirksamen Weisung des Karteninhabers zunächst keinen Anspruch gegen diesen hat, ist zu klären, ob ein solcher Anspruch möglicherweise mittels einer *Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen* begründet sein könnte.

In der überwiegenden Zahl der AGB's finden sich für den Fall eines Mißbrauchs übereinstimmende oder zumindest ähnliche Formulierungen. Danach ist der Karteninhaber *verpflichtet*, den Kartenemittenten von einem Verlust der Karte unverzüglich in Kenntnis zu setzen. In der Regel haftet er dann bis zum Eingang der Verlustmeldung bis zu einem Höchstbetrag von 100 DM, nach Eingang dieser Meldung entfällt die Haftung vollständig. Die AGB's können sich indessen hinsichtlich des Haftungseintritts für den Karteninhaber unterscheiden. So sehen die AGB von AMERICAN EXPRESS beispielsweise vor, daß der Karteninhaber bei grob

³⁴⁰ Nach § 670 ist für den Fall, daß *der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen macht, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, der Auftraggeber diesem zum Ersatze verpflichtet*. Weist der Karteninhaber den beauftragten Emittenten nach §§ 675, 668 BGB zur Zahlung an, hat dieser ersatzfähige Aufwendungen. Vgl. 2. Kapitel, II.3.

³⁴¹ Grundlegend dafür ist eine Entscheidung des BGH vom 17.5.1984. BGHZ 91, 221 *Visa-Card Mißbrauch*. Neuerdings regelt auch der in Umsetzung einer EU Richtlinie eingeführte § 676h BGB, *Missbrauch von Zahlungskarten*, ausdrücklich was bislang lediglich Rechtsprechung war. Vgl. SCHWINTOWSKI/SCHÄFER (1997), S. 511 f. Vgl. außerdem SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI (1997), S. 1424 f..

fahrlässigem Verhalten in voller Höhe haftet,³⁴³ andere schließen dagegen sogar eine Haftung vor Eingang der Verlustanzeige aus,³⁴⁴ und schließlich gibt es Klauseln, nach denen der Karteninhaber nur bei grob fahrlässigem Verhalten haftet.³⁴⁵

Besteht eine maximale Haftungsgrenze des Karteninhabers vor Eingang der Verlustmeldung, so ist diese *verschuldensunabhängig*, das heißt seine Haftung ist einerseits auf diesen Betrag beschränkt, auch wenn er den Mißbrauch fahrlässig ermöglicht hat, andererseits muß er diesen aber in jedem Fall bezahlen, also auch dann, wenn die Karte ohne sein Verschulden mißbraucht wurde.

Die Klauseln der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterliegen zur Prüfung auf ihre Zulässigkeit der Inhaltskontrolle durch die §§ 305 ff. BGB (ehemals AGBG), die zum Ziel haben, den Verbraucher vor Mißbrauch einseitiger Vertragsgestaltung zu schützen. Hierdurch lassen sich Klauseln gemäß den §§ 308 und 309 BGB für unwirksam erklären, in denen explizit auszuschließende Beispiele aufgeführt werden. Findet sich eine Klausel nicht unter den genannten und erscheint trotzdem unwirksam, kann sie mit Hilfe des § 307 BGB ausgeschlossen werden. Danach sind Klauseln prinzipiell dann unwirksam, wenn sie gegen die Gebote von Treu und Glauben verstoßen oder „*mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren*“ sind. Eine Inhaltskontrolle nach § 307 fällt freilich schwer, wenn es keine ausdrückliche gesetzliche Regelung gibt, gegen die eine AGB-Klausel verstoßen könnte. Eben dies wurde zu Beginn der Arbeit aber für den Fall der Kreditkartenzahlung festgestellt. Es muß daher trotz des fehlenden gesetzlichen Vorbildes ein Maßstab zur Inhaltskontrolle gefunden werden. In der

³⁴² Vgl. TAUPITZ (1995), S. 121 f.. Vgl. außerdem SCHWINTOWSKI/SCHÄFER (1997), S. 511 f..

³⁴³ Vgl. AMERICAN EXPRESS Nr. 8: „*Bei mißbräuchlicher Benutzung der Karte entfällt ihre Haftung für Schäden, die nach der Benachrichtigung entstehen; die Haftung wegen mißbräuchlicher Benutzung vor einer unverzüglichen Benachrichtigung ist auf maximal DM 100,- begrenzt, es sei denn, Sie haben durch die Verletzung Ihrer Verpflichtung zur sorgfältigen Aufbewahrung der Karte, der Kartenummer bzw. der PIN zum Mißbrauch beigetragen.*“

³⁴⁴ So zum Beispiel DINERS CLUB Nr. 6: „*Das Mitglied ist verpflichtet, im Falle eines Verlustes oder Diebstahls der unterschriebene DC-Karte den Diners Club, ..., unverzüglich telefonisch und schriftlich zu benachrichtigen. Eine Haftung des Mitgliedes für Umsätze, die durch mißbräuchliche Benutzung der Karte durch Dritte getätigt wurde, besteht in diesem Fall nicht.*“

Ähnlich zu verstehen ist zum Beispiel VISA, CITIBANK PREFERRED VISA Nr. 6.

³⁴⁵ Vgl. SONDERBEDINGUNGEN FÜR DIE S-CARD III. „*Für Schäden, die vor der Verlustanzeige entstanden sind, haftet der Kontoinhaber, wenn sie auf einer schuldhaften Verletzung seiner Sorgfalts- und Mitwirkungspflichten beruhen.*“

juristischen Literatur konnte über die Wirksamkeit einer solchen Klausel bislang keine Einigkeit erzielt werden.³⁴⁶

b) Sonstige Ansprüche

In der juristischen Literatur werden bisweilen weitere Anspruchsgrundlagen genannt, die hier der Vollständigkeit halber kurz erwähnt werden sollen.

aa) Die abgetretene Forderung aus dem Valutaverhältnis

Ist das Kreditkartensystem als Forderungskauf ausgestaltet³⁴⁷, tritt der Anspruch aus der verkauften und abgetretenen Forderung des Vertragsunternehmens gegen den Karteninhaber *neben* den Aufwendungsersatzanspruch des Kartenemittenten aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag und bleibt so zusätzlich bestehen.³⁴⁸ Im Mißbrauchsfall wurde freilich gar keine Forderung gegen den Karteninhaber begründet, da dieser eben gerade nicht den fraglichen Kauf tätigte, und kann daher auch nicht abgetreten werden.

bb) Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag

Mangels einer wirksamen Weisung des Karteninhabers kann es zur Anwendung des Rechts der *Geschäftsführung ohne Auftrag* (GoA) kommen. Diese würde einen Ersatzanspruch desjenigen, für den ein Geschäft geführt wird, begründen, wenn er aus diesem Geschäft einen Vorteil erlangt. Aus *berechtigter* GoA scheidet freilich ein Aufwendungsersatzanspruch des Emittenten gegen den Karteninhaber von vornherein aus, da die Geschäftsführung weder dem Willen noch dem Interesse des Geschäftsherrn gemäß § 683 BGB entspricht. Eine *unberechtigte* GoA gemäß §§ 683, 684 BGB, die den Geschäftsherrn verpflichtet, alles herauszugeben, was er

³⁴⁶ Zugunsten einer solchen Klausel zum Beispiel TAUPITZ (1995), S. 138 ff. und SCHWINTOWSKI/SCHÄFER (1997), S. 514. Gegen eine solche Klausel spricht sich zum Beispiel aus SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI (1997), S. 1425.

³⁴⁷ Vgl. hierzu 2. Kapitel II.2.

³⁴⁸ Das gleiche Endergebnis gilt auch für den Fall eines Garantievertrages.

durch die Geschäftsführung erlangt hat, kommt ebenfalls nicht in Betracht.³⁴⁹ Der Karteninhaber als Geschäftsherr erlangt ja bei Drittmißbrauch gerade keinen Vermögensvorteil, den er herauszugeben hätte, sondern erleidet im Gegenteil noch einen Schaden.

c) Mögliche Schadensersatzpflicht des Karteninhabers aus schuldhafter Vertragsverletzung

Stehen zwei Personen in einem vertraglichen Verhältnis, ergeben sich daraus sogenannte *primäre* und *sekundäre* Ansprüche. Schließen zwei Parteien beispielsweise einen Kaufvertrag, sind primäre Ansprüche gemäß § 433 I und II BGB die Zahlung des Kaufpreises und die Übergabe der Kaufsache. Sekundäre Ansprüche erwachsen aus der Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht und führen zu Schadensersatzforderungen.

So kann der Karteninhaber beispielsweise schuldhaft die sich aus den AGB's des Kartenvertrages ergebende Pflicht verletzt haben, sorgfältig mit der Kreditkarte umzugehen.³⁵⁰ Sind diese Pflichten wirksamer Bestandteil des Vertrages geworden, kann der Kartenemittent gegen den Karteninhaber einen Schadensersatzanspruch aus einer schuldhaften Verletzung des Geschäftsbesorgungsvertrages geltend machen, wenn der Karteninhaber diesen Pflichten nicht nachkommt.³⁵¹ Um tatsächlich einen Schadensersatzanspruch zu haben, muß der Kartenemittent allerdings beweisen, daß der Karteninhaber seine Sorgfaltspflicht *schuldhaft* verletzt hat, was in der Praxis selten gelingen wird.³⁵²

³⁴⁹ Vgl. TAUPITZ (1995), S. 122 ff..

³⁵⁰ *Schuldhaft* bedeutet entweder fahrlässig oder vorsätzlich. Vgl. § 276 BGB.

³⁵¹ Es handelt sich hierbei um eine *positive Forderungsverletzung* (pFV). Vgl. TAUPITZ (1995) S. 126 ff..

³⁵² Da der Kartenemittent ein solches schuldhaftes Verhalten schwer nachweisen kann, wird er trotzdem versuchen auf anderem Wege das Risiko wenigstens teilweise mittels anderer Klauseln auf den Karteninhaber abzuwälzen. Denkbar sind hier die *Beweislastumkehr*, die dem Karteninhaber die Pflicht auferlegt, sein *fehlendes* Verschulden nachzuweisen, eine umfassende *Überprüfungspflicht* der monatlichen Abrechnung mit knapper Widerspruchsfrist oder etwa strenge Anforderungen an eine *rechtzeitige Verlustanzeige*. In der juristischen Literatur werden alle genannten Versuche jedoch sehr kritisch betrachtet, so daß derartige Klauseln einer Inhaltskontrolle in der Regel nicht standhalten. Für eine ausführliche Behandlung vgl. TAUPITZ (1995), S. 149 ff.. Vgl. außerdem SCHWINTOWSKI/SCHÄFER (1997), S. 467 ff., und SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI (1997), S. 1407 ff..

4. Zusammenfassung

Aus den vorhergehenden Erläuterungen zu den bestehenden rechtlichen Regelungen wurde deutlich, daß in vielen Fällen keine eindeutige Aussage gemacht werden kann. Der Umstand, daß die Rechtslage unsicher ist, verursacht indes hohen Aufwand, da im Einzelfall mit offenem Ausgang geklagt werden muß. Da es gerade wegen dieser prohibitiv hohen Kosten oft nicht zu einer Klage kommt, einigen sich die Parteien im Vorfeld oft im Rahmen eines Vergleichs. Um ein effizientes Ergebnis zu erzielen, ist jedoch eine eindeutige Regelung, die den verschiedenen Parteien Rechtssicherheit und die Möglichkeit, potentiellen Aufwand genau zu kalkulieren verschafft, wünschenswert.

Kommt es zum Mißbrauch durch einen unberechtigten Dritten auf Kosten des Karteninhabers, sind zunächst die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kartenemittenten gegenüber dem Karteninhaber (AGB-KI) und gegenüber den Vertragsunternehmen (AGB-VU) näher zu beleuchten. Gegenüber dem Vertragsunternehmen besteht für den Emittenten gemäß der AGB-VU's prinzipiell die Möglichkeit, durch Mißbrauch verursachte Rechnungsbeträge zurückzufordern. Ob dies tatsächlich stattfindet, hängt im Einzelfall vom Entscheidungskalkül des Emittenten und der Verhandlungsmacht des Vertragsunternehmens ab, insbesondere wenn das Vertragsunternehmen die ihm auferlegten Sorgfaltsanforderungen eingehalten hat.³⁵³

Gegenüber dem Karteninhaber sind ebenfalls die AGB's maßgeblich, die je nach Anbieter stark voneinander abweichen. In der Regel haftet der Karteninhaber für alle Schäden vor Eingang der Verlustmeldung bis zu einer Höchstgrenze von 100 DM, nach Eingang der Meldung entfällt die Haftung. Je nach Ausgestaltung der AGB-KI's wird diese Haftungsfreistellung durch fahrlässiges Verhalten oder schuldhaftes Verzögern der Verlustmeldung des Karteninhabers eingeschränkt.

³⁵³ Es ist sehr gut vorstellbar, daß eine große Warenhauskette mit größerer Kulanz der Emittenten rechnen kann als ein kleineres Einzelhandelsgeschäft.

III. Die Ökonomische Analyse

1. Einleitung

Mißbrauch einer Kreditkarte kann in verschiedenen Ausprägungen auftreten. Es gibt Mißbrauch nach Diebstahl, Verlust durch fahrlässige Aufbewahrung und Fälschung. Für die verschiedenen Ausprägungen des Risikos können jeweils verschiedene Anreizwirkungen auf die beteiligten Parteien ausgemacht werden, die zur bestmöglichen Allokation des Risikos ausgenutzt werden können. Um zu entscheiden, wie diese Anreizwirkungen sinnvoll eingesetzt werden können, muß untersucht werden, unter welchen Umständen sich das Mißbrauchsrisiko realisiert - denn davon hängen unter anderem die Möglichkeiten ab, auf dieses einzuwirken. Je nachdem wann und auf welche Weise die Karte in die Hände eines Unbefugten gerät und mißbräuchlich eingesetzt wird, können Mißbrauchsrisiken in drei Gruppen unterteilt werden.³⁵⁴

a) Gruppe 1: Risiken nahe des Kartenemittenten

Risiken nahe des Kartenemittenten sollen all jene Risiken genannt werden, die sich bei ihrer Realisierung im Einflußbereich des Emittenten befinden und von den anderen Beteiligten nur schwer kontrolliert werden können.³⁵⁵ Darunter fallen zunächst die sogenannten Postwegverluste, die 50 % aller Kartendiebstähle und 25 % des Gesamtschadens ausmachen.³⁵⁶ Ein mißbräuchlicher Einsatz wird auf diese Weise des Diebstahls besonders leicht, da sich noch keine Unterschrift auf den Karten

³⁵⁴ Ein ähnlicher Ansatz findet sich bei COOTER/RUBIN (1987), S. 87 ff.. Hier fehlt allerdings völlig die Miteinbeziehung der Vertragsunternehmen, analysiert wird lediglich die Risikoallokation zwischen Emittent und Karteninhaber.

³⁵⁵ In der juristischen Literatur existiert zum selben Gedanken das *Argument der Risikosphäre*. Vgl. TAUPITZ (1995), S. 136 und BGHZ 114, S. 238 ff..

³⁵⁶ Kreditkarten werden dem Karteninhaber nicht direkt bei Antragstellung ausgehändigt, sondern müssen erst speziell angefertigt werden. Liegt die Karte schließlich beim Emittenten vor, verschickt dieser sie in der Regel auf postalischem Wege an den Karteninhaber. Besonders im Rahmen der organisierten Bandenriminalität kommt es häufig zum Diebstahl ganzer Massensendungen. Vgl. DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S. 70.

befindet, die meist schwer zu fälschen ist. Da sich diese Karten nie im Besitz des rechtmäßigen Inhabers befunden haben, kann dieser auf derartigen Mißbrauch keinerlei Einfluß nehmen. Ebenso wenig wie das Vertragsunternehmen, das bei Vorlage der Karte mit identischer Unterschrift wie auf dem Rechnungsbeleg selbst bei eingehender Prüfung zurecht keinerlei Verdacht schöpft.

Ebenfalls dem Einflußbereich des Emittenten zuzurechnen sind nahezu perfekte Fälschungen von Karten. Ist die falsche Karte technisch so ausgereift, daß sie trotz sorgfältiger Prüfung des Vertragsunternehmens durch die zur Verfügung stehenden Prüfinstrumente nicht als solche identifiziert werden kann, ist wiederum der Emittent derjenige, der über die vergleichsweise besten Informationen verfügt. Ihm ist es möglich, durch die Einführung ausgereifter Sicherheitsmerkmale die Herstellung gefälschter Karten zu erschweren, bzw. funktionsfähige Prüfinstrumente für die Vertragsunternehmen zu entwickeln.

Schließlich ist noch der Mißbrauch durch Vertragsunternehmen als Einflußbereich des Emittenten zu nennen. Der Emittent akquiriert die Vertragsunternehmen entweder selbst oder aber er steht in unmittelbarem Kontakt mit dem Akquisiteur. In jedem Fall wählt er die Vertragsunternehmen direkt oder indirekt aus. Der Emittent verfügt über die meisten Informationen über diejenigen Unternehmen, die als Kartenakzeptanten angeworben werden. Der Karteninhaber muß bei Benutzung seiner Karte darauf vertrauen können, daß die Vertragsunternehmen aufrichtig sind, er hat auf deren Auswahl keinen Einfluß.

b) Gruppe 2: Risiken nahe des Karteninhabers

Risiken nahe des Karteninhabers sollen all jene Risiken genannt werden, die sich bei ihrer Realisierung im Einflußbereich des Inhabers befinden und von den anderen Beteiligten nur schwer kontrolliert werden können. Unter diese Risiken fällt in erster Linie Verlust oder Ermöglichung eines Diebstahls der Karte durch fahrlässige Aufbewahrung. Dies kann etwa der Fall sein, wenn eine Kreditkarte an einem jedermann zugänglichen Ort ohne besondere Sicherheitsmaßnahmen aufbewahrt wird. Was als ein sicherer und was als ein unsicherer Aufbewahrungsort bezeichnet werden

kann, muß im Einzelfall geprüft werden und kann mitunter nicht eindeutig bestimmt werden.

Desweiteren ist als fahrlässig anzusehen, wenn die PIN³⁵⁷ auf oder in unmittelbarer Nähe der Karte notiert wird. Der Karteninhaber wird bei Erhalt der Karte dazu angehalten, sich die PIN einzuprägen und sie keinem Dritten zugänglich zu machen. Es ist folglich ein leichtes, diese einfache Vorsichtsmaßnahme einzuhalten.³⁵⁸

c) Gruppe 3: Risiken nahe des Vertragsunternehmens

Risiken nahe des Vertragsunternehmens sollen all jene Risiken genannt werden, die sich bei ihrer Realisierung im Einflußbereich des Vertragsunternehmens befinden und von den anderen Beteiligten nur schwer kontrolliert werden können. Darunter fallen schließlich alle Risiken, die durch die Einhaltung einfacher Vorsichtsmaßnahmen verhindert werden können. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn sich Karten auf der Kontrollliste gesperrter Karten befinden und dies nicht vom Vertragsunternehmen abgeprüft wird. Denkbar sind außerdem Einzeltäter, die mit sichtbar gefälschten Unterschriften arbeiten oder sich gar eine Abweichung beim Geschlecht zwischen dem Name auf der Karte und dem Zahlenden ergibt. Derartige Mißbrauchsfälle können sich durch simpelste Plausibilitätsprüfungen seitens des Vertragsunternehmens einfach verhindern lassen.

Je nachdem, ob das Risiko nahe des Emittenten, des Karteninhabers oder des Vertragsunternehmens ist, ergeben sich unterschiedliche Ergebnisse für eine effiziente Risikoallokation. Für die verschiedenen Ausprägungen des Mißbrauchsrisikos sind jeweils unterschiedliche Parteien in der besten Position, auf das Risiko Einfluß zu nehmen, da sie über vergleichsweise bessere Informationen und Instrumente verfügen als andere. Jene Partei aber, welche bezüglich Information und Instrument den

³⁵⁷ PIN = Personal Identification Number. Dient bei der Kreditkarte in der Regel dazu, Bargeld am ATM-Schalter zu beziehen. Vgl. DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S. 10 ff..

³⁵⁸ Zu überprüfen ist hingegen die kürzlich ergangene Entscheidung des BGH bezüglich ec-Karten, die festlegt, daß PIN auch *nicht in der Wohnung* aufbewahrt werden dürfen, da im Falle eines Einbruchs diese entwendet werden können.

anderen überlegen ist, sollte zur bestmöglichen Risikoallokation durch Anreizsetzung insbesondere in die Haftung eingebunden werden.

Natürlich verursacht eine Untersuchung auf Gruppenzugehörigkeit in jedem Einzelfall hohe Kosten. Es kann nicht erwartet werden, daß bei jedem Kartenmißbrauch zunächst genau geprüft wird, in welche Gruppe der konkrete Vorfall einzuordnen ist. Schließlich sind nicht alle Fälle so eindeutig wie die oben exemplarisch beschriebenen, sondern man ist in der Realität vielmehr mit einem Kontinuum konfrontiert.³⁵⁹ Daher darf eine rechtliche Regelung nicht auf den Einzelfall zugeschnitten sein, sondern muß so weit wie möglich gruppenübergreifend gelten, wobei die Heterogenität der beteiligten Parteien bewußt berücksichtigt wird.³⁶⁰ Dafür müssen die verschiedenen Ausprägungen des Mißbrauchsrisikos, Diebstahl, Verlust durch fahrlässige Aufbewahrung und Fälschung, darauf untersucht werden, in welcher Weise sie in Verbindung zu den oben definierten Gruppen stehen. Dies sollte ausschlaggebend dafür sein, welche Anreize für ihre bestmögliche Allokation eingesetzt und ausgenutzt werden können.

Als erstes wird die Realisierung des Mißbrauchsrisikos nach Diebstahl untersucht. Da zur Vermeidung dieses Mißbrauchsrisikos prinzipiell alle Beteiligten beitragen können, sollen nacheinander Emittent, Vertragsunternehmen und Karteninhaber in Betracht gezogen werden.

³⁵⁹ Diese Ansicht teilen auch COOTER UND RUBIN. Vgl. COOTER/RUBIN (1987), S. 89.

³⁶⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang auch COOTER/RUBIN (1987), S. 90: „An efficient law ..., therefore, will impose enough liability on each party to induce it to take cost-effective precautions..“

2. Mißbrauch nach Diebstahl

Mißbräuchlicher Einsatz der Karte nach Diebstahl ist grundsätzlich ein Risiko, das jedem Kreditengagement des Emittenten anhängt und über die große Anzahl verschiedener Karteninhaber gestreut werden soll und muß. Durch das kooperative Zusammenwirken der verschiedenen Parteien ist es jedoch möglich, bewußt Anreize zu setzen, die das Eintreten des Risikos präventiv beeinflussen, so daß es unter Umständen lohnenswert sein kann, nicht das gesamte Risiko zu streuen. Wie in der Darstellung der rechtlichen Regelungen deutlich wurde, ist juristisch bisher nicht eindeutig festgelegt, wer das Mißbrauchsrisiko zu tragen hat.³⁶¹ Trotz der unklaren Rechtslage hat sich unter den Vertragspartnern ein Verhaltensmuster herausgebildet: der Kartenemittent streut nicht das gesamte Risiko, sondern bindet durch – ihm sehr bewußte - Anreizsetzung mit Hilfe entsprechend formulierter AGB's Karteninhaber und Vertragsunternehmen ein. Im folgenden soll untersucht werden, wie dieses in der Realität zu beobachtende Verhaltensmuster unter Effizienzgesichtspunkten zu beurteilen ist und wie gegebenenfalls eine alternative rechtliche Regelung auszugestalten sein kann.

a) Diversifikationsmöglichkeiten

Da es sich beim Mißbrauchsrisiko um ein unsystematisches Risiko handelt – sicherlich wird nicht jede Karte gestohlen und mißbraucht, sondern nur ein mehr oder weniger gut kalkulierbarer Prozentsatz der Gesamtanzahl aller emittierten Karten – kann das Risiko am bequemsten vom Emittenten über die große Anzahl von Karteninhabern gestreut werden. Weder der Karteninhaber noch das Vertragsunternehmen sind in der Position, das Risiko so effektiv zu streuen wie der Kartenemittent.³⁶² Bezüglich der Informationskosten ist der Kartenemittent durch die Realisierung von Skalenvorteilen zu einer kostengünstigeren Informationsgewinnung

³⁶¹ Vgl. oben II.

³⁶² Vgl. hierzu Note (1968), S. 1424 und 1426.

und -verarbeitung imstande und kann diese Daten zusätzlich statistisch für die Entwicklung neuer Sicherheitstechniken weiter verwerten.

Kartenemittenten verfügen grundsätzlich auch über die Möglichkeit, sich bei externen Dienstleistern gegen Schäden aus Mißbrauchsrisiken zu versichern. Hierzu kann angenommen werden, daß ein funktionierender Versicherungsmarkt existiert. Dieser Fall liegt anders bei Karteninhabern.³⁶³ Versicherungen für Karteninhaber gegen Kreditkartenmißbrauch unterliegen dem bekannten adversen Selektions-Problem. Gerade die Kunden, die keine ausreichende Sorgfalt bei der Aufbewahrung ihrer Karte aufwenden, haben ein Interesse, sich gegen Mißbrauch zu versichern. Diese Kunden muß der Versicherungsanbieter aber ebenfalls mit in seine Kalkulation einbeziehen, was dazu führt, daß die umsichtigen Kunden die nachlässigeren durch für sie ungerechtfertigt hohe Prämien mitfinanzieren müssen.^{364 365} Je mehr sorgfältige Kunden abspringen, desto unattraktiver wird eine Versicherung für diese, so daß der Markt schließlich zum Erliegen kommt

Vertragsunternehmen stehen vor demselben Problem. Ist das einzelne Unternehmen gegen Mißbrauch versichert, besteht für viele Händler kein Anlaß, präventiv wirkende aber kostspielige Sicherheitskontrollen durchzuführen. Dieses Verhalten treibt die Prämien für alle Versicherungsnehmer in die Höhe, so daß der Abschluß einer solchen Versicherung für die meisten Vertragsunternehmen nicht mehr lohnenswert ist.³⁶⁶

Auch auf der Ebene des Emittenten ergibt sich jedoch ein adverses Selektions-Problem bei Fremdversicherung. Sind Kartenemittenten gegen Schäden aus

³⁶³ COOTER UND RUBIN schließen eine Versicherung mit der Begründung aus, daß der Abschluß zu hohe Transaktionskosten verursacht: „Furthermore, the bargaining costs for insuring the average consumer against fraud and forgery are likely to be large enough to render this insurance either unavailable or too expensive to possess broad appeal.“ Fn.45: „Transaction costs would probably prevent the sale of insurance against payment losses unless the insurance could be attached to a larger transaction.“ Vgl. COOTER/RUBIN (1987), S. 73 und FARNSWORTH (1960), S. 286 ff..

³⁶⁴ Vgl. in Ansätzen COOTER/RUBIN (1987), S. 72, Fn.45.

³⁶⁵ Daß eine Versicherung via den Emittenten in jedem Fall günstiger ist, vertritt der anonyme Verfasser der NOTE (1968), S. 1427 f.: „In an attempt to spread their own risk, some cardholders presently resort to liability insurance. The administrative costs involved in providing this independent insurance are significantly greater than they would be if issuers financed equivalent insurance for cardholders through periodic changes.“

Kartenmißbrauch versichert, haben einige von ihnen keinen Anreiz mehr, in die Entwicklung neuer Sicherheitstechniken oder Prüfverfahren zur Mißbrauchsprävention zu investieren. Im Ergebnis werden Karten gleichbleibend auf einem vergleichsweise geringen Sicherheitsniveau bleiben, was – im Zuge ausgefeilterer Betrugsmethoden - die Anzahl der Mißbrauchsfälle nicht reduziert, sondern steigen läßt und damit die Versicherungsprämien in die Höhe treibt.

Zusammenfassend verfügt der Emittent dennoch über die vergleichsweise besten Möglichkeiten, das Risiko zu diversifizieren. Ob er sich fremdversichern sollte oder das Risiko lieber selbst diversifiziert, muß individuell entschieden werden und kommt auf die Ausgestaltungsmöglichkeiten der Versicherung an.

b) Anreizsetzung zur Risikovermeidung

Eine Diversifikation des Mißbrauchsrisikos durch den Kartenemittenten ist ökonomisch wünschenswert. Dies ist in der Realität auch zu beobachten. Zu prüfen bleibt, ob das gesamte Risiko gestreut werden sollte oder aber durch Ausnutzung der spezifischen Anreizstruktur bei Karteninhaber und Vertragsunternehmen Teile sinnvoll überwältzt werden können und damit zu einer besseren Lösung gelangt werden kann.

aa) Das Vertragsunternehmen

Das Vertragsunternehmen kann auf verschiedene Weise in den wirkungsvollen Einsatz der Risikopräventionsinstrumente eingebunden werden. Gängige Methode für die Emittenten in der Realität ist, durch das schrittweise Absenken des Disagios die Vertragsunternehmen dazu zu bewegen, Prüfinstrumente anzuschaffen, für die die Vertragsunternehmen selbst die Kosten zu tragen haben.³⁶⁷ Bekanntestes Beispiel

³⁶⁶ Würde sich eine Versicherung zunächst durchsetzen, kann von einem weiteren unerwünschten Nebeneffekt ausgegangen werden: sind die Vertragsunternehmen versichert, ist das Risiko überwältzt, so daß seitens der Kartenemittenten kein Anreiz besteht, in neue Sicherheitstechniken zu investieren.

³⁶⁷ EUROCARD beispielsweise bietet für ein Einzelhandelsunternehmen mit einem Kartenumsatz bis zu 50000DM einen Grunddisagio von 3,9%, der entlang einiger Fragen variiert wird (bei einem Kartenumsatz von über 6 Mio. sinkt der Grunddisagio auf 3%). Je nach Laufzeitbindung (3 oder 5

eines solchen Instruments ist ein Terminal zur on-line Autorisierung. Die Entscheidung, bei der Mißbrauchsprävention aktiv mitzuwirken, liegt nun in der Hand des kartenakzeptierenden Händlers. Verzichtet er auf die kostenträchtige Anschaffung und Unterhaltung eines Terminals, steigert er das Mißbrauchsrisiko und muß für dieses in jedem Fall aufkommen, falls vertraglich vereinbarte Sorgfaltspflichten eine on-line Autorisierung einschließen. Schafft er den Terminal hingegen an und sorgt dafür, daß entsprechende Autorisierungen bei Abwicklung eines Zahlungsvorgangs durchgeführt werden, kann er mit einer Erstattung des Rechnungsbetrages durch den Emittenten auch im Falle eines Mißbrauchs rechnen.³⁶⁸ In der Realität läßt sich eine derartige Abwägungsentscheidung der Händler beobachten: große, umsatzstarke Warenhausketten verzichten oft auf die Einführung eines Prüfungsterminals, da sie in der Lage sind das Mißbrauchsrisiko ausreichend über eine große Anzahl Karteninhaber zu streuen. Die Kosten, die die Ausrüstung und Unterhaltung der Häuser mit Prüfungsterminals verursachen würde, sind höher anzusetzen als diejenigen, die aus dem Schaden der Realisierung des Mißbrauchsrisikos entstehen.³⁶⁹ Eine solche Kalkulation sieht freilich entsprechend anders bei kleineren, weniger umsatzstarken Unternehmen aus. Diese müssen die Anschaffungs- und Unterhaltungskosten eines Terminals, die sich auf insgesamt weniger Zahlungsvorgänge verteilen, mit dem potentiellen Schaden aus Mißbrauch aufrechnen, der sich bei ihnen wiederum lediglich über eine kleinere Gesamtzahl von Kunden streuen läßt.

Das Vertragsunternehmen verfügt daneben auch selbst über einfache Möglichkeiten, auf das Mißbrauchsrisiko Einfluß zu nehmen, die zur bewußten Anreizsetzung ausgenutzt werden können. In erster Linie sind hier schlichte Plausibilitätsprüfungen zu nennen, wie beispielsweise das Überprüfen der Unterschrift oder die Übereinstimmung des Geschlechts beim Namen auf der Karte mit der zahlenden Person.³⁷⁰ Derlei Prüfungen verursachen keinen hohen Aufwand und können ohne weiteres dem Vertragsunternehmen zugemutet werden. Eine konsequente

Jahre) sinkt er um 0,2 oder 0,3 % Punkte. Je nach Abrechnungsrythmus (täglich, wöchentlich, alle zwei Wochen oder alle vier Wochen) steigt er um 0,2% Punkte oder kann bis zu 0,3% Punkte fallen. Die *Einführung eines Terminals* schließlich senkt den Disagio um weitere 0,15% Punkte. Vgl. GZS (1994), S. 6.

³⁶⁸ Er erhöht zumindest die Wahrscheinlichkeit, wenn er auch durch die gegenwärtige Formulierung der gängigen AGB's der Vertragsunternehmen immer noch der Willkür des Emittenten ausgesetzt ist.

³⁶⁹ Vgl. SCHÖCHLE (1992), S. 234 ff..

³⁷⁰ Das Abprüfen der Unterschrift scheint selbstverständlich, wird aber in den allermeisten Fällen in großen Kaufhäusern, insbesondere zu Stoßzeiten nicht gemacht.

Überprüfung der Unterschrift oder gegebenenfalls eines Photos hat darüber hinaus auch Abschreckungscharakter für potentielle Täter. Es darf allerdings nicht übersehen werden, daß derartige Prüfungen hauptsächlich Fälle groben Mißbrauchs aufdecken können.³⁷¹

bb) Der Karteninhaber

Neben dem Vertragsunternehmen kann auch der Karteninhaber zur Reduktion des Mißbrauchsrisikos nach Diebstahl angehalten werden und maßgeblich dazu beitragen. Dabei sind in erster Linie zwei Maßnahmen relevant: der Karteninhaber kann bei der Aufbewahrung der Karte Sorgfalt walten lassen, indem er sie an sicheren Orten verwahrt und darauf achtet, daß die Kartenummer und eventuell die PIN nicht in Hände von Unbefugten geraten. Außerdem kann sich der Karteninhaber darum bemühen, sich jederzeit darüber im Klaren zu sein, ob er noch im Besitz der Karte ist und, sobald er einen Verlust feststellt, diesen unverzüglich anzuzeigen. Je früher eine Verlustmeldung beim Emittenten eingeht, desto schneller kann dieser eine Sperrung veranlassen, die schließlich - wiederum vorausgesetzt das Vertragsunternehmen führt eine Überprüfung durch - den Mißbrauch wirksam verhindert. Eine ökonomisch wünschenswerte rechtliche Regelung muß dem Karteninhaber also einen Anreiz geben, das entsprechende und ihm mögliche Maß an Sorgfalt aufzuwenden.

cc) Der Kartenemittent

Der Kartenemittent selbst verfügt über den vergleichsweise breitesten Möglichkeitenkatalog, auf den Mißbrauch nach Diebstahl der Karte Einfluß zu nehmen. Die verschiedenen Maßnahmen ergeben sich aus zwei Bereichen.

Der erste Bereich umfaßt alles, was der Emittent selbst tun kann, und setzt präventiv zeitlich vor Eintritt des Diebstahls an. Der zweite Bereich erfordert die aktive Mitarbeit der anderen Parteien, wobei der Emittent hauptsächlich eine Überwachungsfunktion übernimmt, und setzt zeitlich nach Eintritt des Diebstahls an.

³⁷¹ Vgl. dazu NOTE (1968), S. 1425.

Hier geht es darum, den mißbräuchlichen Einsatz der Karte, nachdem sie bereits gestohlen wurde, zu verhindern.³⁷² Alle Kosten, die im zweiten Bereich entstehen, sind daher unmittelbar mit den anderen Parteien verknüpft. Sie führen nur dann zu einer effektiven Risikoreduktion, wenn die restlichen Beteiligten ihrerseits zusätzlich präventiv agieren. Auf diese Besonderheit muß mit gezielter Anreizsetzung entsprechend reagiert werden.

Die Hälfte aller Diebstähle machen die sogenannten Postwegverluste aus, die nach obiger Definition in den Einflußbereich der Gruppe 1 fallen. Um die Postwegverluste zu verhindern, stehen dem Emittenten etliche Möglichkeiten zur Verfügung. Eine der mittlerweile sehr häufig anzutreffenden Maßnahmen ist das Versenden sogenannter *blocked cards*, die beispielsweise AMERICAN EXPRESS in Verbindung mit einem Passwort verwendet.³⁷³ Dabei werden zunächst gesperrte Karten versendet, die erst nach dem Erhalt einer Empfangsbestätigung oder, im Fall von American Express, nach telephonischer Freischaltung unter Angabe des Passwortes entsperrt werden. Dasselbe Ziel verfolgt die Maßnahme auf der Karte neben dem Gültigkeitsende auch einen Gültigkeitsbeginn zu vermerken, der großzügig erst vier Wochen nach Versendung der Karte angesetzt wird. Der Karteninhaber wird bei diesem Verfahren aufgefordert, sich mit dem Emittenten in Verbindung zu setzen, wenn er die Karte nicht nach Ablauf einer gewissen Zeit erhalten hat.³⁷⁴ Schließlich ist denkbar, die Kreditkarte persönlich beim Emittenten abzuholen.³⁷⁵ Mit diesen vergleichsweise einfachen Maßnahmen verfügt der Kartenemittent über wirksame Mittel, das Mißbrauchsrisiko nach Postwegverlusten zu beeinflussen. Weder das Vertragsunternehmen noch der Karteninhaber sind zu diesem Zeitpunkt involviert, von ihnen kann daher kein Beitrag zur Risikovermeidung erwartet werden. Trägt der Emittent das Risiko aus Mißbrauch, besteht für ihn freilich Anreiz, solche und ähnliche Präventionsmechanismen zu entwickeln. Ähnliches gilt für den zweiten Maßnahmenkatalog, der zeitlich nach dem Diebstahl einsetzt.

³⁷² Alle Maßnahmen aus dem zweiten Bereich gelten daher analog für den Fall des Mißbrauchs nach Verlust durch fahrlässige Aufbewahrung.

³⁷³ Vgl. Gespräch der Verfasserin mit American Express, Frankfurt am 25.7.2000. Vgl. auch DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S. 70.

³⁷⁴ Vgl. auch DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S. 70.

Zu diesen Präventionsmöglichkeiten gehören Neuentwicklungen der Kartentechnik einerseits und erhöhte Sicherheitsstandards bei der Abwicklung des Zahlungsverkehrs andererseits. Zur Verbesserung der Kartentechnik tragen zum Beispiel die Ausstattung der Karten mit einem Chip, einem Foto des Karteninhabers, fälschungssichere Unterschriftstreifen, Hologramme oder insbesondere individuelle Körpermerkmale wie der Fingerabdruck oder die Stimme bei.³⁷⁶ Eine der wirkungsvollsten Maßnahmen, den Zahlungsverkehr sicherer zu machen, ist jedoch eine flächendeckende Terminalisierung der Vertragsunternehmen, mit Hilfe derer jeder Kauf on-line autorisiert wird. Durch eine Terminalisierung werden sogenannte Merchant-Monitoring-Systeme möglich, die eine Überwachung der Vertragsunternehmen und eine empirische Risikoermittlung zur besseren Kalkulation erlauben. Hier sind insbesondere als Beispiele zu nennen: FALCON (neuronales Netzwerk) und MEMOS (Merchant-Monitoring-System) von EUROCARD und CRIS (Cardholder Risk Identification Service) von VISA.³⁷⁷

Für diesen Maßnahmenkatalog gilt jedoch eine Besonderheit. Der Emittent kann die Voraussetzungen für Karten schaffen, deren Authentizität mit Hilfe eines Terminals abgeprüft werden kann. Nur wenn das Vertragsunternehmen aber die erhöhten Sicherheitsstandards auch abprüft, indem es die on-line Autorisierung durchführt, führen die aufgewandten Kosten des Emittenten tatsächlich zu einer Risikoreduktion. Nur durch ein Zusammenwirken beider Parteien können diese Maßnahmen effektiv sein - hält sich das Vertragsunternehmen seinerseits nicht an die ihm auferlegten Sorgfaltsanforderungen, sind die Investitionen des Kartenemittenten wirkungslos. Wird der Weg der Mißbrauchshaftung durch den Emittenten gegangen, muß für das Vertragsunternehmen ein starker Anreiz geschaffen werden, die Sorgfaltsanforderungen zu erfüllen.

³⁷⁵ Ist der Emittent jedoch nicht die Hausbank des Karteninhabers, die dieser ohnehin regelmäßig aufsucht, sondern ein drittes Unternehmen, verursacht dieses Verfahren hohe Kosten für den Karteninhaber.

³⁷⁶ Vgl. DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S. 69 und WIRTSCHAFTSWOCHE (1999), S. 203.

³⁷⁷ Der Kartenemittent verfügt auch hier über die Möglichkeit zum *Outsourcing*. So bietet beispielsweise die Atos Processing GmbH das integrierte Betrugs-Früherkennungssystem ARGOS, mit dem über aktuelle und historische Transaktionsdaten Betrugsanalysen durchgeführt werden können. Vgl. FOITH/HEMSLEY (2000), S. 32 ff..

Nach diesen Überlegungen wird deutlich, daß das Zusammenwirken aller Parteien im Fall des Mißbrauchsrisikos essentiell ist.³⁷⁸ Ökonomisch wünschenswert ist, daß der Anreiz des Kartenemittenten dazu ausgenutzt wird, die technischen Voraussetzungen zur Einführung von Sicherheitsmerkmalen zu schaffen. Aufgrund seiner Größe und wirtschaftlichen Bedeutung ist zur Entwicklung und Produktion der mißbrauchssicheren Karten von allen Beteiligten nur der Emittent in der Lage. Damit die hohen Sicherheitsstandards aber auch zu einer effektiven Risikovermeidung führen, ist er auf die Kooperation der Vertragsunternehmen und der Karteninhaber angewiesen, wie im folgenden noch weiter deutlich wird.

c) Das adverse Selektions-Problem und Moral Hazard-Risiko

Übernimmt der Kartenemittent grundsätzlich das Mißbrauchsrisiko, ergeben sich sowohl auf Seiten des Karteninhabers als auch auf Seiten des Vertragsunternehmens Anreizprobleme, die entsprechend abgemildert werden müssen, wenn eine wirksame Kooperation zur Risikovermeidung zwischen den Beteiligten erreicht werden soll.

Können die Karteninhaber davon ausgehen, daß der Schaden aus einer mißbräuchlichen Benutzung ihrer Karten in jedem Fall vom Kartenemittenten übernommen wird, entsteht ein Moral Hazard-Risiko, indem einige unter ihnen bezüglich der Aufbewahrung des Zahlungsinstruments keine zusätzliche Sorgfalt aufwenden werden, sondern möglicherweise sogar fahrlässig mit ihrer Karte umgehen.³⁷⁹ Häufen sich dadurch aber die Mißbrauchsfälle, wird der Kartenemittent auf die gestiegene Zahl an Schadensfällen mit einer höheren Kartengebühr reagieren. Dies führt zur bekannten Negativauslese. Die im Umgang mit ihrer Karte umsichtigen Karteninhaber müssen durch die nunmehr für alle erhöhte Gebühr für die nachlässigen Karteninhaber aufkommen. Je nachdem wie gravierend die zusätzliche Belastung ist, kann dies zu einem Ausstieg der umsichtigen Karteninhaber aus den Kartenverträgen führen, so daß als Kundenkreis lediglich die potentiell nachlässigen

³⁷⁸ Derselbe Gedanke findet sich bei COOTER/RUBIN. Hier wird derselbe Umstand am Beispiel der Debit-Karte im Verhältnis Karteninhaber und Kartenemittent erläutert: *“Lost debit card situations, therefore, exemplify bilateral precaution; both the consumer and the financial institution are in a position to avoid most losses, and each can often avoid some group of losses at the least expense.”* Vgl. COOTER/RUBIN (1987), S. 89 f..

³⁷⁹ Vgl. hierzu besonders COOTER/RUBIN (1987), S. 90 ff..

Karteninhaber übrigbleiben. Die Negativauslese kann letztendlich zu einem Verschwinden des Kreditkartenmarktes führen.

Zur Lösung des adversen Selektions-Problems werden in der Literatur bereits verschiedene Instrumente erwogen. Eine Höchsthaftungsgrenze, die sogenannte *capped liability*, wie sie von vielen Autoren vorgeschlagen wird, verpflichtet den Karteninhaber zu einer, in der Regel verschuldensunabhängigen, Zahlung in bestimmter Höhe.³⁸⁰ In der Literatur zur ökonomischen Analyse des Rechts sprechen sich COOTER und RUBIN für die *capped liability* aus.³⁸¹ Prinzipiell gegen die *cardholder liability* spricht sich der anonyme Verfasser einer Note im Yale Law Journal (1968) aus, wenn diese aber unumgänglich ist, dann sollte sie der Höhe nach in jedem Fall begrenzt sein.³⁸² Für eine *verschuldensunabhängige Haftungsobergrenze* finden sich viele Vertreter in der juristischen Literatur. Hier wird das Argument vertreten, daß ein sicherer, kalkulierbarer Schaden, wenn auch verschuldensunabhängig, einem durch Aufwendung zwar beeinflussbaren aber möglicherweise hohen und unkalkulierbarem Schaden vorzuziehen ist. Dieses Argument spiegelt deutlich ökonomisches Gedankengut in der juristischen Diskussion wider. Das Mißbrauchsrisiko wird versucht zu quantifizieren – das juristisch wünschenswerte Ergebnis wird schließlich mit der geringeren Höhe des Schadens gerechtfertigt.³⁸³

Eine solche Höchsthaftungsgrenze kann zwar zur Lösung des Problems beitragen, löst es aber nicht auf zufriedenstellende Weise. Die Festlegung einer fixen Grenze setzt zunächst voraus, daß aussagekräftige Informationen über die Elastizität der Karteninhaberverhalten vorliegen. Manche Karteninhaber reagieren bereits bei

³⁸⁰ Zur rechtlichen Regelung vgl. oben I.2.. Vgl. TAUPITZ (1995), S. 138.

³⁸¹ Vgl. dazu COOTER/RUBIN: "One starting point for such rules is that they should provide some incentive for consumers to avoid losses when they can. But the responsiveness element suggests that there will be a point at which liability ceases to produce major increases in loss avoidance behaviour. Above this point, financial institutions should absorb all losses because they can spread the loss and develop new technology to counteract their own carelessness, as well as that of the consumer...the economically efficient rule is one of limited consumer liability, with the consumer strictly liable below the limit and the financial institution strictly above it." Vgl. COOTER/RUBIN (1987) S. 90 f und S. 97.

³⁸² "Credit cards are generally kept in wallets or pocketbooks, with cash and other valuable papers; it is doubtful whether liability-until-notice increases the care with which cardholders guard these. To the extent that liability results in prompt reporting of missing cards, limited liability would seem as effective as unlimited." Vgl. NOTE (1968), S. 1426.

³⁸³ Natürlich gilt auch hier, daß die tatsächliche Höhe des Schadens von der Rechtsregelung abhängig ist und nicht als absolute Größe bestimmt werden kann.

Einführung kleiner Haftungsbeträge mit einer signifikanten Steigerung des Sorgfaltsaufwands, für andere sind auch größere Summen kein Anreiz, das Verhalten zu ändern.³⁸⁴ Durch diesen Umstand ist jedoch erneut mit einem adversen Selektions-Problem zu rechnen. Reagieren manche Karteninhaber nicht auf eine Höchsthaftungsgrenze, müssen die anderen Karteninhaber, die mit der erwünschten Steigerung des Sorgfaltsaufwandes reagieren, vergleichsweise zu hoch belastet werden. Um richtig zu kalkulieren ist der Kartenemittent gezwungen, den Höchsthaftungsbetrag wiederholt zu steigern, was die Karten für die sorgfältigen Karteninhaber unattraktiv werden läßt. Darüber hinaus ist denkbar, daß nachlässiges Verhalten im Umgang mit der Karte eine positive Korrelation mit unzureichender Bonität aufweist. Ist aber ohnehin mit Insolvenz des Karteninhabers zu rechnen, so ist für diesen auch eine Haftung in bestimmter Höhe irrelevant. Die adverse Selektion wird daher die Regelung einer Höchsthaftungsgrenze zwar abgeschwächt, bleibt aber in ihrem Grundsatz bestehen.

Ein Ausweg, der es ermöglicht, jeden Karteninhaber seinem Verhalten angepaßt zu belasten, würde wiederum darin bestehen, eine Gebührenstaffelung nach dem Versicherungsprinzip vorzunehmen.³⁸⁵ Jeder neue Karteninhaber kann mit einer mittleren Gebühr oder Höchsthaftungsgrenze starten, die er für einen begrenzten Zeitraum zu entrichten hat. Nach erfolgreichem Ablauf der „Probepériode“ hat er die Möglichkeit, eine Gebührenkategorie tiefer eingestuft zu werden. Er kann sich dann, dank seines umsichtigen Umgangs mit der Karte, an niedrigeren Kosten für seine Kreditkarte erfreuen. Denkbar ist, daß, ähnlich wie bei Autoversicherungen, die niedrige Risikoklasse mit in den Antrag neuer Karten eingebracht werden kann und damit über Jahre hinweg positiv als glaubwürdiges Signal wirkt. Ein ähnliches Ergebnis kann durch das Angebot unterschiedlicher Kartentypen auf dem Wege der Selbstselektion in Kombination mit Screening-Instrumenten erzielt werden.³⁸⁶ Eine

³⁸⁴ Vgl. zur Schwierigkeit einen solchen Betrag zu bestimmen COOTER und RUBIN, die vorschlagen, den Median des Betrags zu nehmen, den Kunden bei einem Gang zur Bank abheben. Dieses Vorgehen bildet den Betrag ab, den einzelne Kunden durchschnittlich „in der Tasche“ haben, es läßt aber noch keine Aussage über die Elastizität ihres Verhaltens zu. Die Höhe des durchschnittliche Bargeldbetrags eines Kunden kann von mannigfachen Umständen beeinflußt sein. Vgl. COOTER/RUBIN (1987), S. 91 f..

³⁸⁵ Sinngemäß erfolgt dies auf dem britischen und dem US-amerikanischen Markt beim Zahlungsausfallrisiko durch den Aufbau einer *credit history*. Je besser die Rückzahlungsquote hoher Kreditbeträge ist, desto *more creditworthy* (kreditwürdiger) wird ein Karteninhaber eingestuft. Vgl. auch 4. Kapitel, II. 2. bb (3).

³⁸⁶ Vgl. zur Erläuterung dieser Instrumente 2. Kapitel III.

hohe Jahresgebühr könnte für einen Kartentyp jegliche Haftung des Karteninhabers für Mißbrauch nach Diebstahl ausschließen, eine niedrige Kartengebühr dafür eine hohe Mindesthaftung oder sogar keine Haftungsbegrenzung nach oben einschließen. Das Entscheidungsproblem würde damit zur Abwägungsentscheidung des Karteninhabers gemacht: der Karteninhaber könnte nach einem solchen System selbst beurteilen, wieviel er bereit ist, für Sorgfaltsmaßnahmen aufzuwenden.

Adverse Selektions-Probleme liegen für die Vertragsunternehmen klar auf der Hand. Können sich die kartenakzeptierenden Händler in der Sicherheit wiegen, daß der Kartenemittent ihnen in jedem Fall den größten Teil des Rechnungsbetrages erstattet, haben diese keinen Anreiz, Kontrollen durchzuführen, die im Massengeschäft kostbare Zeit in Anspruch nehmen und die Anschaffung teurer Sicherheitstechniken erfordern. Auch hier tut sich eine Anreizproblematik auf. Den sich häufenden Mißbrauch und den damit einhergehenden Zahlungsausfall werden Emittenten auf die Gruppe der Vertragsunternehmen abwälzen, indem das Disagio oder andere zu entrichtende Gebühren angehoben werden. Hier bezahlen wiederum diejenigen Geschäfte, die Sorgfaltsprüfungen durchführen für die anderen, die diese laxer handhaben und auf Kontrollen verzichten. Im Ergebnis muß mit einem deutlichen Rückgang der Kreditkarte als Zahlungsinstrument gerechnet werden.

Zur Lösung dieser adversen Selektions-Problematik kann wiederum der Vorschlag gemacht werden, das Haftungsproblem zur Gänze zum Entscheidungsproblem des Vertragsunternehmens zu machen. Dieses kann damit selbst eine Abwägungsentscheidung treffen: führt es die kostspieligen Sicherheitskontrollen durch, reduziert es den Mißbrauch bestmöglich und wird vom Emittenten bezahlt, verzichtet es auf derartige Kontrollen, hat es im Gegenzug den Schaden aus dem Mißbrauch zu tragen, aber eine Kostenersparnis, da es von der Anschaffung der Technik absehen kann. Diese Argumentation wird durch die Anreizstruktur des Kartenemittenten beeinflusst.³⁸⁷ Haftet das Vertragsunternehmen für alle Mißbrauchsfälle, hat es naturgemäß den größten Anreiz, in neuere Verfahren zur Entwicklung sicherer Karten zu investieren.³⁸⁸ Je mehr die Erstattung des Vertragsunternehmens durch die auferlegten Sicherheitsprüfungen eingeschränkt

³⁸⁷ Vgl. dazu NOTE (1968), S. 1425.

³⁸⁸ Vgl. dazu COOTER/RUBIN (1987), S. 89.

wird, desto mehr wird dieser Anreiz abgeschwächt. Mißbrauchsversuche unterliegen jedoch auch technischem Fortschritt und werden ausgefeilter. Eine ökonomisch wünschenswerte rechtliche Regelung müßte daher für alle Mißbrauchsfälle, die trotz Einhaltung der Sorgfaltspflichten nicht aufgedeckt werden (können), eindeutig den Emittenten zur Haftung ziehen. Denn wenn der Kartenemittent keine ständig sichereren und im Zuge eines funktionierenden Wettbewerbes kostengünstigen Karten anbietet, kann nicht erwartet werden, daß sich der Mißbrauch nur durch Aufwand seitens der Vertragsunternehmen effektiv eindämmen läßt, wenn auf der anderen Seite angenommen werden muß, daß die Mißbrauchsmethoden perfekter werden.

Die bestehende rechtliche Regelung, die keine eindeutige Aussage über die endgültige Haftungsverpflichtung des Vertragsunternehmens erlaubt, ist nach diesen Überlegungen nicht akzeptabel. Für den Händler ist das Mißbrauchsrisiko nicht in ausreichendem Maße kalkulierbar, da er keine Klarheit darüber hat, ob der Emittent in Berufung auf seine AGB's nicht doch – trotz Einhaltung der Sorgfaltspflichten – den Rechnungsbetrag zurückfordert. Durch die gegenwärtige rechtliche Regelung ist in der Beziehung zwischen Vertragsunternehmen und Emittent die jeweilige Verhandlungsmacht der Parteien der determinierende Faktor. Damit wälzt der Emittent jedoch Teile des Mißbrauchsrisikos auf das Vertragsunternehmen ab, die über die reine Ausnutzung einer Anreizwirkung hinausgehen. Dies ist kein wünschenswertes Ergebnis. Um auch im Lichte einer ökonomischen Analyse bestehen bleiben zu können, sind daher Modifikationen der Rechtsregel angebracht.

Dem Vertragsunternehmen soll durch die Möglichkeit, ein signifikant niedrigeres Disagio auszuhandeln, ein Anreiz geboten werden, die notwendigen Sorgfaltsanforderungen einzuhalten. Jedes Unternehmen kann damit selbst die für es kostengünstigste Lösung wählen, indem es dem aus Mißbrauch zu erwartenden Schaden die Kosten für die Einführung und Anwendung der notwendigen Sicherheitstechniken gegenüberstellt. In ihrer Funktionsweise kommt diese Regelung einer Versicherungslösung nahe. Je mehr das Vertragsunternehmen für Sicherheitsprüfungen aufwendet, desto niedriger ist seine „Risikoklasse“ und damit sein zu entrichtendes Disagio. Dies kommt insbesondere kleineren Geschäften zu gute, die normalerweise mit einem hohen Disagio zu rechnen hätten, da dieses für

gewöhnlich mit steigendem Umsatz fällt.³⁸⁹ Die Anreizbildung könnte noch erhöht werden, indem auch hier sorgfältiges Verhalten über einen längeren Zeitraum hinweg mit niedrigeren Disagio-Sätzen belohnt wird.

Der Kartenemittent sollte aber auch weiterhin einen Anreiz haben, in die Entwicklung neuerer Sicherheitstechniken zu investieren, um im Zuge ausgefeilterer Mißbrauchsmethoden wirksamen Schutz zu gewährleisten. Dies kann nur durch eine eindeutige rechtliche Regelung erreicht werden. Von den Vertragsunternehmen sollen ausschließlich solche Mißbrauchsfälle zu tragen sein, die bei Einhaltung aller Sorgfaltsprüfung eindeutig hätten aufgedeckt werden können. All jene aber, die auf neue, bislang unbekannte Fälle von Mißbrauch zurückzuführen sind, sollten vom Kartenemittenten übernommen werden. Gelingt einer derartige Abgrenzung ansatzweise, kann gewährleistet werden, daß der Kartenemittent weiterhin in neue Sicherheitstechniken investiert, das Vertragsunternehmen aber gleichzeitig dazu angehalten ist, die ihm auferlegten Prüfungen einzuhalten.

Der Karteninhaber schließlich kann durch eine oben beschriebene Gebührenstaffelung nach dem Versicherungsprinzip oder durch das Angebot verschiedener Kartentypen in die Lage versetzt werden, die jeweils für ihn optimale Entscheidung zu treffen. Traut er sich zu, das Zahlungsinstrument entsprechend sicher zu verwahren, kann er mit einer geringen Gebühr und einer hohen Haftungsgrenze rechnen, will er lieber zusätzlichen Schutz, da er keine besondere Sorgfalt aufwenden will, muß er mit einer höheren Gebühr aber einer niedrigeren Haftungsgrenze rechnen.³⁹⁰

3. Besonderheiten beim Mißbrauch nach Verlust durch fahrlässige Aufbewahrung

Kommt die Kreditkarte durch das unvorsichtige Verhalten des Karteninhabers abhanden, kommt es zu einigen Besonderheiten, da die Möglichkeiten, das Risiko vor

³⁸⁹ Vgl. AMERICAN EXPRESS, persönliche Anfrage. VEREINBARUNG FÜR UNTERNEHMEN DES EINZELHANDELS: Disagio-Sätze variieren von 7,0% bei einem Umsatz zwischen 0 und 12000 DM bis 4,5% bei einem Umsatz über 1,2 Mio.- Bei monatlicher Zahlung reduziert sich der Disagio nochmals um jeweils 0,5%.

³⁹⁰ Freilich verursacht die Einführung zusätzlicher Kartentypen für den Emittenten auch zusätzliche Verwaltungskosten, da mehr Standardverträge ausgearbeitet werden müssen. Diese Kosten werden

Eintritt des Verlusts zu beeinflussen, anders verteilt sind als im Falle des Diebstahls. Auf diese soll im folgenden kurz eingegangen werden. Die Möglichkeiten, nach Verlust der Karte deren mißbräuchlichen Einsatz zu vermeiden, sind dieselben wie im Falle des Diebstahls und gelten daher analog.

Kommt die Kreditkarte durch fahrlässige Aufbewahrung abhanden, ist sie davor stets bereits im Besitz des rechtmäßigen Karteninhabers gewesen und befindet sich damit nicht mehr im Einflußbereich des Kartenemittenten. Dieser kann lediglich Anreize für den Karteninhaber setzen, die Karte sorgfältig zu verwahren, und Sicherheitsmaßnahmen gegen den mißbräuchlichen Einsatz der verlorenen Karte entwickeln.³⁹¹ Ähnlich liegt der Fall für das Vertragsunternehmen. Dieses kann keinen Einfluß darauf nehmen, ob der Karteninhaber seine Karte sorgfältig verwahrt, es kann lediglich die ihm auferlegten Sicherheitsanforderungen ordnungsgemäß befolgen und dadurch zu einer Reduktion des mißbräuchlichen Einsatzes der verlorenen Karte beitragen.

Für den Karteninhaber selbst sind die Möglichkeiten, einen Verlust zu vermeiden, jedoch weitaus größer, als die Möglichkeiten einen Diebstahl zu vermeiden. Während sich der Karteninhaber niemals gänzlich gegen einen Diebstahl absichern kann, liegt es prinzipiell in seinen Händen, einen Verlust durch fahrlässige Aufbewahrung zu verhindern. Dem Karteninhaber sollte daher die Verantwortung zukommen, den aus einem solchen Tatbestand resultierenden Schaden zu tragen. Diese Argumentation übersieht jedoch die asymmetrische Informationsverteilung und daraus resultierende Gefahr eines Moral Hazard zwischen Karteninhaber und Kartenemittent. Der Karteninhaber ist der einzige „Zeuge“ des Verlustes, es hält ihn daher nichts außer seinem Gewissen davon ab, den vermeintlichen Verlust als Diebstahl zu deklarieren, wenn er dadurch davon frei wird, den aus dem anschließenden Mißbrauch entstehenden Schaden zu tragen. Darüber hinaus kann damit gerechnet werden, daß einige Karteninhaber diesen Umstand mehr ausnutzen als andere, was wiederum eine Negativauslese mit sich bringt. Diese Besonderheit ist sehr schwer zu kontrollieren.

vom Emittenten naturgemäß wieder überwältigt, so daß sie in eine Kalkulation miteinbezogen werden müssen.

³⁹¹ Alle Maßnahmen, die der Emittent zur Herstellung sicherer Karten einleiten kann gelten analog zum Fall des Mißbrauchs nach Diebstahl.

Klassische Überwachungsinstrumente des Emittenten sind kaum einsetzbar.³⁹² Die Grenzen zwischen fahrlässigem Verhalten und sorgfältiger Aufbewahrung sind schwer zu ziehen und können kaum überprüft werden. Ist aber mangels funktionierender Überprüfungsmechanismen der Unterschied zwischen Verlust durch fahrlässige Aufbewahrung und Diebstahl praktisch irrelevant, muß dies auch in der rechtlichen Regelung berücksichtigt werden.

In der Rechtsprechung wird diesem Umstand durch den Vorschlag der *verschuldensunabhängigen Haftung* bei Einführung einer Haftungsobergrenze Rechnung getragen.³⁹³ Der Karteninhaber soll demnach, unabhängig davon, ob er zum Verlust der Karte schuldhaft beigetragen hat oder nicht, in jedem Fall bis zur festgesetzten Höchstgrenze haften. Die zugrundeliegende Idee ist, daß es für den Karteninhaber wünschenswerter ist, ein kalkulierbares aber verschuldensunabhängiges Risiko zu tragen als ein schwer zu kalkulierendes verschuldensabhängiges. Eine Fremdversicherung für den Fall des fahrlässigen Verlustes der Karte wird für den Karteninhaber nicht existieren. Ein klassisches adverses Selektions-Risiko aufgrund der asymmetrischen Informationslage würde den Versicherungsmarkt schnell zum Erliegen bringen. Das Raisonement, das hinter dieser Rechtsregel steht, wird juristisch oft dem Gedankengut des Verbraucherschutzes zugeschrieben. Hier kann aber auch ökonomisches Kalkül gesehen werden.

Oben wurde deutlich, daß der Kartenemittent für Mißbrauchsschäden nach Diebstahl haften sollte, aber gleichzeitig dazu berechtigt sein, das Risiko teilweise durch Anreizbildung auf Karteninhaber und Vertragsunternehmen abzuwälzen. Für den besonderen Fall des Verlustes der Karte sollte dieselbe Regelung gelten. Eine umständliche Überprüfung der Tatumstände die der zweifelhaften Beantwortung der Frage dient, ob der Karteninhaber fahrlässig oder nicht fahrlässig gehandelt hat, verursacht unnötige Kosten, die umgangen werden, wenn beide Fälle schlichtweg gleich behandelt werden. Diejenigen Karteninhaber die bewußt und nachweisbar fahrlässig mit der Karte umgehen sind durch eine derartige Regelung freilich

³⁹² Denkbar sind Verpflichtungen stichhaltige Beweise des Tathergangs zu erbringen oder eine notwendige polizeiliche Anzeige, was möglicherweise einen Abschreckungseffekt hervorruft.

³⁹³ Vgl. TAUPITZ (1995), S. 130 ff..

begünstigt und rufen ein adverses Selektions-Problem hervor. Durch ein funktionstüchtiges Anreizsystem, wie die oben vorgeschlagene Kartengebührenstaffelung nach dem Versicherungsprinzip, können diese Schäden aber wenigstens begrenzt werden.³⁹⁴

4. Fälschung

a) Möglichkeiten der Einflußnahme

Kreditkarten können auf mannigfache Weise gefälscht werden. In den meisten Fällen handelt es sich bei den Tätern aber um organisierte Gruppen und weniger um Einzeltäter.³⁹⁵ Bisher wurden bei der überwiegenden Zahl an Kartenfälschungen die Kartendaten für die Herstellung der falschen Karten über Vertragsunternehmen ermittelt, bei denen die Karten eingesetzt wurden. Dabei kann das Vertragsunternehmen als Mittäter handeln oder aber unbewußt Opfer eines Mißbrauchs werden. Dies ist heute immer weniger der Fall.³⁹⁶ Täter greifen stattdessen direkt auf die Datennetze der Kartenorganisationen zu oder entwickeln selbst Computerprogramme, mit denen Kartendaten generiert werden können. Die gefälschten Karten sind qualitativ so hochwertig, daß sie mittlerweile weltweit nahezu risikolos eingesetzt werden können.³⁹⁷ Dies legt nahe, daß es sich beim Einsatz gefälschter Karten um organisierte kriminelle Tatbestände handelt, die vom Mißbrauch nach Diebstahl oder Verlust deutlich zu trennen sind.

Kartenemittenten können Einfluß auf Kartenfälschungen nehmen, indem sie einerseits technisch immer ausgereifere Sicherheitsmerkmale der Karten entwickeln³⁹⁸ und andererseits den Zugriff auf die bei ihnen gespeicherten Daten erschweren. Sie

³⁹⁴ Die Fälle, in denen das fahrlässige Verhalten des Karteninhabers zweifelsfrei zu beweisen ist, dürften zahlenmäßig ohnehin verschwindend sein.

³⁹⁵ Vgl. dazu den bisher spektakulärsten Fall in Aachen, bei dem eine gut organisierte Gruppe von 200 Mitgliedern aus Afrika in rund 50000 Fällen circa 1300 gefälschte und teilweise gestohlene Kreditkarten vorlegte und einen Schaden von über 15 Mio. DM verursachte. Vgl. o.V. (1994), S. 5 ff. und DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S. 68.

³⁹⁶ Vgl. dazu DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S. 68.

³⁹⁷ Vgl. dazu DICKERTMANN/FEUCHT (1996), S. 67 ff..

³⁹⁸ Ob die Emittenten dies unternehmensintern tun oder „outsourcen“, spielt keine Rolle, sofern sie die kostengünstigste Variante wählen. So hat beispielsweise die Firma NOVO ORGANISATIONSMITTEL einen Kopierschutz für Magnetstreifen entwickelt, der auf von Novo zu liefernden Karten angebracht ist. Vgl. o.V. (1995), S. 18.

verfügen angesichts ihrer Größe über die besten Möglichkeiten durch gezielte Investitionen in Forschung und Entwicklung hochwertige, fälschungssichere Karten herzustellen.³⁹⁹

Damit Fälschungen tatsächlich aufgedeckt werden können, ist wiederum die aktive Mitarbeit der Vertragsunternehmen von höchster Bedeutung. Für alle Fälle, in denen die Täter die kartenrelevanten Daten von den Vertragsunternehmen entwenden und diese nicht Mittäter sind, sondern unbewußt Opfer eines Mißbrauchs werden, können sie zur Risikovermeidung beitragen. Einfache Vorsichtsmaßnahmen, wie die sorgfältige Aufbewahrung und zugriffssichere Speicherung von Kartendaten oder die umgehende Mitteilung an den Kartenemittenten, wenn ein Einbruch vorliegt und die Vermutung naheliegt, daß Daten entwendet wurden, können einen großen Teil zur Risikovermeidung beitragen.

Auch im Fall des Mißbrauchs durch Fälschung wird indes deutlich, daß Schäden nur durch ein kooperatives Zusammenwirken von Vertragsunternehmen und Kartenemittenten verhindert werden können. Der größere Anteil, nämlich die Entwicklung fälschungssicherer Karten, kommt hier freilich dem Emittenten zu. Dem Vertragsunternehmen können die üblichen Sorgfaltsanforderungen auferlegt werden und beispielsweise durch eine variable Disagio-Gestaltung ein Anreiz geschaffen werden, diese auch einzuhalten.⁴⁰⁰ Dies setzt jedoch bereits präventive Vorarbeit des Kartenemittenten voraus. Dem Kartenemittenten kommt daher im Fall des Mißbrauchs durch Fälschung die wichtigste Rolle zu. Die Mitarbeit des Vertragsunternehmens ist durch die ihm bereits aus dem Mißbrauchsfall nach Diebstahl auferlegten Sorgfaltsanforderungen in ausreichendem Maße gewährleistet und kann gegebenenfalls um einige spezifische Anforderungen zur Aufdeckung von Fälschungen ergänzt werden.

³⁹⁹ COOTER UND RUBIN sehen die Kartenemittenten als einzige Parteien, die Fälschungen verhindern können und daher einen Anreiz haben sollten, in zunehmenden Maße in neue Techniken zu investieren.: *„financial institutions usually can take other precautions and they can develop innovations that will yield further loss reduction.“* Vgl. COOTER/RUBIN (1987), S. 87 und S. 90.

⁴⁰⁰ Diese Maßnahmen unterscheiden sich aber nicht von den wesentlichen Überlegungen, die auch für die herkömmliche Mißbrauchsprävention gelten. Vgl. dazu ausführlicher oben unter II.2.b).

b) Diversifikationsmöglichkeiten

Im Fall der Fälschungen ist denkbar, daß sich ein externer Versicherungsmarkt sowohl für Kartenemittenten als auch für Vertragsunternehmen bildet. Die adversen Selektions-Risiken, mit denen im Fall des Mißbrauchs nach Diebstahl oder Verlust zu rechnen ist, sind im Fall der Fälschungen nicht ganz so stark ausgeprägt. Das Fälschungsrisiko ist nicht ausschließlich vom Verhalten des versicherten Emittenten abhängig, sondern wird auch maßgeblich von externen Faktoren beeinflusst, wie etwa der allgemeinen Kriminalitätsrate in einem Land. Die Emittenten können freilich durch Einführung besserer Sicherheitsstandards, die Fälschungsrate drosseln - es kann aber nicht davon ausgegangen werden, daß sich ein Nachlassen der Innovationsaktivität eines Emittenten auch unmittelbar in einer erhöhten Anzahl von Fälschungen niederschlägt; dazu sind zu viele andere Faktoren zusätzlich ausschlaggebend. Ob eine Eigenversicherung durch Diversifikation günstiger ist, hängt in erster Linie von der Größe und den vorhandenen technischen Möglichkeiten des Emittenten ab und muß im Einzelfall entschieden werden.

Vorstellbar ist auch, daß sich Vertragsunternehmen gegen Fälschungsrisiken versichern können. Natürlich stellt sich auch hier wieder die Gefahr einer Negativauslese. Wiederum könnte ein Staffelpinzip die Problematik abschwächen: je geringer der Kostenaufwand den der Händler in die Bereitstellung von Überprüfungsinstrumenten investiert, desto höher ist die Versicherungsprämie mit der er zu rechnen hat. Natürlich stellt sich auch hier wieder ein adverses Selektions-Problem. Allerdings gilt auch hier, wie beim Kartenemittenten, daß das Verhalten der Vertragsunternehmen nicht unmittelbar die Anzahl an Fälschungen beeinflusst, wie dies beim mißbräuchlichen Einsatz echter Karten der Fall ist, so daß mit einer geringeren Anreiz-Problematik gerechnet werden kann.

IV. Zusammenfassung

Zuordnung der verschiedenen Ausprägungen des Mißbrauchsrisikos nach Gruppen:

Mißbrauch nach	Gruppe 1	Gruppe 2	Gruppe 3
Diebstahl	X		
Verlust durch fahrlässige Aufbewahrung		X ¹⁾	
Fälschung	X		

¹⁾ Wegen des Anreizes des Karteninhabers einen tatsächlichen Verlust entgegen den Tatsachen stets als Diebstahl zu deklarieren, werden Verlust und Diebstahl gleich behandelt.

In obiger Abbildung sind noch einmal zusammenfassend die Ergebnisse des letzten Teils zusammengetragen. Dargestellt ist, welcher Gruppe sich die einzelnen Ausprägungen des Mißbrauchsrisikos zum überwiegenden Teil zuordnen lassen.

Wie oben dargestellt, machen die Hälfte aller Diebstähle die sogenannten Postwegverluste aus, die sich eindeutig der Gruppe der Risiken nahe des Emittenten zuordnen lassen. Für den verbleibenden Teil wurde gezeigt, daß der Emittent über die besten Voraussetzungen verfügt, den mißbräuchlichen Einsatz der Karte durch Fortentwicklung der Sicherheitsstandards zu beeinflussen. Damit die ergriffenen Vorsichtsmaßnahmen aber effektiv wirken, muß die Kooperation der Vertragsunternehmen und der Karteninhaber gewährleistet sein. Dies geschieht durch gezielte Anreizbildung und teilweiser Überwälzung des Risikos.

Das Mißbrauchsrisiko nach Verlust durch fahrlässige Aufbewahrung fällt eindeutig in die Gruppe der Risiken nahe des Karteninhabers. Er hat nicht nur die besten, sondern auch als einziger überhaupt Möglichkeiten, einen Verlust zu verhindern, indem er sorgfältig mit der Karte umgeht. Aufgrund seines Anreizes, einen tatsächlichen Verlust als Diebstahl auszugeben sowie in Ermangelung leistungsfähiger Überwachungssysteme, ist es jedoch effizient, den Verlust durch fahrlässige Aufbewahrung von vornherein wie einen Diebstahl zu behandeln. Dabei werden

Kosten eingespart, die durch eine aufwendige Abgrenzungsdiskussion über das Vorliegen der beiden Tatbestände verursacht würden.

Der Mißbrauch durch Fälschung schließlich kann zum überwiegenden Teil wiederum der Gruppe der Risiken nahe des Kartenemittenten zugeordnet werden. Auch hier muß dafür Sorge getragen werden, daß ausreichend Anreize für das Vertragsunternehmen gesetzt werden, zur Risikovermeidung beizutragen. Der Karteninhaber ist in diese Fallkonstellation nicht involviert.

Mißbrauchsrisiken	Ergebnis der ökonomischen Analyse	Rechtliche Haftungsregel/AGB	Übereinstimmung
Mißbrauch nach Diebstahl	Kartenemittent ¹⁾	Kartenemittent/ Vertragsunternehmen	Nein, nur teilweise
Mißbrauch nach Verlust durch fahrlässige Aufbewahrung	Kartenemittent ¹⁾	Karteninhaber/ Kartenemittent/ Vertragsunternehmen	Nein, nur teilweise
Fälschung	Kartenemittent ²⁾	Vertragsunternehme/ Kartenemittent	Nein, nur teilweise

¹⁾ In Kombination mit Anreizen für den Karteninhaber und das Vertragsunternehmen

²⁾ In Kombination mit Anreizen für das Vertragsunternehmen

Im zweiten Schaubild ist noch einmal das Ergebnis der ökonomischen Analyse des Mißbrauchsrisikos in seinen verschiedenen Ausprägungen zusammenfassend dargestellt. Wie leicht zu erkennen weichen die Ergebnisse von den tatsächlichen rechtlichen Regelungen in allen Fällen ab, was in erster Linie darauf zurückzuführen ist, daß in der juristischen Literatur so wenig Einigkeit über die im konkreten Fall anzuwendende Regelung herrscht. Daher kommt der ökonomischen Analyse des Rechts im Fall des Drittrisikos eine beträchtliche Aufgabe zu.

Um eine möglichst effiziente Allokation zu finden, wurden zunächst drei Gruppen definiert, für die eine eindeutige Zuordnung des Risikos zu den jeweiligen Parteien gefunden werden konnte. Im Anschluß daran wurden die verschiedenen Ausprägungen des Mißbrauchsrisikos auf ihre Gruppenzugehörigkeit untersucht. Die verschiedenen Maßnahmen, die dem Kartenemittenten im Fall des Diebstahls zur Risikovermeidung zur Verfügung stehen, ergeben sich aus zwei Möglichkeitsbereichen. Der erste Bereich umfaßt alles, was der Emittent selbst tun

kann, und setzt präventiv zeitlich vor Eintritt des Diebstahls an, der zweite Bereich erfordert die aktive Mitarbeit der anderen Parteien, wobei der Emittent hauptsächlich eine Überwachungsfunktion übernimmt, und setzt zeitlich nach Eintritt des Diebstahls an. In beiden Bereichen ist der Emittent in der besten Position, das Risiko zu vermeiden, ergänzt durch bewußte Anreizbildung für Vertragsunternehmen und Karteninhaber zu kooperieren. Anreize für das Vertragsunternehmen könnten im Wege eines variablen Disagios gesetzt werden, der Karteninhaber könnte mittels einer sinkenden Jahresgebühr im Sinne des Versicherungsprinzips oder dem Angebot verschiedener Kartentypen zu mehr Sorgfalt angehalten werden. Für die verbleibenden Schäden, die trotz Vermeidungsaufwand nicht verhindert werden können, verfügt der Kartenemittent über die weitreichende Möglichkeiten diese zu streuen.

Eine rechtliche Regelung, die den Emittenten eindeutig haften läßt, wenn die erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen seitens des Vertragsunternehmens eingehalten wurden, schafft Anreize in die Entwicklung neuer Sicherheitsstandards für Karten zu investieren und im Zuge des Wettbewerbs diese kostengünstig anzubieten. Nicht akzeptabel sind jedoch zweideutig formulierte AGB's, die das Vertragsunternehmen darüber im Unklaren lassen, ob es mit der Bürde des Schadens zu rechnen hat oder nicht. Sie halten einer ökonomischen Inhaltskontrolle demnach nicht stand.

Für den Mißbrauch nach Verlust durch fahrlässige Aufbewahrung ist prinzipiell der Karteninhaber zur Verantwortung zu ziehen. Dabei ergibt sich jedoch für den Karteninhaber bei asymmetrischer Informationsverteilung der Anreiz, einen tatsächlichen Verlust fälschlicherweise als Diebstahl auszugeben, um sich dadurch vom Schaden zu befreien. Mangels funktionstüchtiger Überwachungssysteme ist es effizienter, Verlust gleich Diebstahl zu behandeln und in diesem Fall keine Sonderregelung für fahrlässiges Verhalten zu treffen. Diesem Umstand wird in vielen AGB's bereits durch das Prinzip der verschuldensunabhängigen Haftung Rechnung getragen.

Im Fall der Fälschung schließlich ist eine effiziente Risikovermeidung wiederum nur durch Kooperation von Vertragsunternehmen und Kartenemittent zu erreichen. Haftet der Emittent grundsätzlich, wird er sinnvoll in die Entwicklung fälschungssicherer

Karten investieren, andererseits muß er aber über die Möglichkeit verfügen, auch hier Anreize für das Vertragsunternehmen zu setzen, die ihm auferlegten Sorgfaltspflichten einzuhalten. Im Fälschungsfall ist darüber hinaus unter Umständen vorstellbar, daß eine Versicherungslösung zu einem befriedigenden Ergebnis kommt.

6. Kapitel:

Zusammenfassung und Ausblick

Dieser Arbeit ging es darum, ein ökonomisches Leitbild für Kreditkartenverträge zu entwerfen, welches dem Juristen, der die Zulässigkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen in Kreditkartenverträgen zu beurteilen hat, dann eine Hilfestellung zu geben vermag, wenn es im geschriebenen Recht an Vorbildern für eine solche Inhaltskontrolle fehlt. Eng hiermit verbunden war das Anliegen, dem Gesetzgeber Anregungen zu geben, wie mit entstehenden Risiken in einem möglicherweise zukünftig zu entwerfenden Kreditkartengesetz verfahren werden soll, damit ein wirtschaftlich effizientes Ergebnis erzielt wird.

Die Beantwortung der Frage führte von einer Darstellung der Grundstruktur kartengebundener Zahlungsinstrumente, über eine kritische Untersuchung des Prüfungsinstruments der ökonomischen Analyse des Rechts zu der Erörterung einiger Fallstudien, anhand derer untersucht wurde, wie eine effiziente Allokation der charakteristischen Kreditausfall- und Drittrisiken aussehen könnte.

Bereits die nähere Betrachtung der Struktur des Kreditkartensystems im 2. Kapitel ließ deutlich werden, daß die Beziehungen der an einem Zahlungssystem beteiligten Parteien untereinander von erheblichen Informations- und Anreizproblemen geprägt sind. Insbesondere muß berücksichtigt werden, daß die Zuweisung von Risiken an einzelne Vertragsparteien deren Anreize zu strategischem Verhalten beeinflusst. Es deutete sich bereits die Vermutung an, daß die Frage nach der *einen* effizienten Risikoallokation möglicherweise nicht so einfach beantwortet werden kann wie zunächst erwartet.

Diese Vermutung bestätigte sich auf anderer Ebene im 3. Kapitel, in dem die Ökonomische Analyse des Rechts näher beleuchtet wurde, da sie als Untersuchungsinstrument für die Prüfung der Kreditkartenverträge auf deren Effizienz dienen sollte. Dabei wurde deutlich, daß in der einschlägigen Literatur⁴⁰¹ an

⁴⁰¹ Hier insbesondere RICHARD POSNER und SCHÄFER/OTT.

einigen Stellen unsauber argumentiert wird und zentrale Begriffe, wie zum Beispiel derjenige der Transaktionskosten, nicht klar definiert und deren Bedeutung wohl auch nicht vollständig durchdrungen wurde. Mit der Handlungsanweisung, durch eine Verhandlungssimulation unter den beteiligten Parteien die Pareto-effiziente Rechtsregel zu finden – diese Handlungsanweisung stellt das zentrale Kernstück der ökonomischen Analyse des Rechts dar – , wurde übersehen, daß es sich bei dieser Regel gewissermaßen um ein „moving target“ handelt: Die effiziente Rechtsregel hat keinen absoluten Wert, sondern erhält diesen erst mittelbar, nämlich durch die Verhaltensanreize, die sie für die verschiedenen, an der Verhandlung beteiligten Parteien setzt. Den frühen Vertretern der ökonomischen Analyse mag man das Hochgefühl nachsehen, das mit der Hoffnung einherging, endlich eine scharf umrissene Argumentationsmöglichkeit gefunden zu haben, um auch in der Rechtswissenschaft nicht mehr bloß auf Plausibilitätsüberlegungen angewiesen zu sein, sondern mit der scheinbaren Härte einer Naturwissenschaft ein klares „Richtig“ oder „Falsch“ erzielen zu können. Dieser Ansatz konnte einer kritischen Überprüfung aber nicht standhalten – durch ergänzende Überlegungen gelang es jedoch immerhin, der ökonomischen Analyse des Rechts die abgewandelte Rolle einer ökonomischen Orientierungshilfe zuzuweisen. Als Untersuchungsinstrument für die vorliegende Arbeit hat sie mit diesen Modifikationen ihren – wenn auch bescheideneren - Wert behalten.

Verändert man wie soeben angesprochen den Anspruch der ökonomischen Analyse des Rechts, ist das Ergebnis der Suche nach ökonomisch effizienten Rechtsregeln nicht eine einzige, eindeutig richtige Lösung. Vielmehr liefert die ökonomische Analyse rechtlicher Regelungen Argumente, die gemeinsam mit Argumenten anderen Ursprungs, etwa verteilungs- oder sozialpolitischen, sowie verbraucherschutz- und wettbewerbsrechtlichen, abgewogen werden müssen. Wird der ökonomischen Analyse des Rechts auf diese Weise ein ihr gemäßer Platz zugewiesen, kann sie dazu beitragen, die Diskussion um geeignete rechtliche Regelungen zu rationalisieren. Möglicherweise dient sie auch dazu, daß der einzelne Jurist mehr „Mut“ hat, sich ökonomischer Argumente zu bedienen. Vermieden werden muß aber der Absolutheitsanspruch einer Theorie, welche die mit Hilfe der Ökonomie gefundenen Ergebnisse unbesehen auf die Rechtswissenschaften übertragen will, ohne sie mit möglicherweise gegenläufigen Argumenten abzustimmen.

Was kann über das Ergebnis der Effizienzprüfung bei der Anwendung auf die Kreditkartenproblematik gesagt werden? Sich dem Problem der Kreditkartenverträgen unter einem ökonomischen Blickwinkel zuzuwenden erwies sich als ausgesprochen fruchtbar, denn es konnten zahlreiche Bereiche identifiziert werden, in denen sich eine erhebliche Abweichung zwischen tatsächlicher rechtlicher und wirtschaftlich wünschenswerter Regelung ergab.⁴⁰² An manchen Stellen konnte freilich auch festgestellt werden, daß ökonomisches Gedankengut bereits in die Gesetzgebung einfließt;⁴⁰³ ob dies bewußt oder unbewußt geschieht, kann nicht mit Bestimmtheit gesagt werden. Das augenfälligste Beispiel für all jene Bereiche, in denen noch weitere Verbesserungen angebracht sind, ist die Abweichung zwischen dem Ergebnis der ökonomischen Analyse und der rechtlichen Regelung im Fall der berechtigten oder unberechtigten Zahlungsverweigerung des Karteninhabers. Dabei geht es um folgenden Fall: Bei der Prüfung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wurde festgestellt, daß sich der Kartenemittent in der überwiegenden Zahl der Fälle ohne anerkennenswerten Grund nach zwei Seiten hin absichert. Einerseits wird den Vertragsunternehmen keine Zahlung garantiert, falls der Karteninhaber gegenüber dem Kartenunternehmen die Zahlung verweigert, andererseits wird dem Karteninhaber selbst das explizite Recht zur Zahlungsverweigerung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen gar nicht deutlich gemacht. Damit steht es im Belieben des Kartenunternehmens, der Zahlungsverweigerung eines Karteninhabers Folge zu leisten – und die Leistung an das Vertragsunternehmen abzulehnen – oder umgekehrt den Wünschen des Vertragsunternehmens nachzukommen und dem Karteninhaber das Recht zu versagen, einen gegebenen Zahlungsbefehl rückgängig zu machen. Interessanterweise konnte jedoch bei der Untersuchung verschiedener Alternativlösungen festgestellt werden, daß es nicht unproblematisch ist, die verschiedenen Anreizstrukturen zufriedenstellend zu berücksichtigen und dabei das strategische Verhalten der einen Partei zu Lasten der anderen entsprechend einzudämmen – es wurde vielmehr klar, daß die bestehende Regelung mit gewissen Modifikationen durchaus Vorteile hat.⁴⁰⁴

⁴⁰² Vgl. etwa oben 4. Kapitel III. und 5. Kapitel III.

⁴⁰³ Vgl. für eine Zusammenfassung oben 4. Kapitel III. und 5. Kapitel III.

⁴⁰⁴ Vgl. etwa oben 4. Kapitel II. 2. c) aa (2) (c).

Die Studien der verschiedenen Fälle haben gezeigt, daß die ökonomische Analyse von Rechtsstrukturen kein einfaches Unterfangen ist und viele verschiedene Abhängigkeiten und Auswirkungen berücksichtigen muß. Gerade diese Komplexität beweist jedoch, daß es sich hier um ein Anwendungsfeld handelt, welches noch für zahlreiche weitere und ausführlichere Analysen fruchtbar gemacht werden kann. Auch das konkrete Anwendungsbeispiel des kartengebundenen Zahlungsverkehrs, welches in der vorliegenden Arbeit gewählt wurde, wird in Zukunft voraussichtlich an Bedeutung gewinnen. Zunehmender elektronischer Handel und damit einhergehend der zunehmende Einsatz von Karten als Zahlungsmittel im Internet wird beispielsweise mit Sicherheit verstärkt Kreditkartenmißbrauch durch Dritte nach sich ziehen. Das Drängen auf eine rechtlich zufriedenstellende Lösung gewinnt daher täglich an Brisanz – neue Zahlungssysteme wie das Elektronische Geld oder das Bezahlen von Rechnungen mit Hilfe des Mobiltelefons stecken zwar noch in den Kinderschuhen, es ist aber lediglich eine Frage der Zeit, bis sie einsatzfähig sind - und dabei immer neue Problemkreise schaffen, die alsbald beantwortet werden müssen. Mehr Transparenz in der geltenden Rechtslage ist daher zweifellos ein besonderes Anliegen. Das Gesetz sollte im Idealfall nicht den neuen Zahlungsinstrumenten hinterherhinken – es muß aber mindestens gewappnet sein, um einen Rahmen für die Entwicklung zukünftiger Zahlungssysteme samt der durch diese aufgeworfenen Fragen bieten zu können.

Literaturverzeichnis

AKERLOF, GEORGE A. (1970): The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism, in: Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, S. 488-500.

AMTSBLATT (1997): Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz , in: Amtsblatt Nr. L 144 vom 4.6.1997, S. 19-27.

AUMÜLLER, JÜRGEN (1997): American Express öffnet sich für Kooperationen, in: Cards, Karten, cartes: Zeitschrift für Zahlungsverkehr und Kartendienstleistungen, Heft 3, S. 19-23.

AUSUBEL, LAWRENCE M (1991): The failure of competition in the Credit Card Market, in: American Journal of Economics, Vol. 81, S. 50-81.

AYRES, IAN AND GERTNER, ROBERT (1989): Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, in: Yale Law Journal, Vol. 99, S. 87, wiederabgedruckt in: DAU-SCHMIDT, KENNETH G. / ULEN, THOMAS S. (1998) (Hrsg.): Law and Economics, Cincinnati, Ohio, S. 254 – 262.

BAAS, BRIGITTE (1999): Kundenbindung, in: *acquisa*, Heft 1, S. 46-48.

BAKER, EDWIN (1975): The Ideology of the Economic Analysis of Law, in: *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 5, S. 3-48.

BALTENSPERGER, ERNST (1987): Credit, in: *The New Palgrave: A dictionary of Economics*, Band 1, New York, S. 715-717.

BERNDT, HOLGER (1998): Karten im Bankenwettbewerb als eigene Marke entwickeln, in: *Cards, Karten, cartes: Zeitschrift für Zahlungsverkehr und Kartendienstleistungen*, Heft 2, S. 21-23.

BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ (2002): Homepage im Internet: www.bmj.bund.de

- BITTER, GEORG (1996): Kreditkarten: Risikoverteilung bei Mängeln des Valutaverhältnisses, in: ZBB 2/96, S. 104-123.
- BÖSEL, FRIEDRICH (1989): Die GZS im Rahmen der neuen Kartenstrategien – Das Jahr des Umbruchs, in: Bank und Markt, 6/89, S. 17-20.
- BOWDEN, PATRICK (1987): VISA's Strategie für Europa, in: Bank und Markt, 3/87, S. 18-25.
- BRAATZ, FRANK (1999): Fast für jeden Bedarf ein Angebot, in: Unternehmermagazin, Heft 2, S. 30-33.
- BRAATZ, FRANK / BRINKER, ULRICH / FRIEDERICH, HANS-JÜRGEN (1999): Alles über Zahlungsverkehr mit Karten, Neuwied.
- BRANDEL, ROLANDE. / LEONARD, CARL A. (1971): Bank charge cards: new cash or new credit, in: Michigan Law Review, Vol. 69, S. 1033-1072.
- BRAUN, TIBOR (1990): Finanzierungsspielraum für Stammkunden, in: a la CARD AKTUELL, Heft 22, S. 34-36.
- BRINKMAN, ERIK (1999): Mehr als nur eine Aufmerksamkeit, in: Unternehmer Magazin, Heft 2, S. 34.
- BRÜMMERHOFF, D. (1996): Finanzwissenschaft, 7. Aufl., München.
- CALABRESI, GUIDO (1972): The cost of accidents: A legal and economic analysis, Yale University Press, 3. Aufl., New Heaven.
- CALABRESI, GUIDO / HIRSCHOFF, JON T. (1972): Towards a Test for Strict Liability in Torts in: Yale Law Journal, Vol. 81, S. 1055-1085.

- CALABRESI, GUIDO / MELAMED, A. DOUGLAS (1972): Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the cathedral, in: Harvard Law Review, Vol. 85, S. 1089-1128.
- CALEM, PAUL S. / MESTER, LORETTA J. (1995): Consumer Behavior and the Stickiness of Credit-Card Interest Rate, in: American Journal of Economics, Vol. 85, S. 1327-1336.
- CLEMENZ, GERHARD (1986): Credit markets with asymmetric information, Berlin/Heidelberg/New York.
- COASE, RONALD H. (1960): The problem of social costs, in: Journal of Law and Economics, Vol. 3, S. 1-44.
- COASE, RONALD H. (1988): Notes on the Problem of Social Cost, in: The Firm, the Market and the Law, Chicago et al.: The University of Chicago Press, S. 157-185.
- COASE, RONALD H. (1996): Law and Economics and A.W. Brian Simpson, in: Journal of Legal Studies, Vol. 25, S. 103-120.
- COMBS, KATHRYN L. / SCHREFT, STACEY L. (1999): Do Consumers really want Credit Card Reform?, in: Federal Reserve Bank of Kansas City; Economic Review; Third Quarter 1999, S. 31-45.
- COOTER, ROBERT D. (1987): The Coase Theorem, in: The New Palgrave: A Dictionary of Economics, Band 1, New York, S. 457-460.
- COOTER, ROBERT D. (1982): The Cost of Coase, in: Journal of Legal Studies, Vol. 11, S. 1-33.
- COOTER, ROBERT D. / RUBIN, EDWARD (1987): A Theory of Loss Allocation for Consumer Payments, in: University of Texas Law Review, Vol. 66, S. 63-130.

COOTER, ROBERT D. / ULEN, THOMAS (1997): Law and Economics, 2.ed., Reading, Massachusetts.

DE BONDT, WERNER F.M. / THALER, RICHARD H. (1989): Anomalies: A Mean-Reverting Walk Down Wall Street, in: Journal of Economic Perspectives, Vol. 3, S. 189-202.

DEMEY, PAUL (1998): Why risk managers expect more, in: Credit Card Management, Issue 5, S. 34-35.

DEMSETZ, HAROLD (1967): Towards a Theory of Property Rights, in: American Economic Review, Vol. 57, S. 347-359.

DEMSETZ, HAROLD (1972): When does the rule of liability matter?, in: Journal of Legal Studies, Vol. 1, S. 13, wiederabgedruckt in: DAU-SCHMIDT, KENNETH G. / ULEN, THOMAS S. (1998) (Hrsg.): Law and Economics, Cincinnati, Ohio, S. 120 - 128.

DEUTSCHE BUNDESBANK (1999): Geschäftsbericht 1999.

DEVINNEY, TIMOTHY M. (1986): Rationing in a theory of the banking firm, Berlin/Heidelberg/New York.

DIAMOND, DOUGLAS W. (1984): Financial Intermediation and Delegated Monitoring, in: Review of Economic Studies, Vol. 51, S. 393-414.

DICHEV, ILIA D. (1998): Is the Risk of Bankruptcy a Systematic Risk?, in: The Journal of Finance, Vol. 53, S. 1131-1147.

DICKERTMANN/FEUCHT, (1996): Der Kreditkartenmarkt in Deutschland, Eine ökonomische Analyse, Neuwied.

DIEMER, PATRICK (1998): Der Markt der Bankkarten läßt sich verdoppeln, in: Cards, Karten, cartes: Zeitschrift für Zahlungsverkehr und Kartendienstleistungen, Heft 5, S. 28-31.

DIEMER, PATRICK (1999): "New Debit": von der Gemeinschaftsaufgabe zum Wettbewerbsfeld, in: Cards, Karten, cartes: Zeitschrift für Zahlungsverkehr und Kartendienstleistungen, Heft 4, S. 33-34.

DORNER, HERBERT (1991): Das Kreditkartengeschäft, Frankfurt a.M..

DWORKIN, RONALD (1980): Why Efficiency? A Response to Professors Calabresi and Posner, in: Hofstra Law Review, Vol. 8, Issue 485, S. 563: Symposium on Efficiency as a Legal Concern, wiederabgedruckt in: DAU-SCHMIDT, KENNETH G. / ULEN, THOMAS S. (1998) (Hrsg.): Law and Economics, Cincinnati, Ohio, S. 541-549.

EIDENMÜLLER, HORST (1995) : Effizienz als Rechtsprinzip, Tübingen.

ENDRES, ALFRED (1977): Die Coase-Kontroverse, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 133, S. 636-651.

ERLE, MATHIAS / LESCHKE, MARTIN / SAUERLAND, DIRK (1999): Neue Institutionenökonomik, Stuttgart.

EUROCARD (1998), Das Kompaktseminar der Euro Kartensysteme, Präsentation für die Cannstatter Volksbank.

EUROPÄISCHE KOMMISSION (1986): Trümpfe für Europa: Neue Kartenzahlungssysteme, in: KOM (86) 754 ENDG.; Mitteilung der Kommission an den Rat.

EUROPÄISCHE KOMMISSION (1988): Empfehlung der Kommission vom 17.11.1988, (88/590/EWG), in: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Nr. L 317/55.

EUROPÄISCHE KOMMISSION (1997): Initiative für den elektronischen Geschäftsverkehr, in: KOM(97) 157 ENDG., Mitteilung der Europäischen Kommission.

EUROPÄISCHE ZENTRALBANK (2000): Payment systems in the European Union, Addendum incorporating 1998 figures.

EUROPÄISCHE ZENTRALBANK (2002): Payment systems in the European Union, Annex 1, comparative tables, S. 520-546.

FARNSWORTH (1960): Insurance Against Check Forgery, in: Columbia Law Review, Vol. 60, S. 284-294.

FISCH, GILBERT (1999): Spielzeug oder strategische Waffe, in: Marketing und Kommunikation, Heft 6, S. 66-67.

FOITH, LORENZ / HEMSLEY, JOHN (2000): Betrugsprävention im Kartengeschäft, in: Cards, Karten, cartes: Zeitschrift für Zahlungsverkehr und Kartendienstleistungen, Heft 4, S. 32-36.

FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG (2000): Beitrag vom 7.2.2000, S. 22.

GROUP OF TEN (1997): Electronic Money, April 1997.

GFK (1998): Der Einsatz von Kreditkarten im Textilhandel; Sonderveröffentlichung der Untersuchung für Eurocard/Mastercard.

GLOYSTEIN, PETER (1998): Revolving Credit statt Ratenkredit - in zehn Jahren Standard, in: Cards, Karten, cartes: Zeitschrift für Zahlungsverkehr und Kartendienstleistungen, Heft 4, S. 12-15.

GZS (1994): Eurocard bietet neue Konditionen, Frankfurt a.M..

HADDING (1975): Zur zivilrechtlichen Behandlung des Lastschriftverfahrens, in: Lutter/Kollhoser/Trusen, FS Bärmann, München, S. 375-403.

- HASSMANN, VOLKER (1999): Kundenbindungssysteme, in: Sales Profi, Heft 7, S. 50-52.
- HORN, VOLKER (1990): in HEYMANN, ERNST: Handelsgesetzbuch, § 372 Rdnr. 154, Berlin/New York.
- HOVENKAMP, HERBERT (1990): Marginal Utility and the Coase Theorem, in: Cornell Law Review, Vol. 75, S. 783-809.
- HOVENKAMP, HERBERT (1991): Legal Policy and the Endowment Effect, in: Journal of Legal Studies, Vol. 20, S. 225-247.
- IMHOF, ECKARD PAUL (1984): Kreditkarten: Weltweite Probleme, Problem: Faule Partner, in: Wirtschaftskriminalität, 9/1984, S. 165-170.
- KAHNEMAN, DANIEL / KNETSCH, JACK L. / THALER, RICHARD H.. (1990): Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem, in: Journal of Political Economy, Vol. 98, S. 1325-1348.
- KAHNEMAN, DANIEL / TVERSKY, AMOS (1979): Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, in: Econometrica, Vol. 47, S. 263-291.
- KAUT, MICHAEL (2000): Mit Verhaltens-Scoring zu höheren Kartenumsätzen, in: Cards, Karten, cartes: Zeitschrift für Zahlungsverkehr und Kartendienstleistungen, Heft 1, S. 38-40.
- KELMAN, MARK G. (1979): Consumption Theory, Production theory, and Ideology in The Coase Theorem, in: South California Law Review, Vol. 52, S. 669-698.
- KNETSCH, JACK L. (1984): Legal Rules and the Basis for Evaluating Economic Losses, in: International Review for Law and Economics, Vol. 4, S. 5-13.

- KÖHLER, HELMUT (1980): Vertragsrecht und „Property Rights“ – Theorie, Zur Integration ökonomischer Theorien in das Privatrecht, in: ZHR 144, S. 589-609.
- KÖTZ, H. (1989): Zur Effizienz von Haftungsausschußklauseln, in: Allokationseffizienz in der Rechtsordnung: Beiträge zum Travemünder Symposium zur Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, CLAUS OTT / HANS-BERND SCHÄFER (Hrsg.) Berlin/Heidelberg/New York, S. 189-200.
- KÖTZ, H. (1993): Generalklausel § 9 AGBG, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 3. Aufl., München, S. 189-200.
- KRANZ, MICHAEL (1998): Die Händlerentgelte sind auf Dauer nicht haltbar, in: Cards, Karten, cartes: Zeitschrift für Zahlungsverkehr und Kartendienstleistungen, Heft 4, S. 18-22.
- LANGENBUCHER, ANJA (2000): E-money and its implications for monetary policy, in: Weekly Review of Financial Market Developments, Directorate General Economic Financial Affairs, Europäische Kommission, Brüssel, Nr. 16, S. 1-6.
- LANGENBUCHER, KATJA (2001): Die Risikoordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr, Münchener Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Band 160, C.H. Beck, München.
- LEFF, ARTHUR ALLEN (1974): Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism, in: Virginia Law Review, Vol. 60, S. 451-482.
- LUKAS, SYLVIA (1997): Cybermoney, Künstliches Geld in Internet und Elektronischen Geldbörsen, Neuwied/Kriftel/Berlin.
- MARTINEK, MICHAEL (1993): Moderne Vertragstypen Band III, Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen, München.
- MILDE, HELLMUTH (1987): Informationskosten, Selbstselektion und Kreditverträge, in: WiSt, 16. Jahrgang, Heft 7, S. 321-325.

MONTGOMERY, CYNTHIA / SINGH, HARBIR (1984): Diversification Strategy and Systematic Risk, in: Strategic Management Journal, Vol. 5, S. 181-191.

MÜNCHENER KOMMENTAR (1994): Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl., vor § 414 Rz. 7, 8.

MULLINS, DAVID W. JR. (1982): Does the capital asset pricing model work?, in: Harvard Business Review, January-February, S. 105-115.

NEUBERGER, DORIS (1998): Mikroökonomie der Bank, München.

NEUS, WERNER (1989): Ökonomische Agency-Theorie und Kapitalmarktgleichgewicht, Gabler, Beiträge zur betriebswirtschaftlichen Forschung 65.

NOTE (1968): The Yale Law Journal, Vol. 77, S. 1418-1431

OECD (2000): Overview of Issues in Electronic Settlement of Payments, OECD.

O'SULLIVAN, GERARD (1999): E-Commerce in Großbritannien, in: Cards, Karten, cartes: Zeitschrift für Zahlungsverkehr und Kartendienstleistungen, Heft 4, S. 41-43.

O.V. in Cards, Karten, cartes: Zeitschrift für Zahlungsverkehr und Kartendienstleistungen:

- (1991), Heft 3, S. 4
- (1991), Heft 7, S. 29
- (1994), Heft 3, S. 5
- (1995), Heft 2, S. 12-15
- (1995), Heft 4, S. 18
- (1998), Heft 3, S. 6-11
- (1998), Heft 3, S. 1-6
- (1999), Heft 4, S. 9
- (1999), Heft 2, S. 29.

PIGOU, A.C. (1932), *The Economics of Welfare*, 4. ed., London.

POSNER, RICHARD (1980): *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, in: *Hofstra Law Review*, Vol. 8, S. 487-508.

POSNER, RICHARD (1985): *Wealth Maximization Revisited*, in: *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Vol. 2, S. 85-105.

POSNER, RICHARD (1993): *The new institutional economics meets law and economics*, in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 149, S. 73-98.

POSNER, RICHARD (1998): *The Economic Analysis of Law*, New York, 5th ed.

POSNER, RICHARD / ROSENFELD, ANDREW (1977): *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law*, in: *Journal of Legal Studies*, Vol. 6, S. 83-118.

PUNCH, LINDA (1993): *Battling Credit Card Fraud*, in: *Bank Management*, March 1993, S. 18.

PUNCH, LINDA (1991): *Behind the Surge in Credit Card Fraud*, in: *Credit Card Management*, June 1991, S. 77-78.

PUNCH, LINDA (1998): *Subprimes dangerous waters*, in: *Credit Card Management*, March 1998, S. 76-82.

PÜTHOFF, HEINZ-HELMER (1974): *Die Kreditkarte in rechtsvergleichender Sicht Deutschland-USA*, München.

RAWLS, JOHN (1979): *A Theory of Justice*, Suhrkamp, 9. Aufl., 1996.

REGAN, DONALD H. (1972): *The Problem of Social Costs Revisited*, in: *Journal of Law and Economics*, Vol. 15, S. 427-437.

- RICHTER, RUDOLF / FURUBOTN, EIRIK G (1999): Neue Institutionenökonomik, 2. Aufl., Tübingen.
- ROTHSCHILD, M. / STIGLITZ, J. (1976): Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information, in: Quarterly Journal of Economics, Vol. 90, S. 629-650.
- SCHÄFER, HANS-BERND / OTT, CLAUS (2000): Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin/Heidelberg/New York, 2000.
- SCHIMANSKY, HERBERT / BUNTE, HERMANN-JOSEF / LWOWSKI, HANS-JÜRGEN (1997): § 67 Das Kreditkartengeschäft, in: Bankrechts-Handbuch, C.H.Beck, München, S. 1407-1439.
- SCHMIDT, REINHARD H. / TERBERGER, EVA (1997): Grundzüge der Investitions- und Finanzierungstheorie, 4. Aufl., Wiesbaden.
- SCHMIDT-WILKE, HENRIETTA (1998): Fortschritt in der Finanzwirtschaft, Gabler: Trends in Finance Banking, Wiesbaden.
- SCHÖN, WOLFGANG (1998): Prinzipien des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, AcP 198 (1998) 401.
- SCHÖCHLE, SABINE (1992): Kartengebundene Zahlungssysteme in Deutschland, Hamburg.
- SCHWARZ, PETER (1991): Königsweg zum Kunden, in: Absatzwirtschaft 2/91, S. 55-57.
- SCHWINTOWSKI, HANS-PETER / SCHÄFER, FRANK A. (1997): § 6 Kreditkartengeschäft, in: Bankrecht, Commercial Banking – Investment Banking, Köln/Berlin/Bonn/München, S. 476-527.

- SIETMANN, RICHARD (1997): Electronic Cash, Der Zahlungsverkehr im Internet, Stuttgart.
- SIMPSON, A.W. BRIAN (1996): Coase v. Pigou Reexamined, in: Journal of Legal Studies, Vol. 25, S. 53-97.
- SPENCE, A. M. (1973): Job Market Signaling, in: Quarterly Journal of Economics, Vol. 87, S. 355-374.
- SPITZER, MATTHEW / HOFFMAN, ELIZABETH (1980): A Reply to Consumption Theory, Production Theory, and Ideology in The Coase Theorem, in: South California Law Review, Vol. 53, S. 1187-1214.
- STAUDER/WEISSENSEE (1970): Das Kreditkartengeschäft, Frankfurt a.M..
- STEINER, CLAUD (1997): Kein Widerruf von Zahlungsanweisungen des Karteninhabers, in: Cards, Karten, cartes: Zeitschrift für Zahlungsverkehr und Kartendienstleistungen, S. 8-9.
- STIGLER, G.J. (1989): Two Notes on the Coase Theorem, in: Yale Law Journal, Vol. 99, S. 631-633.
- SVERETH, RAINER (1999): Kartenstrategien, in: Cards, Karten, cartes, Zeitschrift für Zahlungsverkehr und Kartendienstleistungen, Heft 3, S. 16-17.
- TAUPITZ, JOCHEN (1995): Zivilrechtliche Haftung bei Kreditkartenmißbrauch, Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt.
- TERBERGER, EVA (1994): Neo-institutionalistische Ansätze, Gabler, Beiträge zur betriebswirtschaftlichen Forschung 72, Wiesbaden.
- TIROLE, JEAN / HAUSMANN, JERRY / LEONARD, GREGORY (1999): The impact of duality on productive efficiency and innovation, unpublished working paper.

VAN DEN BOSCH, FRANCIS (1999): Credit und Debit sind keine Kannibalen, in: Cards, Karten, cartes: Zeitschrift für Zahlungsverkehr und Kartendienstleistungen, Heft 1, S. 12-15.

VARIAN, HAL (1999): Grundzüge der Mikroökonomik, 4. Aufl., München.

VELJANOVSKI, CENTO G. (1980): The Economic Approach to Law: A critical introduction, in: Brit. J. Law&Society, Vol. 7, S. 158, wiederabgedruckt in : DAUSCHMIDT / ULEN (1998) (Hrsg.): Law and Economics, Cincinnati, Ohio, S.21-36.

VELJANOVSKI, CENTO G. (1981): Wealth Maximization, Law and Ethics - On the Limit of Economic Efficiency, in: International Review of Law and Economics, Vol. 1, S. 5-28.

WEDOFF, EUGENE R. (1998): The General Operation of Consumer Bankruptcy Law under the Bankruptcy Code: An Introduction to Proposed Bankruptcy Reform Legislation, American Bankruptcy Institute, May. <http://www.abiworld.org>.

WEHRT, KLAUS (1982): Das ökonomische Vertragsmodell: Theorie und Anwendung, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung, 4/1992, S. 358-373.

WELT AM SONNTAG (2002): Beitrag vom 27.1.2002, Goy, Martina: Showdown im Kundenkarten-Dschungel, S. 49.

WHITE, JAMES BOYD (1987): Economics and Law: Two cultures in Tension, in: Tenn. Law Review, Vol. 54, S. 161-199.

WILLIAMSON, O.E. (1985): The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting, New York/London.

WIMMER-LEONHARDT, SUSANNE (1996): Die Haftung gegenüber den Bankkunden im mehrgliedrigen Zahlungsverkehr, Die Rechtslage in Deutschland mit rechtsvergleichenden und europarechtlichen Bezügen, Baden-Baden.

WINZIG, OTTMAR (1991): Konsequenz des Wachstums, in: à la CARD AKTUELL, 2/91, S. 6-9.

WIRTSCHAFTSWOCHE (1999): Beitrag vom 30.9.1999, Nr. 40, S. 203.

WITTBRODT, ECKHARD (1995): Kunden binden mit Kundenkarten, Neuwied.

WOLF, MANFRED / HORN, NORBERT / LINDACHER, WALTER F. (1999): § 9 Rz. K 54, in: Kommentar zum AGBG, 4. Aufl., München.