

**Haftung des Zahlers bei missbräuchlicher Nutzung eines Zahlungsinstruments****Aktualisierung 2019**

Online aktualisierte Kommentierung der §§ 675a ff. BGB in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie vom 17.7.2017, BGBl. I 2017, 2446, in Kraft getreten am 13.1.2018. Geltung für alle Zahlungsvorgänge ab dem 13.1.2018.

**§ 675v Haftung des Zahlers bei missbräuchlicher Nutzung eines Zahlungsinstruments**

(1) Beruhen nicht autorisierte Zahlungsvorgänge auf der Nutzung eines verloren gegangenen, gestohlenen oder sonst abhandengekommenen Zahlungsinstruments oder auf der sonstigen missbräuchlichen Verwendung eines Zahlungsinstruments, so kann der Zahlungsdienstleister des Zahlers von diesem den Ersatz des hierdurch entstandenen Schadens bis zu einem Betrag von 50 Euro verlangen.

(2) Der Zahler haftet nicht nach Absatz 1, wenn

1. es ihm nicht möglich gewesen ist, den Verlust, den Diebstahl, das Abhandenkommen oder eine sonstige missbräuchliche Verwendung des Zahlungsinstruments vor dem nicht autorisierten Zahlungsvorgang zu bemerken, oder
2. der Verlust des Zahlungsinstruments durch einen Angestellten, einen Agenten, eine Zweigniederlassung eines Zahlungsdienstleisters oder eine sonstige Stelle, an die Tätigkeiten des Zahlungsdienstleisters ausgelagert wurden, verursacht worden ist.

(3) Abweichend von den Absätzen 1 und 2 ist der Zahler seinem Zahlungsdienstleister zum Ersatz des gesamten Schadens verpflichtet, der infolge eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs entstanden ist, wenn der Zahler

1. in betrügerischer Absicht gehandelt hat oder
2. den Schaden herbeigeführt hat durch vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung

a) einer oder mehrerer Pflichten gemäß § 675I Absatz 1 oder

b) einer oder mehrerer vereinbarter Bedingungen für die Ausgabe und Nutzung des Zahlungsinstruments.

(4) Abweichend von den Absätzen 1 und 3 ist der Zahler seinem Zahlungsdienstleister nicht zum Schadensersatz verpflichtet, wenn

1. der Zahlungsdienstleister des Zahlers eine starke Kundenauthentifizierung im Sinne des § 1 Absatz 24 des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes nicht verlangt oder
2. der Zahlungsempfänger oder sein Zahlungsdienstleister eine starke Kundenauthentifizierung im Sinne des § 1 Absatz 24 des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes nicht akzeptiert.

Satz 1 gilt nicht, wenn der Zahler in betrügerischer Absicht gehandelt hat. Im Fall von Satz 1 Nummer 2 ist derjenige, der eine starke Kundenauthentifizierung nicht akzeptiert, verpflichtet, dem Zahlungsdienstleister des Zahlers den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

(5) Abweichend von den Absätzen 1 und 3 ist der Zahler nicht zum Ersatz von Schäden verpflichtet, die aus der Nutzung eines nach der Anzeige gemäß § 675I Absatz 1 Satz 2 verwendeten Zahlungsinstruments entstanden sind. Der Zahler ist auch nicht zum Ersatz von Schäden im Sinne des Absatzes 1 verpflichtet, wenn der Zahlungsdienstleister seiner Pflicht gemäß § 675m Abs. 1 Nr. 3 nicht nachgekommen ist. Die Sätze 1 und 2 sind nicht anzuwenden, wenn der Zahler in betrügerischer Absicht gehandelt hat.

- 1 **1. Europarechtliche Vorgaben.** Die Norm setzt die Vorgabe von Art 74 ZdRL um. Im Unterschied zur Vorgängernorm, welche auf der Umsetzung von Art 61 ZdRL I beruhte, schränkt die Gesetz gewordene Bestimmung die Haftungsvoraussetzungen zugunsten des Zahlers weiter ein (BT-Drs 18/11495, 165). Die Bestimmung von § 675v ist ggü ihrer Vorgängernorm um zwei Absätze erweitert (Abs II und IV), während der neue Abs V der bisherigen Regelung in Abs III entspricht und der jetzige Abs III im Wesentlichen der frühere Abs II ist. Bedenken ggü der zutr Umsetzung bestehen nicht.
- 2 **2. Abschließende Regelung – Vollharmonisierung.** Der Gesetzgeber hat mit dieser Norm ein neues Leitbild (*Grundmann* WM 2009, 1157, 1163) einer **vom Verschulden losgelösten Haftung des Zahlers** geschaffen, das mit der früheren Konzeption nicht im Einklang steht (BGH NJW-RR 2004, 481, 482; NJW 2002, 2234). Es ist eine Zäsur eingetreten (BeckOGK/*Hofmann* Rn 12). Jetzt handelt es sich um eine **abschließende Regelung**, sofern ein ZInstrument missbräuchlich iSd Abs I eingesetzt wird (Pal/*Sprau* Rn 2). Ihr Gegenstand ist im Blick auf die **Vollharmonisierung** und die insoweit vorgesehene Haftungsverteilung zw ZdLeister und ZdNutzer nach den Abs I–V in zeitlicher Sicht der Zeitpunkt, von dem an das ZInstrument dem ZdNutzer als berechtigte Person nach Maßgabe des § 675m I Nr 1 zugänglich gemacht worden ist. Von diesem Zeitpunkt an beginnen auch die Sicherungspflichten des ZdNutzers für das betreffende ZINstrument nach Maßgabe von § 675I. Ab diesen Zeitraum hat der ZdLeister das Risiko einer missbräuchlichen Verwendung gem Abs I–V zu tragen, soweit es nicht im Einzelfall nach diesen Absätzen auf den ZdNutzer überwältzt wird. Das besagt nach Abs V, dass der ZdLeister allein haftet, wenn der ZdNutzer das ZInstrument eine Anzeige gem § 675I I 2 erteilt hat, ausgenommen der Zahler handelt – vgl Abs V S 3 – in betrügerischer Absicht (Rz. 20). IÜ ist das gesamte **Haftungsregime gem §§ 675u–w** unter Berücksichtigung des Grundgedankens der Vollharmonisierung gem Art 107 III ZdRL eine selbständige Regelung, ist sie zwingend als nach § 675z S 1 **abschließend** zu bewerten (BT-Drs 16/11643, 113).
- 3 **3. AGB-rechtliches Leitbild: Verbraucher – Unternehmer.** Wesentlicher Anwendungsbereich der Norm ist die **Online-Überweisung** sowie alle ZVorgänge mit **Zahlungskarten**, bei denen eine PIN verwendet werden muss, angefangen von der Nutzung der Debit-Karte beim Abheben von Geld am Geldautomaten, bei Verwendung einer Geldkarte bis hin zur Zahlung an einer POS-Kasse (BeckOGK/*Hofmann* Rn 14ff). Für eine gewöhnliche Überweisung gilt allerdings Abs I schon deswegen nicht, weil die beleggestützte Überweisung kein ZInstrument ist (Staud/*Omlor* Rn 4), auch wenn die Unterschrift des Zahlers als personalisiertes Sicherheitsmerkmal eingeordnet werden kann (vgl auch BeckOGK/*Hofmann* Rn 21). Früher galt, dass der Zahler nicht verschuldensunabhängig mit dem Risiko einer missbräuchlichen Verwendung seiner „Kreditkarte“ belastet werden dürfe (BGH NJW 2002, 2234). Zwangsläufig hat diese **neue Konzeption in Abs I–V** unmittelbare Auswirkungen vor allem auch auf die Gestaltung von **AGB-Klauseln**. Allerdings

bestimmt § 675e I ohnedies, dass vertragliche Vereinbarungen unwirksam sind, soweit sie von den §§ 675f ff abweichen und dem ZdNutzer als **Verbraucher** nachteilig sind. Doch ist entscheidend, dass nach § 675e IV eine Ausnahme hins der Haftung des Zahlers im Fall der missbräuchlichen Verwendung eines ZInstruments (verloren, gestohlen, abhanden gekommen) dann auch in AGB – abw von der Haftungshöchstgrenze nach Abs I – vereinbart werden kann, wenn es sich um einen **Unternehmer** handelt. Welche konkreten Auswirkungen sich daraus im Blick auf eine Haftungshöhe des ZdNutzers im unternehmerischen Bereich (über 50 Euro) ergeben werden, bleibt abzuwarten. Doch sprechen gute Gründe dafür, es auch ggü einem Unternehmer bei der gleichen Haftungsverteilung zu belassen, die § 675v für den Verbraucher zwingend vorsieht (vgl BGH NJW 2017, 2986 – Darlehen: Unternehmer – Bearbeitungsgebühr – BGH NJW 2014, 2420 – Verbraucher – jew § 488 I 2 als Leitbild). Das gilt vor allem im Blick auf die Haftungsfreizeichnung des ZdNutzers nach dem Vorbild von Abs II. Denn allein die Option des § 675e IV, in unternehmerischen AGB von den Vorgaben des § 675v abweichen zu dürfen, ist noch keine hinreichende Legitimation für den ZdLeister, eine solche Abweichung in Form einer vom Verschulden losgelösten Haftung des ZdNutzers in AGB-Klauseln ungeachtet des Rahmens von Abs II zu begründen. Demnach ist es also mit § 307 II Nr 1 nicht ohne weiteres vereinbar, wenn auch ggü einem **Unternehmer** eine vom Verschulden abhängige Haftung iSv § 675v I vorgesehen wird (BGH NJW 2006, 47, 49). Denn eine vom Verschulden abhängige Haftung ist ein ganz wesentlicher Baustein des deutschen Haftungsrechts (BGH NJW 2018, 291 – Mehraufwand). Doch wird man keine durchgreifenden Bedenken dagegen erheben können, wenn in diesen Fällen die Selbstbeteiligung des Zahlers im Rahmen von Abs I erhöht wird, bis etwa 500 Euro pro einzelnen missbräuchlichen ZVorgang; dies dürfte nicht nach § 307 II Nr 1 zu beanstanden sein. Im Rahmen **einfacher Fahrlässigkeit** des Zahlers in Bezug auf eine missbräuchliche Nutzung des betreffenden ZInstruments wird man daher auch nichts gegen eine Klauselgestaltung des ZdLeisters vorbringen können, die auf eine gesetzliche Haftung im Rahmen der §§ 241 II, 280 I zielt und keine Begrenzung vorsieht. Dasselbe gilt – selbstverständlich – dann auch für die Fälle, in denen Vorsatz, Betrug oder „nur“ grobe Fahrlässigkeit als Schadensursache einschlägig sind.

- 4 **4. Limitierter Schadensersatzanspruch des Zahlungsdienstleisters – Abs I. a) Unterschied zu § 675u.** § 675u beruht darauf, dass der ZdLeister immer dann haftet, weil er gegen den Zahler keinen Erstattungsanspruch geltend machen kann, sofern ein nicht autorisierter ZVorgang ausgeführt wird. Die Ursache ist insoweit irrelevant; es entsteht dann ein – vom Verschulden losgelöster – Erstattungsanspruch des Zahlers. Dieser ist nach § 675u S 2 auf Wiedergutmachung gerichtet, weil das ZKonto in den Stand zurückzusetzen ist, in dem es sich – ohne die Belastung durch den nicht autorisierten ZVorgang – befunden hätte (§ 675u Rz. 9 ff.). Demgegenüber setzt hier die Haftungsregel von Abs I voraus, dass der nicht autorisierte ZVorgang auf der (unbefugten) Nutzung eines **ZInstruments** beruht. Folglich ist diese Haftungsregel *lex specialis* ggü der allg Norm des § 675u. Für die in § 675l im Hinblick auf die personalisierten Sicherheitspflichten und in § 675m im Blick auf die einzuhaltenden Sicherungsmerkmale zu beachtenden Pflichten gilt die Schadensersatzhaftung nach § 675v für **alle ZInstrumente** im Fall ihrer missbräuchlichen Verwendung, die der ZdLeister dem Zahler überlassen hat (§ 675m Rz. 2). Sobald dies geschehen ist, trägt der Zahler dafür die Verantwortung, dass iSv § 675l I 1 die erforderlichen und zumutbaren Sicherheitsvorkehrungen beachtet werden (§ 675l Rz. 2 ff.). Soweit diese von § 675l statuierten Pflichten in betrügerischer Absicht, vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt werden (Rz. 18), gilt die Sanktionsregel von Abs III. Sie gilt aber auch dann, wenn – wiederum: in betrügerischer Absicht, vorsätzlich oder grob fahrlässig – die nach Abs III Nr 2 zw ZdLeister und Zahler vereinbarten Bedingungen für die Ausgabe und Nutzung des ZInstruments nicht beachtet worden sind (Rz. 8).
- 5 **b) Zeitliche Grenze.** Die auf 50 Euro begrenzte Schadensersatzhaftung gem Abs I gilt nur insoweit, als nicht autorisierte ZVorgänge in Rede stehen, die bis zur Anzeige gem § 675l I 2 infolge eines Verlustes, Diebstahls oder eines sonstigen Abhandenkommens des ZInstruments, einschl seiner missbräuchlichen Verwendung iSv Abs I entstanden sind (*Scheibengruber* BKR 2010, 15, 16f).
- 6 **c) Verschuldensunabhängige Risikohaftung des Zahlers sowie des Zahlungsdienstleisters.** Die Haftungsregel gem Abs I bedeutet für den Fall des Verlustes, des Diebstahls, des sonstigen Abhandenkommens sowie der sonstigen missbräuchlichen Verwendung eines ZInstruments – auch gemessen an den Vorgaben von Art 74 I ZdRL – eine **Abwälzung** des dem ZdLeister kausal entstandenen Schadens auf den Zahler bis zur Höhe von maximal 50 Euro. Von der letzten Alternative – missbräuchliche Verwendung des ZInstruments – werden alle Fälle des Online-Banking erfasst (*BeckOGK/Hofmann* Rn 34). Offen ist die Antwort, ob die Sanktion des Abs I im Blick auf eine missbräuchliche Verwendung auch dann eingreift, wenn **Doubletten von Karten** verwendet werden (bejahend *Scheibengruber* BKR 2010, 15,16; *BeckOGK/Hofmann* Rn 35; *BankR-HdB/Maihold* § 54 Rn 65). In diesen Fällen hat der Zahler das Original seiner Karte noch in Händen, so dass die Tatbestände Verlust etc des ZInstruments iSv Abs I ausscheiden. Doch ein Rückgriff auf eine – möglicherweise – vorliegende missbräuchliche Verwendung bleibt in diesen Fällen mit Recht möglich (*Langenbacher* in *L/B/S Rn* 9). Für die Haftungssanktion nach Abs I gibt es im dt Schuldrecht (bislang) keine Parallele, weil § 280 I 2 stets ein **Vertretenmüssen** voraussetzt. Doch ist gerade deswegen auf den **Haftungsausschluss gem § 676c** hinzuweisen: Liegen ungewöhnliche und unvorhersehbare Ereignisse vor, auf die sich – etwa bei einem Verlust, einem Diebstahl oder einem sonstigen Abhandenkommen des ZInstruments – der Zahler beruft, und macht er geltend, dass er insoweit keinen Einfluss auf den Eintritt dieser Ereignisse hatte und auch – trotz Anwendung der gebotenen Sorgfalt – nicht in der Lage war, ihre Folgen zu vermeiden, kommt unter Berücksichtigung von Art 93 ZdRL der Haftungsausschluss von § 676c zum Zug (§ 676c Rz. 2).
- 7 **aa) Nicht autorisierter Zahlungsvorgang.** Die Schadensersatzhaftung des Zahlers ggü dem ZdLeister ist nach Abs I zunächst davon abhängig, dass es sich in jedem Fall um einen nicht autorisierten ZVorgang handelt. Ob dies zutrifft, entscheidet sich unter Berücksichtigung der in § 675j I zu beurteilenden **Autorisierung** nach den gleichen Merkmalen, wie dies für § 675u zutrifft (§ 675u Rz. 2 ff.). Ein derart nicht autorisierter, dh nicht dem Willen des Zahlers entspr ZVorgang muss auf der Nutzung eines **ZInstruments** beruhen (vgl zu den Einzelheiten § 675j Rz. 7). Dieses muss verloren gegangen (Verlust der Sachherrschaft), gestohlen (Begründung fremden Gewahrsams) oder sonst abhanden gekommen (Auffangtatbestand) sein. Demgegenüber ist eine **missbräuchliche Nutzung** des ZInstruments iSv von Abs I immer dann zu bejahen, wenn es ohne oder gegen den Willen des Berechtigten eingesetzt wird (*Pal/Sprau* Rn 3). Notwendigerweise beruht eine Autorisierung iSv § 675j I 3 immer auf einer zw den Parteien getroffenen Vereinbarung (*BeckOGK/Hofmann* Rn 19), die sich auf die Nutzung des ZInstruments bezieht. Da der ZdNutzer nach den Vorgaben von § 675l I 1 auch verpflichtet ist, die **personalisierten Sicherheitsmerkmale** vor einem unbefugten Zugriff – und damit vor einer missbräuchlichen Verwendung nach Abs I – zu schützen, indem er verpflichtet ist, diese sicher aufzubewahren (§ 675l Rz. 3 ff.), hat sich der Gesetzgeber nunmehr dazu entschlossen, die früher in Abs I S 1 (ZInstrument) und in Abs I S 2 (personalisierte Sicherheitsmerkmale) getrennten

Tatbestände in Abs I zu integrieren (BT-Drs 18/11495, 165). Erweitert wird die Aussage in S 1 um den Tatbestand der „sonstigen missbräuchlichen Verwendung“ eines ZInstruments sowie auf die missbräuchliche Nutzung der personalisierten Sicherheitsmerkmale (BT-Drs 18/11495, 165). Das deckt sich auch im Kern mit der Vorgabe von Art 74 I ZdRL. Erfasst werden also PIN, TAN (Scheibengruber BKR 2010, 15, 17), aber auch die Unterschrift (BaRo/Schmalenbach § 675I Rn 3; MüKo/Jungmann § 675j Rn 43f; aM BeckOGK/Hofmann Rn 22). Von Belang ist hier, dass Diebstahl und Verlust eines ZInstruments nicht selten auf Umstände zurückzuführen sind, welche einen Fahrlässigkeitsvorwurf ggü dem ZdNutzer begründen können. Dies aber ist beim Abhandenkommen (§ 935) jedenfalls dann anders, wenn der Tatbestand eines Raubes vorliegt; doch auch dieser Tatbestand sollte nach dem Willen des Gesetzgebers eingeschlossen werden (BT-Drs 16/11643, 113).

- 8 **bb) Sonstige missbräuchliche Verwendung.** Dieser Tatbestand wird bezogen auf den Schutz der personalisierten Sicherheitsmerkmale des ZdNutzers immer begleitet von dem weiteren – vorgeschalteten – Umstand, dass der Zahler die persönlichen Sicherheitsmerkmale nicht sicher und nicht geheim aufbewahrt hat (BeckOK/Schmalenbach Rn 5). Diese Pflicht ist in § 675I 1 angesprochen (§ 675I Rz. 2 ff.). Daher wird man die Schadensersatzhaftung unter dieser Perspektive in Abs I – im Gegensatz zum Abhandenkommen, Diebstahl und Verlust idR als eine **verschuldensabhängige** begreifen müssen (BT-Drs 16/11643, 114). Doch ergibt sich aus der **Neufassung von Abs I**, dass es auf ein – wie auch immer zu konstruierendes Verschulden des Zahlers – im Gegensatz zur früheren Rechtslage in Abs I nicht mehr ankommt (Pal/Sprau Rn 3) Zu den besonderen Pflichten gehört beim Online-Banking, sich gegen Attacken zu schützen, vgl § 675I Rz. 3 ff.; Bsp für Pflichtverletzungen beim Online-Banking vgl Herresthal in L/B/S Rn 21ff; Spindler, FS Nobbe, 2009, 215, 227ff; van Gelder, FS Nobbe, 2009, 55, 61ff.
- 9 **c) Überlassung an einen Dritten.** Soweit der Zahler die Nutzung des ZInstruments einem Dritten gestattet hat (§ 675I Rz. 10), trägt der Zahler allein das Risiko, dass ein Abhandenkommen, Verlust pp sowie auch eine missbräuchliche Verwendung stattfinden (LG Kiel BKR 2018, 485). Soweit daher ein Dritter ohne Wissen und Wollen des berechtigten Nutzers das ZInstrument verwendet, ist dies stets missbräuchlich gem Abs I. Die entscheidende praktische Frage ist jedoch, ob iSv Abs I S 2 auch dann eine sonstige missbräuchlich Verwendung vorliegt, wenn der Dritte als Nutzer die gem § 675I 1 gesetzlich geschuldeten und vertraglich vereinbarten Sicherungsvorkehrungen zum Schutz vor Drittmisbrauchsfällen getroffen hat. Insoweit gilt zunächst: Der Dritte wird dann wohl in den Rang eines Erfüllungsgehilfen nach § 278 rücken. Ob die Haftung wegen fehlenden Verschuldens ausgeschlossen ist, entscheidet sich – auch in Bezug auf die Handlungen/Unterlassungen – eines Dritten immer nach Maßgabe des Abs II (Rz. 12).
- 10 **d) Anscheinsvollmacht.** Bei der Verwendung von ZInstrumenten durch einen Dritten stellt sich immer wieder die Frage, ob die Grundsätze der Anscheinsvollmacht eingreifen (BankR-HdB/Maihold § 55 Rn 76ff), weil wegen der Geheimhaltungspflicht nach § 675I – so der BGH – eine Erteilung einer Vollmacht an einen Dritten – „ausnahmslos ausgeschlossen“ ist (BGH NJW 2016, 2024, 2029 Rn 34 – Online-Banking; Schleswig LSK 2011, 040619; vgl LG Kiel BKR 2018, 485; bejahend aber LG Darmstadt ZIP 2014, 1972, 1974 – „man in the middle“). Dieser Ansatz wird in der Lit teilw befürwortet (Pieckenbrock WM 2015, 797, 801f; Gößmann/Bredenkamp, FS Nobbe, 2009, 93, 102ff; Baumbach/Hopt HGB [§ 7] Bankgeschäfte F/35). Dem ist zu folgen. Für den Tatbestand einer **Anscheinsvollmacht** steht der BGH – das ist der erste beachtliche Gegeneinwand – auf dem Standpunkt, dass deren Vorliegen zugunsten des Zahlers insoweit im Rahmen der ZdRL aus systematischen Gründen (§§ 675u und 675v) ausgeschlossen ist (BGH NJW 2016, 2024, 2929). Davon abgesehen ist es – das ist der zweite Einwand – für die Bejahung einer Anscheinsvollmacht erforderlich (§ 167 Rz. 7), dass der ZdNutzer mit einer **gewissen Häufigkeit einen Vertrauenstatbestand** geschaffen hat, auf den der ZdLeister auch vertrauen konnte, so dass er daraus auf eine Bevollmächtigung schließen durfte (BGH NJW 1998, 1854, 1855; 2006, 1971, 1972). Daran wird es bei der missbräuchlichen Verwendung eines ZInstruments durch einen **unbefugten Dritten** – jedenfalls bei Vorliegen einer nur kurzen Verwendungsdauer – regelmäßig fehlen (so auch mit Recht Spindler, FS Nobbe, 2009, 215, 217ff für Fälle des Online-Banking). Denn dieser nutzt das ZInstrument regelmäßig nur sehr kurze Zeit, so dass auch der befugte Zahler praktisch keine Chance/Gelegenheit hat, diese Nutzung zu unterbinden, weil er von ihr nichts erfährt (KG WM 2012, 493, 494; Herresthal in L/B/S Rn 7). Auch muss der gesetzte Rechtsschein dem „Vertretenen“ zurechenbar sein, was dann nicht anzunehmen ist, wenn ein Ausspähen der personalisierten Sicherheitsmerkmale vorlag (KG). Damit verbleibt als Anknüpfungspunkt für eine Haftung des Zahlers in diesen Fällen nur Abs I, der kein Vertretenmüssen voraussetzt, weil das Abhandenkommen pp des ZInstruments sowie die missbräuchliche Verwendung personalisierter Sicherheitsmerkmale ausreicht.
- 11 **e) Haftungshöchstgrenze: 50 Euro.** Steht ein Verlust, ein Diebstahl oder ein sonstiges Abhandenkommen eines ZInstruments oder seine missbräuchliche Verwendung fest, haftet der Zahler unabhängig von einem Vertretenmüssen dem ZdLeister auf Ersatz des Schadens bis zu einer **Höchstgrenze** von 50 Euro. Dabei stellt sich die Frage, ob damit der **Gesamtschaden** gemeint ist (Oechsler WM 2010, 1381, 1383 – Bezugnahme auf den Erwägungsgrund Nr 32 ZdRL I) oder ob dieser Schaden sich auf jede einzelne missbräuchliche Verwendung eines ZInstruments bezieht. Da sich Abs I ganz allg auf den „hierdurch entstandenen Schaden“ in Bezug nimmt und allein daran die Haftungsgrenze für den Zahler festmacht, wird man die Höchstsumme von 50 Euro immer im Blick auf den gesamten Schaden zur Anwendung berufen müssen (BeckOGK/Hofmann Rn 29; BankR-HdB/Maihold § 54 Rn 61; Pal/Sprau Rn 4); erfasst wäre also der gesamte Serienschaden (vgl auch Casper/Pfeifle WM 2009, 2343, 2347). Allerdings bezieht sich Art 74 I ZdRL auf den Schaden eines „nicht autorisierten ZVorgangs“. Damit ist erkennbar der **Einzel Schaden** gemeint, der durch einen missbräuchlich ausgeführten ZVorgang verursacht wurde. Gestützt wird dies auch durch die englische Fassung von Art 74 I ZdRL, die von einer Haftung für eine jede, nämlich „any unauthorized payment transaction“ spricht (aM Herresthal in L/B/S Rn 37; BeckOGK/Hofmann Rn 29). Daher ist eine **richtlinienkonforme Auslegung** von Abs I S 2 geboten, so dass der Zahler für jeden einzelnen Schaden in Höhe bis zu 150 Euro einstehen muss, der das Ergebnis eines einzelnen ZVorgangs war (aM auch Casper/Pfeifle aaO).
- 12 **5. Fortfall der Haftung des Zahlers – Abs II. a) Fehlende Bemerkbarkeit.** Die Haftung des Zahlers nach Maßgabe von Abs I ist weiterhin davon abhängig, dass – vgl **Abs II Nr 1** – er keine Möglichkeit hatte, den Verlust, den Diebstahl, das Abhandenkommen oder auch die missbräuchliche Verwendung eines ZInstruments in Bezug auf den nicht autorisierten ZVorgang zu „bemerken“. Das Merkmal der fehlenden Bemerkbarkeit bezieht sich also zum einen auf die Tatbestände des Abhandekommens pp iSv Abs I, zum anderen aber auch auf den nicht autorisierten ZVorgang. Dadurch wird die Regel der verschuldensunabhängigen Haftung des Zahlers nach Abs I – allerdings nur in Höhe von 50 Euro – in Abs II Nr 1 auf den Kopf gestellt, weil die Frage, ob es denn dem

Zahler „möglich“ war, das Abhandenkommen des ZINstruments im Zusammenhang mit der fehlenden Autorisierung des ZVorgangs zu bemerken, an ein **Verschulden** anknüpft (BT-Drs 18/11495, 165). Da es hier auf die Möglichkeit ankommt, den Vorgang zu „bemerken“, hat dieser Tatbestand – und der daran anknüpfende Vorwurf einer Pflichtverletzung – nichts mit der Kenntnis zu tun, welche eine Anzeigepflicht nach § 675I 2 auslösen (§ 675I Rz. 13). Vielmehr bezieht sich Abs II Nr 1 hier auf das Vorfeld, indem es das Tor weit öffnet, welche **Nachforschungspflichten** dem Zahler auferlegt werden dürfen, sofern sich ein Verdacht andeutet, dass ein Abhandenkommen oder die missbräuchliche Verwendung eines ZINstruments im Zusammenhang mit einem nicht autorisierten ZVorgang vorlag (BeckOGK/Hofmann Rn 44ff). Abzugrenzen sind die hiernach maßgebenden Pflichten von den **Sicherungspflichten** (Geheimhaltung, getrennte Aufbewahrung etc), welche sich für den Zahler aus § 675I 1 ableiten (§ 675I Rz. 5 f.). Stellt nämlich der Zahler fest, dass Anzeichen dafür vorliegen, dass diese Sicherungspflichten für die Verwahrung eines ZINstruments oder eines personalisierten Sicherheitsmerkmals im Einzelfall fehlgeschlagen sind, dann kommt unmittelbar die Pflicht ins Spiel, welche Abs II Nr 1 adressiert: Es geht dann darum, ob der Zahler die Möglichkeit hatte, eben dieses Fehlschlagen der Sicherungspflicht im Zusammenhang mit einem nicht autorisierten ZVorgang zu „bemerken“.

- 13 Dabei wird man auch beachten müssen, dass Art 74 I ZdRL von „**bemerkbar**“ spricht (hierzu auch Hofmann BKR 2016, 62, 63f) nicht aber, wie die deutsche Umsetzung in Abs II Nr 1 – von „bemerken“. Ob darin ein substantieller Unterschied liegt, ist nicht sicher. Jedenfalls ist klar, dass der Begriff „bemerkbar“ unmittelbar an dem der objektiv ausgerichteten Fahrlässigkeit nach § 276 II anknüpft (BT-Drs 18/113495, 165). Insoweit ist entspr dem Erwägungsgrund Nr 72 an die Vorgaben des jew nationalen Rechts anzubinden. Um hier in der Praxis einen Schritt weiterzukommen, kann man auf die Erfüllung der Sicherungspflichten des § 675I 1 reflektieren und daher die Meinung stützen, dass zw dem Vorwurf einer dem Zahler danach anzulastenden Pflichtverletzung eine parallele Wertung zw dieser Norm und der von Abs II Nr 1 besteht (so Pal/Sprau Rn 5). Man wird also nicht an – neu zu schaffenden – Nachforschungspflichten des Zahlers hier anknüpfen, sondern den Tatbestand fehlender, weil entschuldigter Bemerkbarkeit des Abhandekommens eines ZINstruments oder seiner missbräuchlichen Nutzung wegen der ordnungsgemäß erfüllten Sicherungspflichten nach § 675I 1 bejahen.
- 14 **b) Kontrolle nach § 307 I 1.** Die entscheidende – weitergehende – Frage bezieht sich jedoch dann darauf, ob denn der Zdleister berechtigt ist, weitergehende Pflichten im Rahmen von Abs II Nr 1 ggü dem Zahler durch AGB zu begründen, indem etwa **Nachforschungspflichten** vorgesehen werden (BeckOGK/Hofmann Rn 48ff), die schon bei einem **Verdacht des Abhandenkommens** bzw der missbräuchlichen Nutzung eines ZINstruments zum Zuge kommen und damit im Fall ihrer Verletzung eine Haftung des Zahlers iHv 50 Euro nach Abs I begründen. Ausgehend vom Wortlaut des Art 74 I lit a ZdRL – „vor einer Zahlung nicht bemerkbar“ – wird man sich diesem Ansatz nicht verschließen dürfen, Nachforschungspflichten ggü dem Zahler in den AGB des ZdRahmenvertrages zu formulieren, sobald sich ein Verdacht einer missbräuchlichen Verwendung eines ZINstruments zeigt. Die so geschaffenen Pflichten des Zahlers müssen sich natürlich im Rahmen des Angemessenen nach § 307 I 1 halten; sie dürfen ihn also nicht unangemessen belasten. Das wäre etwa dann der Fall, wenn die AGB von ihm verlangen, dass er sich täglich darüber vergewissert, ob denn die auf einem Zettel notierte (und separat aufbewahrte) PIN noch an ihrem angestammten Platz liegt. Doch bestehen keinerlei Bedenken dagegen, die ohnehin schon gesetzlich (§ 254 II) verankerte Pflicht des Zahlers, seine Kontoauszüge regelmäßig zu kontrollieren, in den AGB auch im Rahmen eines angemessenen Zeitintervalls (etwa: wöchentlich) festzuschreiben (BeckOGK/Hofmann Rn 50).
- 15 **c) Zeitpunkt. Abs II Nr 1** stellt darauf ab, dass der Zahler nicht die Möglichkeit hatte, das Abhandenkommen bzw die missbräuchliche Verwendung eines ZINstruments **vor** dem nicht autorisierten ZVorgang zu bemerken. Damit zielt die hier normierte Pflicht auf **Prävention**; das Entstehen neuer, weiterer nicht autorisierter ZVorgänge soll vermieden werden, zumal der Zahler – nach dem **Erkennen** eines solchen Abhandenkommens des ZINstruments oder von personalisierten Sicherheitsmerkmalen gem § 675I 2 verpflichtet ist, eine Anzeige an den Zdleister zu erstellen (§ 675I Rz. 13). Gleichzeitig ergibt sich aber auch, dass es auf **jeden einzelnen Fall** eines nicht autorisierten ZVorgangs ankommt (BT-Drs 18/11495, 165). Die Beachtung der in Abs II Nr 1 niedergelegten Pflicht hat daher besondere praktische Bedeutung, wenn es als Folge eines solchen Abhandenkommens zu einer Serie von unautorisierten ZVorgängen kommt. Gleichzeitig belegt aber diese auf den Einzelfall abstellende Wertung, dass es auch im Kontext von Abs I und die Schadenshaftung des Zahlers iHv 50 Euro (Rz. 11) nicht auf den Gesamtschaden ankommt, sondern auf jeden einzelnen Schadensfall. Denn die Privilegierung der Nichthaftung des Zahlers nach Abs II Nr 1 zielt unmittelbar darauf ab, die in Abs I niedergelegte Haftungssanktion abzuwenden.
- 16 **d) Verantwortungsbereich des Zahlungsdienstleisters.** Ausgehend von einer auf die je eigene Risikosphäre bezogenen Haftung bestimmt **Abs II Nr 2**, dass die Kausalität eines **Verlustes** eines ZINstrument durch einen Angestellten, einen Agenten, eine Zweigniederlassung oder eine sonstige Stelle, an die die Erfüllung der ZDIenste des Zdleisters ausgelagert worden sind, nicht die Haftung des Zahlers nach Abs I auslöst (BT-Drs 18/11495, 166). Ob hier bereits Tatbestand der **Mitverursachung** ausreicht (BeckOGK/Hofmann Rn 42) und eine umfassende Privilegierung der Haftung des Zahlers nach Abs I nach sich zieht (vgl Hofmann VuR 2016, 243, 246), erscheint zweifelhaft. Zweckmäßiger dürfte es sein, die Lösung in § 254 I zu sehen und auf ein Mitverschulden bei Entstehen des Schadens abzustellen. Auf die nach Abs II Nr 1 zentrale Frage, ob das Abhandenkommen bzw. die missbräuchliche Nutzung des ZINstruments dem Zahler bemerkbar war, kommt es im Rahmen von Abs II Nr 2 nicht an (BT-Drs 18/11495, 166).
- 17 **e) Ausnahme nach § 676c.** Es ist praktisch von einiger Wichtigkeit, bei Prüfung der Haftungsvoraussetzungen bei einem nicht autorisierten ZVorgang auch die Ausnahmebestimmung des § 676c nicht aus dem Auge zu verlieren. Danach ist die Haftung immer dann ausgeschlossen, wenn die Ereignisse – so der Regelfall der Nr 1 – auf Umständen beruhen, welche als ungewöhnlich und unvorhersehbar zu qualifizieren sind (§ 676c Rz. 2 f.)
- 18 **f) Verteilung der Darlegungs- und Beweislast.** Als erstes ist in diesen Fällen stets die allg Beweislastregel des § 675w zu bemühen. Ist nämlich **streitig**, ob es sich um einen autorisierten oder einen nicht autorisierten ZVorgang handelt, gelten vorrangig die dort festgehaltenen Regeln (§ 675w Rz. 5 ff.). Erst wenn feststeht, dass iSv § 675v I oder II in der Tat ein nicht autorisierter ZVorgang anzunehmen ist, können die hier vorgesehenen Haftungsregeln zum Zuge kommen. Dabei liegen im Rahmen von **Abs II Nr 1** die hier zu lösenden Fragen klar zu Tage: Es geht um die Enthftung des Zahlers, so dass er auch verpflichtet ist, die Tatsachen im Einz darzulegen und auch zu beweisen, dass er die ihm insoweit obliegenden Pflichten erfüllt hat und dass das Abhandenkommen bzw der

Tatbestand der missbräuchlichen Verwendung eines ZInstruments (personalisierte Sicherheitsmerkmale) nicht erkennbar war – und damit auch nicht verhindert werden konnte (Hofmann VuR 2016, 243, 246). Anders liegen die Dinge, wenn es sich um den Verlust eines ZInstruments im Rahmen von **Abs II Nr 2** handelt, weil hier unmittelbar die Sphäre des ZdLeisters betroffen ist. Hier erscheint es sachgerecht, auf die allg Grundsätze der **sekundären Darlegungs- und Beweislast**, wie sie von der Rspr entwickelt worden sind (LG Kiel BKR 2018, 485), abzuheben (BGH NJW 2016, 953, 956 – Tauschbörse III; NJW 2014, 2360 – BearShare; NJW 2010, 2061 – Sommer unseres Lebens). Dennoch wird man vom Zahler erwarten dürfen, dass er Tatsachen darlegt und unter Beweis stellt, dass es um die vom ZdLeister (sowie der sonstigen Personen) ausgehende Verursachung eines Verlustes des ZInstruments geht (auch zu Konkurrenzfragen nach europäischem Recht *Piekenbrock* WM 2017, 797, 800ff). Das ist unproblematisch, solange der Sachverhalt vorliegt, den § 675m I Nr 1 adressiert, dh dass das fragliche ZInstrument sowie die personalisierten Sicherheitsmerkmale noch nicht der berechtigten Person des Zahlers zugänglich gemacht worden sind (§ 675m Rz. 2). Denn solange dies nicht zutrifft, hat der Zahler **keine Sachherrschaft**, weder im Rahmen des § 446 (ZInstrument) noch in dem des § 130 (personalisierte Sicherheitsmerkmale – PIN/TAN). Trifft dies aber nach Erledigung der Pflichten des ZdLeisters nach § 675m I Nr 1 zu, dann scheidet aus praktischen Gründen die Anwendung von Abs II Nr 2 idR aus. Hat nämlich der Zahler die entspr Sachherrschaft begründet, ist es nur sehr schwer vorstellbar, wie der Verlust eines ZInstruments gleichwohl vom ZdLeister verursacht worden sein kann.

- 19 **6. Haftung für den gesamten Schaden.** Die in Abs III vorgesehene Sanktion, dass der Zahler bei einem nicht von ihm autorisierten ZVorgang für den gesamten entstandenen Schaden haftbar ist, hängt von verschiedenen Voraussetzungen ab, die in Nr 1 und Nr 2 aufgelistet sind. Dass im Rahmen von Abs III auch Raum ist, ein **Mitverschulden** des ZdLeisters nach § 254 ins Spiel zu bringen, ergibt sich bereits aus der Kausalitätserwägung, dass nämlich der vom Zahler zu ersetzende Schaden „infolge“ eines nicht autorisierten ZVorgangs verursacht worden ist (BeckOGK/Hofmann Rn 98f). Das ist etwa dann der Fall, wenn die Sicherheitsanforderungen, welche die IT des ZdLeisters erfüllen muss, nicht hinreichend eingehalten worden sind (BGH NJW 2016, 2024, 2028 – Anscheinsbeweis – Online-Banking).
- 20 **a) Betrügerische Absicht, vorsätzliche oder grob fahrlässige Pflichtverletzung.** Die jetzt in Abs III Nr 1 – früher: Abs II – verankerte unbegrenzte Schadensersatzhaftung entspricht den Vorgaben von Art 74 I letzter UAbs ZdRL. Dogmatisch gewertet handelt es sich bei der unbegrenzten Haftung nach Abs III um einen eigenständigen Tatbestand, nicht aber nur darum, dass die begrenzte Haftung nach Abs I erweitert wird (BeckOGK/Hofmann Rn 57). Folgende Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit der ZdLeister berechtigt ist, vom Zahler den aus der missbräuchlichen Verwendung eines ZInstruments entstandenen Schaden zur Gänze beim Zahler einzufordern: Da es sich in der Alt nach Nr 1 darum handelt, dass beim Zahler eine betrügerische Absicht im Zusammenhang mit dem Auslösen eines nicht autorisierten ZVorgangs vorliegen muss, kann insoweit uneingeschränkt auf die Voraussetzungen des § 263 StGB verwiesen werden (Pal/Sprau Rn 8). Wenn aber iSv **Abs III Nr 2** der als Folge eines nicht autorisierten ZVorgangs eingetretene Schaden eine unbegrenzte Haftung des Zahlers auslösen soll, dann muss der Zahler bestimmte Sorgfaltspflichten, die sich entw aus § 675I ergeben oder die zw ihm und dem ZdLeister vereinbart worden sind, vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt haben.
- 21 **aa) Grobe Fahrlässigkeit.** Der europäische Gesetzgeber hat im **Erwägungsgrund Nr 72 ZdRL** festgestellt, dass es den einzelnen Mitgliedstaaten vorbehalten bleibt, die Voraussetzungen der Fahrlässigkeit autonom zu beurteilen (hierzu BGH NJW 2012, 2422 – mehrfache Verwendung von TANs trotz Warnung). Darüber hinaus legt dieser Erwägungsgrund fest, dass insoweit „alle Umstände“ zu berücksichtigen sind. Dort führt der Gesetzgeber auch an, dass etwa die „offene und leicht für Dritte einzusehende Aufbewahrung der Sicherheitsmerkmale, die zur Autorisierung eines ZVorgangs verwendet werden, zusammen mit dem ZInstrument“ geeignet ist, den Vorwurf einer groben Fahrlässigkeit zu begründen. Nimmt man hinzu, dass dort auch vermerkt wird, dass der Vorwurf einer groben Fahrlässigkeit „ein erhebliches Ausmaß an Nachlässigkeit aufweist“, liegt eine Parallele zum dt Recht nach den §§ 276 II, 277 offen zu Tage (Pal/Sprau 9; i Erg BGH NJW 2001, 286, 287 – EC-Karte). Danach liegt im Rahmen von Abs III Nr 2 beim Zahler nur dann grobe Fahrlässigkeit vor (Übersicht auch bei BeckOGK/Hofmann Rn 68ff), wenn die verkehrserforderliche Sorgfalt im besonders schweren Maße verletzt wird, weil schon einfachste, ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt wurden und das nicht beachtet worden ist, was im gegebenen Fall jedem Schuldner einleuchten musste (BGH NJW 2007, 2988; 2003, 1118, 1119). Deshalb muss es sich auch in subjektiver Hinsicht um ein **unentschuldbares Fehlverhalten** handeln. Die praktisch meisten Fälle (Hamm GWR 2015, 433 – Mail eines Dritten bittet ZdNutzer um Preisgabe von Kontodaten oder PIN auf der Internetseite; ähnlich LG Essen WM 2015, 2098; LG Oldenburg MMR 2016, 450 – keine grobe Fahrlässigkeit bei erfolgreichem Angriff durch einen Trojaner; kein Beweis, dass Virenschutzprogramm nicht installiert war oder Angriff verhindert hätte; LG Köln WM 2014, 2372 – unterlassene Prüfung der TAN-SMS; AG Bonn BKR 2014, 304 – Überweisung eines Geldbetrags mittels TAN auf ein unbekanntes Konto; München MMR 2013, 163 – Bitte um Eingabe sämtlicher TANs befolgt; ähnlich AG Krefeld MMR 2013, 164; LG Berlin MMR 2012, 229 – Eingabe von 40 TANs), beziehen sich auf den schuldhaften Umgang mit **PIN/TAN**; doch muss es ein Verschulden sein, welches ein gewöhnliches Maß erheblich übersteigt (BGH NJW 1997, 1012, 1013). Grobe Fahrlässigkeit ist aber dann **nicht** anzunehmen, wenn PIN und ZInstrument in verschiedenen Räumen – vor allem auch in den eigenen Privaträumen (weiter BeckOGK/Hofmann Rn 77 – keine Pflicht, die PIN zu verstecken; Aufbewahrung von PIN und Karte im gleichen Raum unbedenklich) – also getrennt verwahrt werden (BGH NJW 2001, 286, 287) oder wenn beim Abheben am Gedlautomat der Zahler übersieht, dass die Karte nicht zurückgegeben wird (Düsseldorf MMR 2012, 3381). Ob diese Überlegungen auch ungekürzt auf das **Online-Banking** (§ 675I Rz. 4; BeckOGK/Hofmann Rn 88ff; *Herresthal* in L/B/S Rn 27ff – jew Bsp) sowie auf das **Mailorder-Verfahren** (*Oechsler* WM 2010, 1381, 1383f) zu übertragen sind, könnte zweifelhaft sein und kann grds im Fall des Missbrauchs nicht unbesehen im Blick auf den Vorwurf grober Fahrlässigkeit mit der gleichen Argumentationskette bejaht werden. Jedenfalls beim Mailorder-Verfahren sind die Daten der Kreditkarte (Nr, Gültigkeitsdauer und Prüfnummer) immer wieder dem Zugriff zahlreicher Dritter ausgesetzt. Im Zweifel liegt dann lediglich einfache Fahrlässigkeit vor; zur Frage der Beweisverteilung vgl § 675w Rz. 11. Bei der Abhebung eines Geldbetrags mittels einer **Debit-Karte** stellt es keine grobe Fahrlässigkeit dar, wenn der ZNutzer die Ausgabe bzw Nichtausgabe der Karte übersieht (Düsseldorf NJW 2012, 3381 – doch zweifelhaft; Einz bei BankR-HdB/*Maihold* § 54 Rn 73ff). Andererseits muss der ZdLeister (§ 254) den jew vereinbarten Verfügungsrahmen zugunsten des ZNutzers beachten (*Nobbe* in E/F/N Rn 116). Bei der **Fälschung der Unterschrift** – Verwendung der Kreditkarte im Präsenzgeschäft – liegt idR keine grobe Fahrlässigkeit vor, weil sich der Zahler kaum wirksam gegen Fälschungen dieser Art wehren kann (*Langenbucher* in L/B/S § 675j Rn 19).

- 22 **bb) Vorsätzliches Handeln.** Vorsatz iSv Abs III Nr 2 bedeutet Wissen und Wollen des pflichtwidrigen Erfolgs (BGH NJW 1965, 962, 963). Hierzu gehört auch das **Bewusstsein der Rechtswidrigkeit/Pflichtwidrigkeit** (BGH NJW 2002, 3255, 3256; 1995, 1960, 1961).
- 23 **c) Verletzte Pflichten.** Der gem **Abs III** unbegrenzt vom Zahler zu übernehmende Schaden muss – kausal – durch einen nicht autorisierten ZVorgang (unter Verwendung seines ZInstruments) entstanden sein. Der Vorwurf einer vorsätzlichen oder doch grob fahrlässigen Pflichtverletzung muss sich dabei nach Abs III Nr 2 lit a auf die Sorgfaltspflichten des Zahlers beziehen, die sich nach Maßgabe von § 675I 1 und 2 ergeben. Diese **Sicherungspflicht** zielt darauf ab, die personalisierten Sicherheitsmerkmale (§ 675I Rz. 2 ff.) vor unbefugtem Zugriff (Dritter) zu schützen. Darüber hinaus konstituiert § 675I 2 eine unverzüglich vom Zahler zu erfüllende **Anzeigepflicht**, sobald der Zahler davon Kenntnis erhalten hat, dass der Verlust, der Diebstahl oder die missbräuchliche Verwendung eines ZInstruments stattgefunden hat (§ 675I Rz. 2). Es steht dem ZDLeister jedoch frei, mit dem Zahler zu vereinbaren, welche konkreten – weiteren, den gesetzlichen Rahmen überschreitenden – Sicherungspflichten hier im Einz (Abs III Nr 2 lit b) geschuldet werden (§ 675I Rz. 4). Diese stehen freilich unter dem Vorbehalt der richterlichen Inhaltskontrolle gem § 307 II Nr 1 (§ 307 I 1) (§ 675I Rz. 20), weil sie regelmäßig zw ZDLeister und Zahler in AGB vereinbart werden. Sie müssen des Weiteren im Rahmen der **vorvertraglichen Informationspflichten** gem Art 248 § 4 I Nr 5a EGBGB dem Zahler in Textform gem Art 248 § 3 EGBGB mitgeteilt werden; die Erfüllung dieser Verpflichtung ist Bestandteil des ZDRahmenvertrags iSv § 675f II (§ 675f Rz. 20). Auch bei einem Einzelzahlungsvertrag iSv § 675f I besteht gem Art 248 § 13 I 2 EGBGB eine entspr vorvertraglich zu erfüllende Informationspflicht des ZDLeisters. In leicht zugänglicher Form sind diese Informationen dem Zahler gem Art 248 § 12 EGBGB zur Verfügung zu stellen, dh zur Kenntnisnahme zu überlassen.
- 24 **d) Darlegungs- und Beweislast.** Auch im Kontext von **Abs III** ist zu beachten, dass eine Beweisvermutung gem § 675w S 3 gilt. Denn dort ist der hier an den Zahler gerichtete Pflichtenkatalog in Nr 1 bis Nr 4 von § 675w S 3 exakt aufgegriffen (§ 675w Rz. 8). Es reicht also nicht aus, dass der ZVorgang mittels eines ZInstruments ausgelöst wurde und dass seine Nutzung, einschl der Authentifizierung durch den ZDLeister aufgezeichnet wurde. Damit ist noch nicht der erforderliche Nachw iSv Abs III Nr 1 oder Nr 2 erbracht, dh die zum Nachteil des ZDLeisters streitende Beweisvermutung iSv § 286 ZPO widerlegt. Erforderlich ist vielmehr nach der Rspr, dass der Nachweis der Autorisierung eines Zvorgangs mittels eines ZInstruments nach § 675w S 3 Voraussetzung dafür ist, den **Anscheinsbeweis** zur Anwendung zu bringen, dh auf Grund aktueller Erkenntnisse steht danach die „all praktische Unüberwindlichkeit des eingesetzten Sicherungsverfahrens sowie dessen ordnungsgemäße Anwendung und fehlerfreie Funktion“ fest (BGH NJW 2016, 2024, 2028 – Online-Banking; für Kreditkartenmissbrauch Dresden NJW-RR 2014, 824 – weiter anwendbar; AG Köln NJW-RR 2015, 888 – Parteivernahme des Kunden zulässig). S 675w Rz. 8 ff.; 11. IÜ gelten für den Nachweis des Schadens die all Grundsätze der §§ 249ff (Vor § 249 Rz. 171 ff.). Das bedeutet, dass auch ein etwaiges **Mitverschulden des ZDLeisters** nach § 254 zu beachten ist (*Spindler*, FS Nobbe, 2009, 215, 224; *Nobbe* in E/F/N Rn 108), was auch von der Rspr bestätigt wird (KG MMR 2011, 338 – Verwendung eines veralteten Systems: 70 % Mitverschulden). Der BGH verlangt zu Recht, dass der ZDLeister ein Sicherungssystem verwendet, welches auf Grund aktueller Erkenntnisse praktisch unüberwindbar ist und im konkreten Einzelfall ordnungsgemäß und fehlerfrei arbeitet (BGH NJW 2016, 2024 – Online-Banking: Anscheinsbeweis). Doch ist die Duldung der Überziehung des ZKontos kein begründeter Einwand nach § 254 (BGH WM 2012, 164 – betragsmäßige Begrenzung für Abhebungen am Geldautomaten – Kartenmissbrauch, Überziehung gestattet). Ob der ZDLeister verpflichtet ist, hinreichende Sicherheitsvorkehrungen zur ständigen Überwachung des Geldautomaten anzubringen, erscheint zweifelhaft (aM *Nobbe* in E/F/N Rn 113).
- 25 **7. Haftungsausschluss. Abs IV S 1** stellt sicher, dass der Zahler dann nicht ggü seinem ZDLeister nach den Regeln von Abs I und III auf Ersatz des Schadens haftet, wenn der ZDLeister nicht vom Zahler verlangt, dass dieser zur Durchführung der von ihm ausgehenden ZAufträge eine starke Kundenauthentifizierung verlangt (Nr 1) oder der ZEmpfänger oder sein ZDLeister eine solche nicht akzeptiert. Ausgeschlossen ist damit der Tatbestand einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Zahlers, wie sich aus **Abs IV S 2** ablesen lässt, wonach nur ein Handeln in betrügerischer Absicht den Zahler weiterhin auf Leistung von Ersatz für den aus einem nicht autorisierten ZVorgang resultierenden Schaden verpflichtet. Der zentrale Begriff ist der der „**starken Kundenauthentifizierung**“. Ihre **Definition** ergibt sich Art 4 Nr 30 ZdRL; sie ist in § 1 XXIV ZAG übernommen. Danach gilt (*Zahrte* NJW 2018, 337, 340; *Werner* WM 2018, 449, 453): Ein solche Kundenauthentifizierung „ist eine Authentifizierung, die so ausgestaltet ist, dass die Vertraulichkeit der Authentifizierungsdaten geschützt ist und die unter Heranziehung von **mindestens zwei** der folgenden, in dem Sinne voneinander unabhängigen Elementen geschieht, dass die Nichterfüllung eines Kriteriums die Zuverlässigkeit der anderen nicht in Frage stellt“ (krit zu dieser Übersetzung *Hofmann* VuR 2016, 243, 249): „1. Kategorie Wissen, also etwas, das nur der Nutzer weiß, 2. Kategorie Besitz, also etwas, das nur der Nutzer besitzt oder 3. Kategorie Inhärenz, also etwas, das der Nutzer ist.“ In der Sache besagt diese Charakterisierung, dass die technische Überwindung einer der drei Kategorien noch nicht dazu führt, dass damit auch eine andere „enttarnt“ ist (*Hofmann* VuR 2016, 243, 249; *Pal/Sprau* Rn 10). In die Kategorie Nr 1 fallen etwa auch wegen der erforderlichen Geheimhaltung/Sicherung nach § 675m I die ZKarte und deren PIN, einschl der Prüfnummer. In die Kategorie Nr 3 fallen allemal die biometrischen Daten, etwa der Fingerabdruck (*Baumann* GWR 2017, 275, 277; *Pal/Sprau*; *BeckOGK/Hofmann* Rn 102ff). In der Sache geht es, wie aus dem Erwägungsgrund Nr 95 der ZdRL abzulesen, um die Sicherheit elektronischer Zahlungen; das Betrugsrisiko soll „möglichst weitgehend eingeschränkt“ werden (vgl auch *Zahrte* NJW 2018, 337, 340). Festzuhalten bleibt allerdings, dass § 55 ZAG **nicht in Kraft** getreten ist (§ 68 IV ZAG). Es bleibt daher bei der erforderlichen Beachtung des Rundschreibens der BaFin Nr 4/2015 v 5.5.2015 (*Werner* WM 2018, 449, 453). Das hängt damit zusammen, dass § 55 ZAG erst 18 Monate nach Inkrafttreten des delegierten Rechtsakts nach Art 98 II ZdRL in Kraft tritt. Die rechtlichen Anforderungen an eine starke Authentifizierung waren nämlich am 13.1.2018 noch nicht in Kraft getreten.
- 26 **a) Starke Kundenauthentifizierung nicht verlangt oder nicht akzeptiert.** Wenn nach Abs IV Nr 1 ein ZDLeister des Zahlers nicht verlangt, dass für die Auslösung eines ZVorgangs eine solche starke Kundenauthentifizierung eingesetzt wird, dann haftet der Zahler nicht, vielmehr trägt dann der ZDLeister den gesamten Schaden, der durch einen nicht autorisierten ZVorgang verursacht wird (*Pal/Sprau* Rn 11). Umgekehrt: Wenn der ZDLeister des ZEmpfängers oder dieser selbst eine solche starke Kundenauthentifizierung nicht akzeptiert, geht die Schadenshaftung zu seinen Lasten (Abs IV Nr 2). Das hat praktische **Auswirkungen**: Teilt man die Meinung, dass die **Unterschrift** des Zahlers unter einer Karte (Präsenzgeschäft) nicht als starke Kundenauthentifizierung zu werten ist (*BeckOGK/Hofmann* Rn 108), weil sie weder in die Kategorie Nr 2 noch in die der Nr 3 nach § 1 XXIV ZAG fällt (Rz. 23), dann kommt eine Haftung des Zahlers wegen des Privilegs von Abs IV Nr 1 nicht in Betracht. Verlangt jedoch das Vertragsunternehmen

die Mitteilung einer PIN bei Einsatz einer Karte (Distanzgeschäft), kommt Abs IV Nr 1 nicht zum Zug (BeckOGK/Hofmann Rn 109), weil der ZEmpfänger bzw sein ZdLeister eine starke Kundenauthentifizierung (Abs IV Nr 2) fordern, die mindestens zwei von drei Merkmalen erfüllt. Das ist der Fall, weil die Karte ausschließlich im Besitz des Zahlers (Nr 2 der Definition) und die PIN (Geheimwissen – Nr 1 der Definition) nur ihm bekannt ist.

- 27 **b) Handeln in betrügerischer Absicht.** Abs IV S 2 besagt eindeutig, dass die Haftung des ZdLeisters nach S 1 dann nicht eingreift, wenn der Zahler in betrügerischer Absicht gehandelt hat (Rz. 20).
- 28 **c) Ersatz des Schadens. Abs IV S 3** regelt den Fall, dass nach Abs IV Nr 2 ein ZdLeister oder der ZEmpfänger aus welchen Gründen auch immer nicht bereit oder auch nicht in der Lage ist, eine starke Kundenauthentifizierung zu akzeptieren. In einem solchen Fall ist die betreffende Person verpflichtet, dem ZdLeister den Schaden zu erstatten, der dem Zahler auf Grund eines von ihm nicht autorisierten ZVorgangs entstanden ist.
- 29 **d) Beweislast.** Die Anwendungsbereich von Abs I–IV ist nur dann eröffnet, wenn der ZdLeister den Nachw angetreten hat, dass das betreffende ZInstrument dem Zahler auch tatsächlich zugegangen, also in seinen Herrschaftsbereich gem § 675m I 1 gelangt ist (AG Berlin BKR 2002, 887; Pal/Sprau Rn 13). Doch bereitet die Einordnung der Beweislastregeln im Rahmen von **Abs IV** Schwierigkeiten. Es geht darum, wer die Tatsachen vortragen und beweisen muss, die in Nr 1 und Nr 2 als Ausnahmetatbestände angesprochen werden, dass nämlich eine starke Kundenauthentifizierung bei der Auslösung eines ZVorgangs zum einen vom ZdLeister des Zahlers „nicht verlangt“, zum anderen vom ZEmpfänger oder seinem ZdLeister „nicht akzeptiert“ worden ist. Mit Recht ist darauf hingewiesen worden, dass diese beiden Tatbestände nur dem jew ZdNutzer bekannt sind (BeckOGK/Hofmann Rn 111). Daher erscheint es folgerichtig, vom ZdLeister in beiden Alt von Abs IV zu fordern, dass er als haftungsbegründende Voraussetzung für eine Haftung nach Abs I und III den Nachw erbringt, dass eine starke Kundenauthentifizierung nicht verwendet wurde (BeckOGK/Hofmann Rn 111; aM Pal/Sprau 13 – Zahler beweibelastet für das Vorliegen der Ausnahmetatbestände des Abs IV).
- 30 **8. Anzeige – Enthftung des Zahlers. a) Schadenszeitpunkt. Abs V S 1** beruht auf der Erwägung, dass der ZdNutzer jedenfalls nach einer Anzeige gem § 675I I 2 nicht verpflichtet ist, einen dem ZdLeister – wegen der nachfolgenden Verwendung des ZInstruments – entstandenen Schaden nach Abs I und III zu tragen. Hat nämlich der ZdNutzer diese Obliegenheit zur Anzeige erfüllt, greift die Verpflichtung des ZdLeisters gem § 675m I 1 Nr 4 ein. Es ist dann seine Sache, jede weitere Nutzung des ZInstruments zu verhindern, was idR dadurch geschieht, dass der ZdLeister eine **Sperrung** gem § 675k II Nr 1 oder Nr 2 verfügt. Da der Zahler keine weitere Einflussmöglichkeit auf die – unberechtigte – Nutzung des ZInstruments nach Absendung der Anzeige hat, geht das **gesamte Risiko** eines danach entstehenden Schadens uneingeschränkt zulasten des ZdLeisters. Denn es gibt dann keinen weiteren kausalen Anknüpfungspunkt mehr, den Zahler an dem entstandenen Schaden zu beteiligen. Für den Zahler hat sich das Risiko entledigt.
- 31 **b) Verpflichtung des ZdLeisters nach § 675m I Nr 3.** Abs V S 2 stellt im Blick auf eine Nichthaftung des Zahlers nach Abs I und III darauf ab, ob der ZdLeister seine Pflicht nach § 675m I 1 Nr 3 erfüllt hat. Danach muss der ZdLeister durch geeignete Mittel sicherstellen, dass der ZdNutzer **jederzeit** die Möglichkeit hat, eine Anzeige gem § 675I I 2 vorzunehmen. Verletzt der ZdLeister diese Pflicht, folgt aus Abs V S 2 im Rahmen eines alternativ zu verstehenden Haftungsausschlusses, dass auch unter dieser Voraussetzung der Zahler nicht zum Ersatz des Schadens nach Abs I verpflichtet ist. Denn dann hat der ZdLeister dem Zahler pflichtwidrig die Möglichkeit genommen, durch eine Anzeige gem § 675I I 2 das weitere Entstehen eines Schadens – als Folge der unberechtigten Nutzung seines ZInstruments – zu verhindern. Der ZdLeister ist daher auch gem Art 248 § 4 I Nr 5a EGBGB verpflichtet, dem ZdNutzer im Rahmen der **vorvertraglichen Informationspflichten** anzugeben, in welcher Weise die Anzeigepflicht nach § 675I I 2 zu erfüllen ist. Diese Information schuldet der ZdLeister gem Art 248 § 3 EGBGB in Textform. Soweit ein **Einzelzahlungsvertrag** gem § 675f I vorliegt, ist der ZdLeister gem Art 248 § 13 I 2 EGBGB in gleicher Weise verpflichtet, die entspr Information gem Art 248 § 12 EGBGB in geeigneter Form zur Verfügung zu stellen.
- 32 **c) Handeln in betrügerischer Absicht. Vorbehalten** bleibt auch hier gem Abs V S 3, dass der Zahler in betrügerischer Absicht gehandelt hat (Rz. 18).
- 33 **d) Kausalitätserwägungen.** Durch die Anzeige nach § 675I I 2 ist die Kausalität zw der ursprünglichen Pflichtverletzung des Zahlers und dem Entstehen eines weiteren Schadens unterbrochen. In der Terminologie von Art 74 III ZdRL führt dies dazu, dass der Zahler **„keine finanziellen Folgen“** trägt, die aus der nachfolgenden missbräuchlichen Nutzung des ZInstruments resultieren. Ein Rückgriff auf Erwägungen, die sich auf die **haftungsausfüllende Kausalität** beziehen könnten (Vor § 249 Rz. 28), ist danach aus geschlossen. Das Gleiche gilt im Kontext von Abs V S 2. Allerdings ist der in Art 74 III – 2. Unterabs ZdRL angesprochene Zusammenhang aus der Perspektive des dt Rechts nicht ganz einsichtig (*Langenbucher* in L/B/S Rn 21 – zur aF von Art 64 III ZdRL I). Man wird die Bestimmung in Art 74 III UAbs 2 ZdRL so interpretieren müssen: Wenn der ZdLeister seine Pflicht zur **Sperrung** gem § 675m I 1 Nr 3 nicht erfüllt und daher auch nicht die entspr Voraussetzungen schafft, dann soll der Zahler „nicht für die finanziellen Folgen der Nutzung dieses ZInstruments“ einstehen. Folglich kommt es insoweit für etwaige Erwägungen der Kausalität nur darauf an, den Zeitpunkt festzustellen, in welchem der Zahler in der Lage gewesen wäre, seine Anzeigepflicht gem § 675I I 2 ordnungsgemäß zu erfüllen (vgl auch *Nobbe* in E/F/N Rn 120). Ob der Zahler überhaupt die Absicht hatte, eine Anzeige zu tätigen, ist irrelevant. Das **Nichteingreifen** der Haftungssanktion zum Nachteil des Zahlers knüpft ausschließlich an die Pflichtverletzung des ZdLeisters an, ohne dass weitere Erwägungen zur Kausalität oder zu einer alternativen Kausalität angebracht wären. Allein der Tatbestand einer dem ZdLeister zurechenbaren Pflichtverletzung iSv § 675m I 1 Nr 3 reicht aus (so in der Sache auch Pal/Sprau Rn 6). Aus alledem folgt auch, dass entgegenstehende AGB an § 307 II Nr 1 scheitern (Rz. 2; *Nobbe* in E/F/N Rn 121; *Langenbucher* in L/B/S Rn 21).
- 34 **9. Darlegungs- und Beweislast.** Hat der ZdLeister nachgewiesen, dass das ZInstrument gem § 675I I 1 dem Zahler zugegangen ist, in dem dieser daran gem § 446 Besitz ergriffen hat (für den Erhalt der personalisierten Sicherheitsmerkmale kommt es auf deren Zugang nach § 130 an), ist es im Rahmen von **Abs V** Sache des Zahlers, den Nachw zu führen, dass und zu welchem Zeitpunkt er die Anzeigepflicht gem § 675I I 2 erfüllt oder dass der ZdLeister seinerseits seine Pflicht nach § 675m I 1 Nr 3 nicht erfüllt hat. Ist

hingegen die Autorisierung eines ausgeführten ZVorgangs durch Verwendung eines ZInstruments **str**, gilt die **Sonderregel** von § 675w (§ 675w Rz. 3 ff.). Ist allein der ZVorgang **str**, greift § 676 ein (§ 676 Rz. 2).

© Verlag Dr. Otto Schmidt KG