

## CyLaw-Report V : „Sicherheit von ec-Karten“

### [Entscheidung des BGH vom 05.10.2004 – XI ZR 210/03](#)

Das FÖR<sup>1</sup> an der Technischen Universität Darmstadt (Prof. Dr. Viola Schmid, LL.M. (Harvard)) ist verantwortlich für das SicAri-Teilprojekt\* "Cyberlaw"<sup>2</sup>. Mit den CyLaw-Reports soll das rechtswissenschaftliche Diskursangebot L.O.S. (Legal Open Source), das bisher nur Rechtsquellen (SicAri-Cyberlaw) enthält, um Rechtsprechung ergänzt werden. Die CyLaw-Reports-Idee ist es, auch Nicht-Juristen an grundlegender und/oder aktueller Cyberlaw-Rechtsprechung und juristischer Methodik fokussiert teilhaben zu lassen. Fragestellungen, die spezielles juristisches Wissen voraussetzen werden mit dem Kürzel „FEX“ (Für Experten) gekennzeichnet. Hintergrundwissen wird unter der Überschrift „FÖR-Glossar“ ergänzt. Aus Gründen der Präsentationsstrategie wird zwischen „clear cases“, die eine relativ einfache rechtliche Prüfung erfordern, und „hard cases“, die eine vertiefte Diskussion erfordern, unterschieden. In keinem Falle ist mit den CyLaw-Reports die Übernahme von Haftung verbunden.

Die vorliegende Entscheidung des Bundesgerichtshof (BGH) bringt - nach jahrelanger juristischer Diskussion und divergierender Rechtsprechung verschiedener Gerichte – weiteren Aufschluss bei beweis- und haftungsrechtlichen Fragen von ec-Karten. Die besondere Bedeutung bargeldloser Zahlungsverfahren im Bereich von eCommerce, eGovernment etc. machen das Urteil des BGH zu einer für das Cyberlaw interessanten Entscheidung.

---

\* Die Arbeiten am CyLaw-Report werden im Rahmen des Projektes SicAri vom Bundesministerium für Bildung und Forschung gefördert.

## **Gliederung:**

A.	Haftung bei gestohlener ec-Karte - „Clear Case“ .....	3
I.	Sachverhalt .....	3
II.	Zahlungsanspruch der K gegen B .....	4
III.	Gegenansprüche der Bank? .....	5
1.	Aufwendungsersatzanspruch (§§ 670, 675 Abs. 1, 676 f BGB) .....	5
2.	Schadensersatzanspruch (§ 280 Abs. 1 BGB) .....	6
IV.	Ergebnis .....	6
B.	Sicherheit von ec-Karten – „Hard Case“ .....	7
I.	Sachverhalt .....	7
II.	Zahlungsanspruch der K gegen B .....	8
III.	Aufwendungsersatzanspruch der B gegen K als Gegenanspruch .....	8
IV.	Schadensersatzanspruch der B gegen K als Gegenanspruch .....	8
1.	Pflichtverletzung .....	8
a.	Pflichtverletzung durch Weitergabe der PIN oder Selbstabhebung .....	8
b.	Pflichtverletzung durch sorgfaltswidrige Aufbewahrung .....	9
c.	Pflichtverletzung durch Vermerken der PIN auf der ec-Karte .....	9
d.	Pflichtverletzung durch gemeinsame Aufbewahrung von PIN und ec-Karte .....	10
2.	Anscheinsbeweis für eine Pflichtverletzung? .....	10
a.	Begriff des Anscheinsbeweises .....	10
b.	Typischer Geschehensablauf .....	11
c.	Erschütterung des Anscheinsbeweises .....	14
3.	Verschulden .....	15
4.	Ergebnis .....	16
C.	Schlussfolgerungen .....	16

## A. Haftung bei gestohlener ec-Karte - „Clear Case“

### I. Sachverhalt

Verantwortlich für die Konzeption des folgenden Sachverhalts sind didaktische Erwägungen.

Die Kundin K hat bei der Bank B ein Girokonto. In diesem Rahmen verfügt K auch über eine ec-Karte. Zur Benutzung der ec-Karte wurde K von B eine persönliche Geheimzahl (Persönliche Identifikationsnummer – PIN) per Post mitgeteilt. K merkt sich die PIN und vernichtet den Zettel, auf dem diese vermerkt war.

Der hoch verschuldete Mitarbeiter M von B hat aber zuvor heimlich den Umschlag mit der PIN geöffnet, sich diese gemerkt, den Umschlag – in für andere nicht erkennbarer Weise - wieder verschlossen und ihn erst dann an K geschickt. Um nicht entdeckt zu werden, wartet M einige Monate ab und verkauft dann die PIN an einen unbekanntes Dieb D. D stiehlt der K bei der nächsten Gelegenheit die ec-Karte unbemerkt aus der Handtasche und hebt mit der Karte und der korrekten PIN sofort am nächsten Geldautomat 1.000 € ab.

B belastet das Girokonto der K mit den 1.000 €. K ist demgegenüber der Meinung, sie müsse nicht für den Fehlbetrag haften. Da D unbekannt ist und vom verschuldeten M auch keine Rückzahlung zu erwarten ist, verlangt K die Rückzahlung der 1.000 € von B.

K könnte einen Anspruch auf Zahlung von 1.000 € gegen B haben, weil es zu den Pflichten von B aus dem Girovertrag gehört, auf Anweisung von K Auszahlungen – hier 1.000 € an K - zu leisten (im folgenden „Anspruchsgrundlage“). Zu prüfen ist, ob B die bereits an D ausgezahlten 1.000 € gegenüber diesem Anspruch der K kontokorrentmäßig verrechnen kann (im folgenden „Gegenansprüche“).

## II. Zahlungsanspruch der K gegen B

K könnte aus dem „Girovertrag“ einen Anspruch gegen B auf Zahlung des Erlangten – also von 1.000 € - haben (§§ 667, 675 Abs. 1, 676f Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)).

### **§ 667 BGB [Herausgabepflicht]**

Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben.

### **§ 675 BGB [Entgeltliche Geschäftsbesorgung]**

(1) Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, finden, soweit in diesem Untertitel nichts Abweichendes bestimmt wird, die Vorschriften der §§ 663, 665 bis 670, 672 bis 674 und, wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschrift des § 671 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

(...)

### **§ 676f BGB [Vertragstypische Pflichten beim Girovertrag]**

Durch den Girovertrag wird das Kreditinstitut verpflichtet, für den Kunden ein Konto einzurichten, eingehende Zahlungen auf dem Konto gutzuschreiben und abgeschlossene Überweisungsverträge zu Lasten dieses Kontos abzuwickeln. Es hat dem Kunden eine weitergeleitete Angabe zur Person des Überweisenden und zum Verwendungszweck mitzuteilen.

Für eine Einordnung des Girovertrages als Geschäftsbesorgungsvertrag sprechen folgende Argumente:

- Das mit „Girovertrag“ überschriebene Kapitel des BGB ist Bestandteil des Untertitels „Geschäftsbesorgungsvertrag“.
- Die Normen über den Girovertrag (§§ 676 f - h) enthalten keine Anspruchsgrundlage für die Kundin K, weshalb es eines Rückgriffs auf Geschäftsbesorgungsvertragsrecht bedarf.
- Eine Geschäftsbesorgung ist jede selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen.<sup>3</sup> Eine Bank ist selbständig im wirtschaftlichen Bereich tätig. Im Rahmen eines Girovertrages nimmt sie fremde Vermögensinteressen wahr. Die Bank führt Überweisungen für die Kunden aus und schreibt Zahlungseingänge auf deren Konten gut. Der Girovertrag stellt also einen Geschäftsbesorgungsvertrag dar.

➤ Die Herausgabeverpflichtung aus § 667 BGB ist im Girovertragsverhältnis anwendbar (§ 675 Abs. 1 BGB), weil B verpflichtet ist, alles herauszugeben, was sie zur Ausführung erhält oder aus der Geschäftsführung erlangt (§ 667 BGB). Hierunter fallen alle Geldbeträge, die K selbst oder ein Dritter auf das Girokonto einzahlt oder überweist. B muss das eingezahlte oder überwiesene Geld an K herausgeben. Die von D vorgenommene Abhebung an einem Geldautomaten war dabei noch keine Herausgabe, wie sie § 667 BGB fordert, denn die Auszahlung erfolgte weder an K noch aufgrund ihrer Anweisung. K hat also grundsätzlich einen Anspruch gegen B auf Zahlung von 1.000 € (§§ 667, 675 Abs. 1, 676f BGB).<sup>4</sup>

### III. Gegenansprüche der Bank?

#### 1. Aufwendungsersatzanspruch (§§ 670, 675 Abs. 1, 676 f BGB)

B hat wegen der Zahlung an D keinen Aufwendungsersatzanspruch (§ 670, 675 Abs. 1, 676f in Verbindung mit § 676 h BGB) in Höhe von 1.000 €, der gegenüber der K geltend gemacht werden könnte.

#### **§ 670 BGB [Ersatz von Aufwendungen]**

Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber zum Ersatz verpflichtet.

Die Auszahlung der 1.000 € an den D stellt zwar eine Aufwendung der B dar.

§ 676h S. 1 BGB schließt aber den Aufwendungsersatzanspruch der Bank für Missbrauchsfälle aus.

#### **§ 676h BGB [Missbrauch von Zahlungskarten]**

Das Kreditinstitut kann Aufwendungsersatz für die Verwendung von Zahlungskarten oder von deren Daten nur verlangen, wenn diese nicht von einem Dritten missbräuchlich verwendet wurden. (...)

Die Bank, die die Ausgestaltung und Sicherheit des ec-Karten-Systems im Gegensatz zum Bankkunden beeinflussen und mitgestalten kann, trägt grundsätzlich das Missbrauchsrisiko. Im „Clear Case“-Szenario ist evident, dass es sich um einen Missbrauch handelt. B hat also keinen Aufwendungsersatzanspruch.

## 2. Schadensersatzanspruch (§ 280 Abs. 1 BGB)

Nach Auffassung des BGH könnte B – auch wenn ihr kein Aufwendungsersatzanspruch zusteht – ein Schadensersatzanspruch zustehen (§ 280 Abs. 1 BGB)<sup>5</sup>. Dieser ist nicht durch § 676h S. 1 BGB ausgeschlossen – setzt aber eine schuldhaft Verletzung vertraglicher Pflichten durch den Kunden voraus.

### § 280 BGB [Schadensersatz wegen Pflichtverletzung]

(1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.  
(...)

### § 276 BGB [Verantwortlichkeit des Schuldners]

(1) Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist. (...)  
(2) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.  
(...)

Demzufolge hat die Bank bei schuldhaftem Fehlverhalten des Kunden, das einen Missbrauch ermöglicht, einen Gegenanspruch und muss im Ergebnis nicht haften. Anhaltspunkte für eine Pflichtverletzung der K, die zu dem Missbrauch geführt oder ihn begünstigt haben könnte, sind nicht ersichtlich. Das bloße Mitnehmen der ec-Karte in der Handtasche kann nach Ansicht des BGH<sup>6</sup> – ohne das Hinzutreten weiterer Umstände - kein schuldhaftes Fehlverhalten darstellen, das eine Schadensersatzpflicht auslöst. Diese Rechtsprechung überzeugt, da die ec-Karte gerade dazu dient, mitgenommen zu werden, um sich vor dem Diebstahl von Bargeld zu schützen. Der Missbrauch wurde im Gegenteil durch eine Ursache aus der Sphäre der Bank – das Verhalten des M – ermöglicht.

## IV. Ergebnis

Da Gegenansprüche der B ausscheiden, hat K einen Anspruch auf Zahlung von 1.000 € gegen B (§§ 667, 675 Abs. 1, 676f BGB).

## B. Sicherheit von ec-Karten – „Hard Case“

### I. Sachverhalt

Der Sachverhalt entspricht dem Urteil des BGH vom 04.10.2004.<sup>7</sup>

Die Kundin K unterhält bei der Bank B ein Girokonto. Im November 1999 erhält K von B auch eine ec-Karte und die zugehörige PIN. Dabei weist B auf ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) hin. Diese enthalten folgende Regelungen:

*„Für Schäden, die vor der Verlustanzeige entstanden sind, haftet der Kontoinhaber, wenn sie auf einer schuldhaften Verletzung seiner Sorgfalts- und Mitwirkungspflichten beruhen. (...)*

*Die Sparkasse übernimmt auch die vom Kontoinhaber zu tragenden Schäden, die vor der Verlustanzeige entstanden sind, sofern der Karteninhaber seine Sorgfalts- und Mitwirkungspflichten (...) nicht grob fahrlässig verletzt hat.*

*Grobe Fahrlässigkeit des Karteninhabers liegt insbesondere vor, wenn*

- die persönliche Geheimzahl auf der ec-Karte vermerkt oder zusammen mit der ec-Karte verwahrt war (z.B. der Originalbrief, in dem die PIN dem Karteninhaber mitgeteilt wurde),*
- die persönliche Geheimzahl einer anderen Person mitgeteilt und der Missbrauch dadurch verursacht wurde, (...)*

Am 23.09.2000 zwischen 15.00 Uhr und 17.00 Uhr werden K auf einem Stadtfest ihr Portemonnaie und die darin befindliche ec-Karte gestohlen. Gegen 17.30 Uhr werden mit der ec-Karte der K je 500 DM an den Geldautomaten zweier Banken abgehoben, wobei jeweils ohne Fehlversuch sofort die richtige PIN eingegeben wird. Am Morgen des 24.09.2000 werden weitere 1.000 DM abgehoben, wiederum unter Verwendung der richtigen PIN ohne Fehlversuch. Am 25.09.2000 veranlasst K die Sperrung ihrer ec-Karte. B belastet das Girokonto der K mit den insgesamt abgehobenen 2.000 DM.

K verlangt von B die Rückzahlung des Geldes.

## II. Zahlungsanspruch der K gegen B

K hat zunächst einen Anspruch gegen B auf Zahlung von 2.000 DM (§§ 667, 675 Abs. 1, 676f BGB). Die auf dem Girokonto der K eingehenden Geldbeträge erlangt B nur in Ausführung der Vermögensgeschäfte der K. B muss das aus der Geschäftsführung Erlangte an K herausgeben (siehe oben unter A II)

## III. Aufwendungsersatzanspruch der B gegen K als Gegenanspruch

Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz (§§ 670, 675 Abs. 1, 676f BGB) gegen K steht B nicht zu. Das ergibt sich aus § 676h S. 1 BGB. Da die ec-Karte gestohlen wurde, handelte es sich um unbefugte Abhebungen, hinsichtlich derer § 676h BGB den Ersatz von Aufwendungen ausschließt.

## IV. Schadensersatzanspruch der B gegen K als Gegenanspruch

B könnte einen Schadensersatzanspruch gegen K in Höhe von 2.000 DM (§ 280 Abs. 1 BGB) haben.

### 1. Pflichtverletzung

K müsste eine Pflichtverletzung begangen haben. K könnte ihre Sorgfalts- und Mitwirkungspflichten verletzt haben.

#### a. Pflichtverletzung durch Weitergabe der PIN oder Selbstabhebung

Eine Pflichtverletzung der K könnte vorliegen, wenn K die PIN an Dritte weitergegeben hat oder wenn sie das Geld selbst abgehoben hat. B hat dies aber nicht bewiesen und nach Ansicht des BGH ergibt sich aus den Feststellungen der vorangegangenen Instanz, dass ein unbefugter Dritter die Abhebungen vorgenommen hat.

#### **BGH:**<sup>8</sup>

„Die Beklagte hat nicht bewiesen, daß die hier in Rede stehenden Geldabhebungen von der Klägerin selbst oder mit ihrem Einverständnis durch einen Dritten vorge-



nommen worden sind. Vielmehr ist das Berufungsgericht zu der Feststellung gelangt, daß die Geldabhebungen durch einen unbefugten Dritten, nämlich den Dieb oder einen Komplizen mit Hilfe der Original-ec-Karte, erfolgt sind.“

## **b. Pflichtverletzung durch sorgfaltswidrige Aufbewahrung**

K könnte durch eine unsachgemäße Aufbewahrung der ec-Karte eine Pflichtverletzung begangen haben. Die Aufbewahrung der ec-Karte im Portemonnaie könnte sorgfaltswidrig gewesen sein. Allerdings ist ungewiss, wie genau K das Portemonnaie und die ec-Karte zum Zeitpunkt des Diebstahls aufbewahrt hatte. Allein aus der Tatsache, dass K das Portemonnaie auf dem Stadtfest entwendet wurde, kann nach dem BGH noch kein Rückschluss darauf gezogen werden, dass K den Diebstahl irgendwie durch sorgfaltswidrigen Umgang mit der ec-Karte begünstigt hat.<sup>9</sup>

## **c. Pflichtverletzung durch Vermerken der PIN auf der ec-Karte**

Eine Pflichtverletzung der K könnte sich ergeben, wenn sie die PIN auf der ec-Karte vermerkt hatte. Ein solches Verhalten wäre eindeutig sorgfaltswidrig, wie sich auch aus den AGB von B ergibt. Allerdings ist unklar, ob K die PIN auf der ec-Karte vermerkt hatte.

K behauptet:

„Ihre persönliche Geheimzahl habe sie nirgendwo notiert, sondern ausschließlich als Telefonnummer in ihrem Mobiltelefon gespeichert gehabt. Dieses sei nicht gestohlen worden. Der Dieb müsse die persönliche Geheimzahl entschlüsselt haben oder Mängel des Sicherheitssystems der Beklagten zur Geheimhaltung des Institutsschlüssels ausgenutzt haben.“<sup>10</sup>

Nach dieser Darstellung der K läge keine Pflichtverletzung vor, da sie die PIN nicht auf der ec-Karte notiert hatte. Die Speicherung im Mobiltelefon kann keine Pflichtverletzung begründen, da das Notieren oder Speichern der PIN nicht grundsätzlich eine Pflichtverletzung darstellt. Nur die gemeinsame Verwahrung mit der ec-Karte wäre eine Pflichtverletzung.

## d. Pflichtverletzung durch gemeinsame Aufbewahrung von PIN und ec-Karte

K könnte durch die gemeinsame Aufbewahrung von PIN und ec-Karte eine Pflichtverletzung begangen haben. In der gemeinsamen Aufbewahrung wäre nach den AGB eine Pflichtverletzung zu sehen. K bestreitet aber eine gemeinsame Aufbewahrung von PIN und ec-Karte. Danach läge keine Pflichtverletzung vor.

## 2. Anscheinsbeweis für eine Pflichtverletzung?

### a. Begriff des Anscheinsbeweises

Das Verhalten der K ist für das Gericht nicht feststellbar. Die Vorgehensweise des Diebes, die ebenfalls darüber Aufschluss geben könnte, ob ein sorgfaltswidriges Verhalten der K ausgenutzt wurde, ist unbekannt. Da die Bank B einen Schadensersatzanspruch gegen K geltend macht, muss die Bank B als Anspruchstellerin ihren Anspruch vor Gericht beweisen. Dazu ist aber die Bank, die im Gegensatz zu K und dem Dieb an dem schädigenden Vorgang überhaupt nicht beteiligt war, am allerwenigsten in der Lage.<sup>11</sup> Zu Gunsten der Bank könnte ein Anscheinsbeweis in Betracht kommen. Grundlage eines Anscheinsbeweises ist ein typischer Geschehensablauf, der nach der allgemeinen Lebenserfahrung den Schluss auf eine bestimmte Ursache oder einen bestimmten Erfolg zulässt, da andere Möglichkeiten als fern liegend anzusehen sind.

#### **BGH:**<sup>12</sup>

„Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind die Grundsätze über den Beweis des ersten Anscheins nur bei typischen Geschehensabläufen anwendbar, d.h. in Fällen, in denen ein bestimmter Sachverhalt feststeht, der nach der allgemeinen Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache oder auf einen bestimmten Ablauf als maßgeblich für den Eintritt eines bestimmten Erfolges hinweist. Dabei bedeutet Typizität nicht, daß die Ursächlichkeit einer bestimmten Tatsache für einen bestimmten Erfolg bei allen Sachverhalten dieser Fallgruppe notwendig immer vorhanden ist; sie muß aber so häufig gegeben sein, dass die Wahrscheinlichkeit, einen solchen Fall vor sich zu haben, sehr groß ist.“

Die Beweiserleichterung liegt darin, dass das Gericht einen Anspruch zuspricht, ohne den tatsächlichen Ablauf des Geschehens zu kennen.<sup>13</sup>

## b. Typischer Geschehensablauf

Fraglich ist, ob sich aus der Tatsache, dass der Dieb die korrekte PIN ohne Fehlversuch zur Geldabhebung benutzte, der Rückschluss ziehen lässt, dass der Dieb die PIN – weil sie von K auf der ec-Karte vermerkt oder mit dieser zusammen verwahrt wurde – **durch das Verhalten der K erlangt hat**. Ob sich dieser Rückschluss ziehen lässt, ist anhand der möglichen Geschehensabläufe zu beurteilen. Ergeben sich danach für derartige Fälle keine sonstigen ernsthaft in Betracht kommenden Geschehensabläufe, liegt die für einen Anscheinbeweis erforderliche Typizität vor. K könnte eine Reihe von Einwänden vorbringen:

### ➤ Entschlüsseln der PIN

Der Täter könnte die PIN entschlüsselt haben. Auf dem Magnetstreifen einer ec-Karte sind Daten vorhanden, die zur Authentifizierung des Berechtigten dienen. Diese Daten sind sehr einfach mit einem Kartenlesegerät auslesbar. Der Täter könnte also auf mathematischem Wege die PIN herausgefunden haben. Nach Aussagen von Sachverständigen war dies zum Tatzeitpunkt unmöglich, jedenfalls nicht innerhalb von 2 ½ Stunden, die vorliegend höchstens zwischen Diebstahl und erster Abhebung vergangen sind. Die PIN kann nicht aus den auf der Karte enthaltenen Daten errechnet werden. Dazu ist der Institutsschlüssel der jeweiligen Bank nötig. Dieser 128-Bit-Schlüssel konnte nach den Aussagen des Sachverständigen zum damaligen Zeitpunkt - selbst bei größtem technischem und finanziellem Aufwand – nicht errechnet werden. Das verwendete Verschlüsselungsverfahren Triple-DES gilt – anders als das bis 1997 verwendete DES-Verfahren mit 56-Bit-Institutsschlüssel - als sicher. Insoweit kommt es auch nicht auf den technischen Fortschritt an, der auch das derzeitige Verfahren unsicher werden lassen könnte. Jedenfalls zum damaligen Zeitpunkt war das Verfahren – soweit ersichtlich – sicher. Nach Ansicht des BGH scheidet eine Entschlüsselung der PIN als möglicher Geschehensablauf aus.

## ➤ **Ausspähen der PIN**

Ein weiterer denkbarer Geschehensablauf könnte auch ein vorheriges Ausspähen der PIN durch den Täter sein. Dies ist in vielen Fällen einfach möglich, entweder durch Nutzung von Bankautomaten oder PIN-Eingabe-Terminals in Geschäften, die keinen Sichtschutz bieten, oder durch eigene Unvorsicht des Karteninhabers. Auch mit verdeckten Kameras arbeiten Täter. Ein Ausspähen ist zwar leicht möglich, K hat dies in der Entscheidung des BGH aber für ausgeschlossen gehalten.<sup>14</sup> Laut BGH ist ein Ausspähen jedenfalls nur dann als ernsthaft möglicher Geschehensablauf anzusehen, wenn ein näherer zeitlicher Zusammenhang zwischen dem Kartendiebstahl und einer Ausspähungsgelegenheit besteht:

### **BGH:**<sup>15</sup>

„Als ernsthafte Möglichkeit einer Schadensursache, die den Beweis des ersten Anscheins für eine grob fahrlässige gemeinsame Verwahrung von ec-Karte und PIN durch den Karteninhaber bei Eingabe der zutreffenden PIN durch einen unbefugten Dritten entfallen läßt, kommt ein Ausspähen der PIN aber nur dann in Betracht, wenn die ec-Karte in einem näheren zeitlichen Zusammenhang mit der Eingabe der PIN durch den Karteninhaber entwendet worden ist. Durch Ausspähen erlangt der Täter zunächst nur Kenntnis von der PIN, gelangt aber nicht in den Besitz der ec-Karte. Da er den Karteninhaber regelmäßig nicht persönlich kennt, muß er die ec-Karte alsbald nach dem Ausspähen der PIN entwenden.“

## ➤ **Erraten der PIN**

Auch ein Erraten der PIN kommt mit dem neuen PIN-Verfahren nicht mehr ernsthaft als Geschehensablauf in Betracht. Während mit dem alten Verfahren die Wahrscheinlichkeit, die PIN zu erraten, unter Umständen auf 1:150 sinken konnte, ist dies mit dem aktuellen Verfahren nicht möglich.<sup>16</sup> Bei einer vierstelligen PIN ergeben sich 10.000 mögliche Kombinationen. Da die PIN „0000“ nicht vergeben wird und jeweils drei Versuche zur Eingabe der PIN freistehen, besteht eine theoretische Wahrscheinlichkeit von 1:3.333, die PIN zu erraten. Da das genaue Verfahren von den Banken nicht offen gelegt wird, ist unklar, ob die theoretische Wahrscheinlichkeit auch höher liegen kann.

Der BGH ist in seiner Entscheidung auf diese Möglichkeit nicht näher eingegangen. Der Geschehensablauf des Erratens der PIN könnte aber im Hinblick auf

die – auf die Masse der Fälle bezogen - geringe Wahrscheinlichkeit als atypisches Geschehen angesehen werden.

## ➤ „Innentäterattacke“ und Substantiierungspflicht der Bank

In Betracht kommen auch „Innentäterattacken“, das heißt Angriffe von Bankmitarbeitern gegen den Institutsschlüssel. Die Sicherheit des Verschlüsselungsverfahrens zur Generierung der PIN und Authentifizierung des Berechtigten hängt neben der Sicherheit des verwendeten mathematischen Verfahrens maßgeblich von der organisatorischen Sicherheit ab. Der BGH hat insoweit die Ausführungen des Sachverständigen in der vorangegangenen Instanz für ausreichend erachtet, zumal es keinerlei konkrete Hinweise auf eine solche Innentäterattacke (etwa eine Häufung der Diebstähle von ec-Karten einer bestimmten Bank) gab. Der BGH hat dabei erkannt, dass der nicht in die internen Abläufe der Bank eingeweihte Karteninhaber oftmals Schwierigkeiten haben wird, Sicherheitslücken aufzudecken. Der BGH fordert von der Bank, dass sie über interne Abläufe Auskunft geben muss:

### **BGH:** <sup>17</sup>

„Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur sekundären Darlegungslast kann es Sache einer nicht primär darlegungs- und beweispflichtigen Partei sein, sich im Rahmen der ihr nach § 138 Abs. 2 ZPO obliegenden Erklärungspflicht zu den Behauptungen der beweispflichtigen Partei konkret zu äußern, wenn diese außerhalb des von ihr vorzutragenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, ihr Prozeßgegner aber die wesentlichen Umstände kennt und es ihm zumutbar ist, dazu nähere Angaben zu machen. Das gilt auch für das kartenausgebende Kreditinstitut hinsichtlich der von ihm - im Rahmen des Zumutbaren und gegebenenfalls in verallgemeinernder Weise - darzulegenden Sicherheitsvorkehrungen. Dadurch wird der Karteninhaber in die Lage versetzt, Beweis für von ihm vermutete Sicherheitsmängel antreten zu können. Das Kreditinstitut wird zudem aus dem mit dem Karteninhaber bestehenden Girovertrag regelmäßig als verpflichtet anzusehen sein, sämtliche in seinem Besitz befindlichen technischen Aufzeichnungen, die die streitigen oder vorangegangene Auszahlungsvorgänge betreffen oder hierüber Aufschluß geben können, bis zur Klärung der Angelegenheit aufzuheben und dem Kontoinhaber gegebenenfalls auch zugänglich zu machen.“

Die Bank kann aber nach Ansicht des BGH nicht auf Grund von jeder entfernten, rein theoretischen Möglichkeit einer Sicherheitslücke zur Auskunft verpflichtet

werden. K hätte ihre Behauptung anhand irgendwelcher Anhaltspunkte näher darlegen müssen. Ansonsten könnte der Karteninhaber ja immer „ins Blaue hinein“ Sicherheitsmängel behaupten und so die Bank zur Offenbarung des Systems zwingen, um dann erst nach einer Schwachstelle darin zu suchen.

Eine Innentäterattacke scheidet hier als anderer Geschehensablauf aus.

## ➤ **Bekanntheit des Institutsschlüssels**

Auch eine Bekanntheit des Institutsschlüssels in kriminellen Kreisen, etwa auf Grund einer Innentäterattacke, ist nach Ansicht des BGH, mangels irgendwelcher Anhaltspunkte hierfür, kein denkbarer abweichender Geschehensablauf.

## ➤ **Ergebnis**

Der BGH kommt daher zu dem Ergebnis, dass ein typischer Geschehensablauf gegeben ist, dergestalt, dass die Kenntnis des Täters von der PIN typischerweise auf dem Vermerk der PIN auf der Karte oder einer gemeinsamen Aufbewahrung beruht.

### **BGH:** <sup>18</sup>

„Die Grundsätze über den Anscheinsbeweis sind entgegen der Auffassung der Revision nicht deshalb unanwendbar, weil es mehrere theoretische und praktische Möglichkeiten der Kenntniserlangung von der persönlichen Geheimzahl durch einen Dritten gibt. Zu Recht ist das Berufungsgericht vielmehr zu dem Ergebnis gelangt, daß die hier in Rede stehenden Bargeldabhebungen mit Hilfe der Original-ec-Karte und richtiger PIN durch einen unbefugten Dritten anders als durch ein grob fahrlässiges Verhalten der Klägerin nicht zu erklären seien, weil andere Ursachen zwar theoretisch möglich seien, bei wertender Betrachtung aber außerhalb der Lebenserfahrung lägen.“

## **c. Erschütterung des Anscheinsbeweises**

K könnte den Anscheinsbeweis erschüttern und damit entkräften:

### **BGH:** <sup>19</sup>

„Spricht ein Anscheinsbeweis für einen bestimmten Ursachenverlauf, kann der Inanspruchgenommene diesen entkräften, indem er Tatsachen darlegt und gegebenenfalls beweist, die die ernsthafte, ebenfalls in Betracht kommende Möglichkeit einer anderen Ursache nahelegen. Der Anscheinsbeweis kann auch erschüttert werden, wenn unstreitig oder vom Inanspruchgenommenen bewiesen ist, daß ein schädigendes Ereignis durch zwei verschiedene Ursachen mit jeweils typischen Geschehensabläufen herbeigeführt worden sein kann und jede für sich allein den Schaden verursacht haben kann; haftet der Inanspruchgenommene in einem solchen Fall nur

für eine der möglichen Ursachen, sind die Regeln über den Anscheinsbeweis nicht anwendbar. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die eine oder andere Verursachungsmöglichkeit nach den Erfahrungen des täglichen Lebens die wahrscheinlichere ist.“

Diese Erschütterung des Beweises des ersten Anscheins ist K aber nicht gelungen.

Die von ihr behaupteten Geschehensabläufe

- Entschlüsselung der PIN,
- Ausspähen der PIN,
- Erraten der PIN,
- Innentäterattacke oder
- Bekanntheit des Institutsschlüssels

waren nach Ansicht des BGH entweder nicht oder so pauschal nicht geeignet, einen anderen Geschehensablauf als so ernsthaft möglich erscheinen zu lassen, dass der Anscheinsbeweis entkräftet wird.

### 3. Verschulden

K müsste schuldhaft gehandelt haben. K haftet nach den AGB der B nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Beide typischen Geschehensabläufe – das Notieren der PIN auf der ec-Karte wie die gemeinsame Aufbewahrung von beidem – müssten als grob fahrlässig anzusehen sein. In der Kommentarliteratur:

„Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die verkehrserforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt wird. Das ist der Fall, wenn schon einfachste, ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt werden und das nicht beachtet wird, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen.“<sup>20</sup>

Die AGB der B stufen beide Verhaltensweisen als grob fahrlässig ein. Auch der BGH nimmt grobe Fahrlässigkeit an:

**BGH:**<sup>21</sup>

„Das Vermerken der persönlichen Geheimzahl auf der ec-Karte oder ihre Verwahrung zusammen mit dieser stellt - wovon auch Nr. A. III. 2.4 der Bedingungen für die Verwendung der ec-Karte ausgeht – eine grobe Fahrlässigkeit des Karteninhabers dar; dabei trägt die Bewertung dieser Handlungsweisen als grob fahrlässig dem Umstand Rechnung, daß dadurch der besondere Schutz, den die für Abhebungen neben der ec-Karte zusätzlich benötigte Geheimnummer bietet, aufgehoben wird, weil

ein Unbefugter, dem ec-Karte und Geheimnummer gemeinsam in die Hände fallen, ohne weiteres Abhebungen vornehmen kann.“

#### 4. Ergebnis

B hat daher einen Schadensersatzanspruch gegen K in Höhe von 2.000 DM wegen Verletzung von Sorgfaltspflichten (§ 280 Abs. 1 BGB). Diesen Anspruch durfte B in das Kontokorrent des Girokontos der K einstellen und das Konto entsprechend belasten.<sup>22</sup>

K hat keinen Anspruch gegen B auf Rückzahlung dieser 2.000 DM.

#### C. Schlussfolgerungen

- Wird bei der Verwendung einer gestohlenen ec-Karte vom Täter die korrekte PIN ohne Fehlversuch eingegeben, spricht ein Anscheinsbeweis dafür, dass der Karteninhaber entweder die PIN auf der ec-Karte notiert hatte oder die PIN mit der ec-Karte gemeinsam aufbewahrt hat.
- Ein Ausspähen der PIN kommt nur dann als möglicher anderer Geschehensablauf ernsthaft in Betracht, wenn der Diebstahl der ec-Karte in einem näheren zeitlichen Zusammenhang mit einer PIN-Eingabe steht.
- Das ec-Karten-Verfahren ist hinsichtlich der zur Generierung der PIN und zur Authentifizierung des Berechtigten verwendeten kryptographischen Verfahrens als sicher anzusehen.
- Um den Anscheinsbeweis wegen sonstiger organisatorischer Sicherheitsmängel des ec-Karten-Systems zu erschüttern, muss der Karteninhaber konkret darlegen, worin diese Sicherheitsmängel bestehen sollen. Die Bank ist dann im Rahmen der so genannten sekundären Darlegungslast verpflichtet, ihre Sicherheitsvorkehrungen offen zu legen.



<sup>1</sup> Informationen zu FÖR (Fachgebiet Öffentliches Recht) finden Sie unter <http://www.bwl.tu-darmstadt.de/jus4/?FG=jus>.

<sup>2</sup> Cyberlaw (in einer öffentlich-rechtlichen Betrachtung) ist ein Oberbegriff für Medien-, Telekommunikations-, Computer-, Internet-, Informations-, Datensicherheits- und Datenschutzrechte, die sich mit den Themen des Cyberspace und der Cyberworld befassen.

<sup>3</sup> Palandt-Sprau, BGB, 65. Auflage 2005, § 675 Rn. 2 ff.

<sup>4</sup> FEX: Der Zahlungsanspruch von K gegen B ergibt sich – falls ein Guthaben auf dem Girokonto vorhanden war – auch aus §§ 700 Abs. 1, 488 Abs. 1 BGB.

## **§ 700 BGB [Unregelmäßiger Verwahrungsvertrag]**

(1) Werden vertretbare Sachen in der Art hinterlegt, dass das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so finden bei Geld die Vorschriften über den Darlehensvertrag, bei anderen Sachen die Vorschriften über den Sachdarlehensvertrag Anwendung. Gestattet der Hinterleger dem Verwahrer, hinterlegte vertretbare Sachen zu verbrauchen, so finden bei Geld die Vorschriften über den Darlehensvertrag, bei anderen Sachen die Vorschriften über den Sachdarlehensvertrag von dem Zeitpunkt an Anwendung, in welchem der Verwahrer sich die Sachen aneignet. In beiden Fällen bestimmen sich jedoch Zeit und Ort der Rückgabe im Zweifel nach den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag.

(...)

## **§ 488 BGB [Vertragstypische Pflichten beim Darlehensvertrag]**

(1) Durch den Darlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen. Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, einen geschuldeten Zins zu zahlen und bei Fälligkeit das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuerstatten.

(...)

Bei einem Guthaben liegt neben dem Girovertrag auch zugleich eine Verwahrung vor, auf die die Regelungen über das Darlehen Anwendung finden. Dabei entspricht der hier zitierte § 488 Abs. 1 BGB dem früheren § 607 BGB, den der BGH in seiner Entscheidung nennt.

<sup>5</sup> Der BGH nennt in seinem Urteil als Anspruchsgrundlage nicht § 280 Abs. 1 BGB, sondern einen Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung, was inhaltlich identisch ist. § 280 Abs. 1 BGB ist aber nach heutiger Rechtslage die richtige Anspruchsgrundlage. Da dadurch keine inhaltlichen Abweichungen entstehen, soll hier die heute geltende Rechtslage dargestellt werden.

FEX: Der vom BGH entschiedene Fall geschah im Jahr 2000. Damit war das vor der Schuldrechtsreform geltende Recht anzuwenden. Mit der Schuldrechtsreform, die am 01.01.2002 in Kraft getreten ist, wurde § 280 BGB neu geschaffen. Dieser regelt jetzt die Sachverhalte, die zuvor von der positiven Vertragsverletzung (pVV), einem im Wege richterlicher Rechtsfortbildung geschaffenen Rechtsinstitut, erfasst wurden.

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 04.10.2004, Az.: XI ZR 210/03, S. 9 f.

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 04.10.2004, Az.: XI ZR 210/03.

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 04.10.2004, Az.: XI ZR 210/03, S. 6.

<sup>9</sup> Dies hat die vorherige Instanz, das LG Duisburg, noch anders beurteilt. Nach dem LG Duisburg besteht ein allgemeiner Erfahrungssatz, dass eine Person, der auf einem Straßenfest das Portemonnaie mit ec-Karte gestohlen wird, diesen Diebstahl grob fahrlässig ermöglicht hat: LG Duisburg, Urteil vom 08.05.2003, Az.: 5 S 63/02, Rn. 8.

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 04.10.2004, Az.: XI ZR 210/03, S. 3 f.

<sup>11</sup> Die Beweisnot einer Prozesspartei war einer der Gründe für die Entwicklung des Anscheinsbeweises, sie ist aber keine Voraussetzung seiner Anwendbarkeit.

<sup>12</sup> BGH, Urteil vom 04.10.2004, Az.: XI ZR 210/03, S. 8.

<sup>13</sup> FEX: Bekanntestes Beispiel des Anscheinbeweises ist der Auffahrunfall (siehe dazu Zöller/Greger, ZPO, 24. Auflage, Vor § 284Rn. 30a) Jeder Autofahrer kennt wohl den Satz „Wer auffährt, ist schuld“. Tatsächlich handelt es sich um einen Anscheinbeweis. Dieser lautet korrekt formuliert: Wer einem anderen auffährt, hat entweder nicht den erforderlichen Sicherheitsabstand eingehalten oder ist zu schnell gefahren. Von der Folge Auffahrunfall wird auf mögliche ursächliche Geschehensabläufe ge-

geschlossen. In beiden Fällen liegt ein Verschulden des hinteren Autofahrers vor. Natürlich sind auch ausnahmsweise andere Ursachen denkbar. Die müsste der hintere Fahrer dann darlegen, um den Anscheinsbeweis zu erschüttern. Dies zeigt, dass der Anscheinsbeweis gerade keine Gewissheit, sondern nur eine nach der Lebenserfahrung überwiegende Wahrscheinlichkeit verlangt.

<sup>14</sup> BGH, Urteil vom 04.10.2004, Az.: XI ZR 210/03, S. 14.

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 04.10.2004, Az.: XI ZR 210/03, S. 14.

<sup>16</sup> M. Pausch: „Risikobetrachtung des elektronischen Zahlungsverkehrs mit ec-Karten und Kreditkarten“, CR 2004, 308 (310).

<sup>17</sup> BGH, Urteil vom 04.10.2004, Az.: XI ZR 210/03, S. 17 f.

<sup>18</sup> BGH, Urteil vom 04.10.2004, Az.: XI ZR 210/03, S. 11 f.

<sup>19</sup> BGH, Urteil vom 04.10.2004, Az.: XI ZR 210/03, S. 8 f.

<sup>20</sup> Palandt-Heinrichs, § 277, Rn. 5.

<sup>21</sup> BGH, Urteil vom 04.10.2004, Az.: XI ZR 210/03, S. 7.

<sup>22</sup> BGH, Urteil vom 04.10.2004, Az.: XI ZR 210/03, S. 7.