

BGH Urteil vom 5.10.2004, XI ZR 210/03 – Anscheinsbeweis bei Verwendung von ec-Karte mit PIN



Fundstelle: BGHReport 2005, 29 = ITRB 2005, 51 (*Günther*) = JA 2005, 161 (*Timme*) = JurPC Web-Dok 285/2004 = MDR 2005, 159 = NJW 2004, 3623

1. Wird zeitnah nach dem Diebstahl einer ec-Karte unter Verwendung dieser Karte und Eingabe der richtigen persönlichen Geheimzahl (PIN) an Geldausgabeautomaten Bargeld abgehoben, spricht grundsätzlich der Beweis des ersten Anscheins dafür, daß der Karteninhaber die PIN auf der ec-Karte notiert oder gemeinsam mit dieser verwahrt hat, wenn andere Ursachen für den Mißbrauch nach der Lebenserfahrung außer Betracht bleiben.

2. Die Möglichkeit eines Ausspähens der persönlichen Geheimzahl (PIN) durch einen unbekanntem Dritten kommt als andere Ursache grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn die ec-Karte in einem näheren zeitlichen Zusammenhang mit der Eingabe der PIN durch den Karteninhaber an einem Geldausgabeautomaten oder einem POS-Terminal entwendet worden ist.

(Amtliche Leitsätze)

in dem Rechtsstreit ... hat der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes auf die mündliche Verhandlung vom 5. Oktober 2004 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe und die Richter Dr. Müller, Dr. Wassermann, Dr. Appl und Dr. Ellenberger für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Duisburg vom 8. Mai 2003 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt die Auszahlung von Geldbeträgen, die nach Abhebungen an Geldausgabeautomaten von der beklagten Sparkasse ihrem Girokonto belastet worden sind.

Die Klägerin unterhielt bei der Beklagten ein Girokonto. Für dieses erteilte die Beklagte der Klägerin im November 1999 eine ec-Karte und eine persönliche Geheimnummer (PIN). Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten für die Verwendung der ec-Karte enthielten unter anderem 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, ..."

Mit der ec-Karte der Klägerin wurden an Geldausgabeautomaten zweier anderer Sparkassen ohne Fehlversuch unter Eingabe der richtigen PIN am 23. September 2000 gegen 17.30 Uhr zweimal 500 DM und am Morgen des folgenden Tages 1.000 DM abgehoben. Am 25. September 2000 veranlaßte die Klägerin die Sperrung ihrer ec-Karte. Die Beklagte belastete das Girokonto der Klägerin mit den abgehobenen Beträgen.

Die Klägerin macht geltend, ihr seien am 23. September 2000 zwischen 15.00 Uhr und 17.00 Uhr auf einem Stadtfest ihr Portemonnaie und die darin befindliche ec-Karte entwendet worden. 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 oder Mängel des Sicherheitssystems der Beklagten zur Geheimhaltung des Institutsschlüssels ausgenutzt haben.

Das Amtsgericht hat der auf Zahlung von 2.000 DM nebst Zinsen gerichteten Klage stattgegeben, das Landgericht hat sie abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

I.

Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen wie folgt begründet:

Die Klage sei unbegründet. Die Beklagte habe das Girokonto der Klägerin zu Recht mit 2.000 DM belastet. Die Klägerin sei ihr wegen positiver Verletzung des Girovertrages in dieser Höhe zum Schadensersatz verpflichtet. Zugunsten der Beklagten spreche der Beweis des ersten Anscheins, daß die Klägerin ihre Sorgfaltspflichten zur Aufbewahrung der ec-Karte oder zur Geheimhaltung der persönlichen Geheimzahl grob fahrlässig verletzt habe. Insbesondere komme in Betracht, daß sie die persönliche Geheimzahl auf der ec-Karte vermerkt oder zusammen mit der ec-Karte verwahrt habe. Anders als durch ein grob fahrlässiges Verhalten der Klägerin seien die drei Barabhebungen an Geldautomaten durch einen unbefugten Dritten (den Dieb oder einen Komplizen) jeweils ohne jeglichen Fehlversuch bei der Eingabe der PIN nach der Lebenserfahrung nicht zu erklären.

Die PIN der Klägerin und der 128-BIT-Schlüssel des PIN-Systems der von der Beklagten

im November 1999 an die Klägerin ausgegebenen ec-Karte hätten am 23. September 2000 nicht entschlüsselt werden können. Nach dem eingeholten Sachverständigengutachten sei es mathematisch ausgeschlossen, die PIN einzelner Karten mit Hilfe von auf ihnen gefundenen Informationen ohne die vorherige Erlangung des Institutsschlüssels zu errechnen; es sei auch mit größtmöglichem finanziellen Einsatz nicht möglich, einen Rechner zu bauen, der eine solche Berechnung des Institutsschlüssels erlaube. Die von dem Sachverständigen erwogenen anderen theoretischen Möglichkeiten, wie ein Täter ohne grob sorgfaltswidriges Verhalten der Klägerin an die PIN ihrer ec-Karte gekommen sein könnte, schlossen weder einen Anscheinsbeweis zu Lasten der Klägerin aus noch könnten sie hier diesen Anschein erschüttern. Denn sämtliche theoretische Möglichkeiten kämen entweder im allgemeinen oder im konkreten Fall ernsthaft nicht in Betracht. Ersteres gelte für sogenannte "Innentäterattacken", d.h. für Angriffe von Mitarbeitern des Kreditinstituts gegen den Institutsschlüssel, für Angriffe gegen die im Rechenzentrum des Kreditinstituts im Umfeld der Transaktions- Autorisierung ablaufende Software oder unbeabsichtigte Sicherheitslücken dieser Software, die eine Geldabhebung auch ohne zutreffende PIN erlauben oder einem Innentäter Angriffsmöglichkeiten bieten könnten. Nach den Ausführungen des Sachverständigen gebe es keine Hinweise dafür, daß solche Möglichkeiten jemals konkret für kriminelle Handlungen entdeckt und ausgenutzt worden seien. Schließlich lägen im konkreten Fall auch keine Anhaltspunkte dafür vor, daß der Täter die PIN der Klägerin ausgespäht habe.

II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung im Ergebnis stand.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch gemäß §§ 667, 675 Abs. 1, § 676 f BGB oder §§ 700 Abs. 1, 607 BGB a.F. auf Auszahlung der von einem Dritten unberechtigt abgehobenen 2.000 DM. Die Beklagte hat das Konto der Klägerin zu Recht mit den am 23. und 24. September 2000 an Geldausgabeautomaten erfolgten Barabhebungen in Höhe von insgesamt 2.000 DM belastet.

1. Die Beklagte hat zwar nach dem - hier gemäß Art. 229 § 2 Abs. 1 EGBGB bereits anwendbaren - § 676 h Satz 1 BGB keinen Aufwendungsersatzanspruch gemäß §§ 670, 675 Abs. 1, § 676 f BGB gegen die Klägerin. Die Beklagte hat nicht bewiesen, daß die hier in Rede stehenden Geldabhebungen von der Klägerin selbst oder mit ihrem Einverständnis durch einen Dritten vorgenommen 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. Das wird auch von der Revisionserwiderung nicht in Zweifel gezogen.

2. Der Beklagten steht aber gegen die Klägerin ein Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung zu, den sie in das Kontokorrent einstellen (vgl. BGHZ 84, 371, 376) und mit dem sie das Girokonto der Klägerin belasten durfte. Die Klägerin haftet für die durch die mißbräuchliche Verwendung ihrer ec-Karte entstandenen Schäden, weil diese auf einer grob fahrlässigen Verletzung der Sorgfalts- und Mitwirkungspflichten der Klägerin beruhen. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zutreffend angenommen, zugunsten der hierfür beweispflichtigen Beklagten spreche der Beweis des ersten Anscheins, daß die Klägerin ihre Pflicht zur Geheimhaltung der persönlichen Geheimzahl verletzt hat, indem sie diese auf der ec-Karte vermerkt oder zusammen mit der ec- Karte verwahrt hat.

a) 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 (BGHZ 145, 337, 340 f.).

b) Zu Recht ist das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, der Beweis des ersten Anscheins spreche dafür, daß die Klägerin die persönliche Geheimzahl auf ihrer ec-Karte vermerkt oder sie zusammen mit dieser verwahrt habe. Diesen Beweis des ersten Anscheins hat die Klägerin nicht erschüttert.

aa) Die Frage, ob ein Anscheinsbeweis eingreift, unterliegt der Prüfung durch das Revisionsgericht (BGHZ 100, 31, 33; BGH, Urteil vom 17. Februar 1988 - IVa ZR 277/86, NJW-RR 1988, 789, 790). 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 (BGHZ 100, 31, 33; BGH, Urteile vom 23. Januar 1997 - I ZR 29/94, WM 1997, 1493, 1496 und vom 4. Dezember 2000 - II ZR 293/99, NJW 2001, 1140, 1141). 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 (BGH, Urteil vom 6. März 1991 - IV ZR 82/90, VersR 1991, 460, 462).

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 (BGH, Urteile vom 3. Juli 1990 - VI ZR 239/89, NJW 1991, 230, 231 m.w.Nachw. und vom 17. Januar 1995 - X ZR 82/93, VersR 1995, 723, 724). 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 (BGHZ 24, 308, 313; BGH, Urteile vom 20. Juni 1978 - VI ZR 15/77, NJW 1978, 2032, 2033 und vom 17. Januar 1995 - X ZR 82/93, VersR 1995, 723, 724). Dabei kommt es nicht darauf an, ob die eine oder andere Verursachungsmöglichkeit nach den Erfahrungen des täglichen Lebens die wahrscheinlichere ist (BGHZ 24, 308, 313; BGH, Urteil vom 17. Februar 1988 - IVa ZR 277/86, NJW-RR 1988, 789, 790 m.w.Nachw.).

bb) Nach diesen Maßstäben greift im Ergebnis der Beweis des ersten Anscheins zu Lasten der Klägerin ein, daß sie ihre persönliche Geheimzahl entweder auf ihrer ec-Karte notiert oder sie gemeinsam mit dieser aufbewahrt hat.

(1) Das Berufungsurteil ist allerdings rechtsfehlerhaft, soweit das Berufungsgericht einen Beweis des ersten Anscheins unter anderem dafür angenommen hat, daß die Klägerin ihre Sorgfaltspflichten zur Aufbewahrung der ec-Karte grob fahrlässig verletzt habe. Es besteht kein allgemeiner Erfahrungssatz des Inhalts, daß eine Person, der bei einem Straßenfest das Portemonnaie mit der darin befindlichen ec-Karte entwendet wird, diesen Diebstahl in grob fahrlässiger Weise ermöglicht hat. Feststellungen zur Art und Weise der Aufbewahrung

von Portemonnaie nebst ec-Karte seitens der Klägerin hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Es kann deshalb nicht ausgeschlossen werden, daß die Aufbewahrung des Portemonnaie durch die Klägerin nicht sorgfaltswidrig war oder den Diebstahl in nur leicht fahrlässiger Weise ermöglicht hat.

(2) Der Senat hat bisher offengelassen, ob in Fällen, in denen an Geldausgabeautomaten unter Verwendung der zutreffenden Geheimzahl Geld abgehoben wurde, der Beweis des ersten Anscheins dafür spricht, daß entweder der Kartenbesitzer als rechtmäßiger Kontoinhaber die Abhebungen selbst vorgenommen hat oder - was hier nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts allein in Betracht kommt - daß ein Dritter nach der Entwendung der ec-Karte von der Geheimnummer nur wegen ihrer Verwahrung gemeinsam mit der ec-Karte Kenntnis erlangen konnte (BGHZ 145, 337, 342). In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur wird ein entsprechender Beweis des ersten Anscheins zu Lasten des Kontoinhabers überwiegend angenommen (OLG Frankfurt - 8. Zivilsenat - WM 2002, 2101, 2102 f.; OLG Stuttgart WM 2003, 125, 126 f.; LG Hannover WM 1998, 1123 f.; LG Stuttgart WM 1999, 1934 f.; LG Frankfurt am Main WM 1999, 1930, 1932 f.; LG Darmstadt WM 2000, 911, 913 f.; LG Köln WM 2001, 852, 853; LG Berlin - 52. Zivilkammer - WM 2003, 128, 129; AG Diepholz WM 1995, 1919, 1920; AG Hannover WM 1997, 1207, 1208 f.; AG Wuppertal WM 1997, 1209; AG Charlottenburg WM 1997, 2082; AG Dinslaken WM 1998, 1126; AG Osnabrück WM 1998, 1127, 1128; AG Frankfurt am Main NJW 1998, 687 f. und BKR 2003, 514, 516; AG Flensburg VuR 2000, 131 f.; AG Hohenschönhausen WM 2002, 1057, 1058 f.; AG Regensburg WM 2002, 2105, 2106 f.; AG Nürnberg WM 2003, 531, 532 f.; AG Charlottenburg WM 2003, 1174, 1175; Werner WM 1997, 1516; Aepfelbach/Cimiotti WM 1998, 1218; Gößmann WM 1998, 1264, 1269; Palandt/Sprau, BGB 63. Aufl. § 676 h Rdn. 13; Musielak/Foerste, ZPO 3. Aufl. § 286 Rdn. 26), von einem erheblichen Teil aber verneint (OLG Hamm WM 1997, 1203, 1206 f.; OLG Frankfurt - 7. Zivilsenat - WM 2001, 1898; OLG Frankfurt - 24. Zivilsenat - WM 2002, 1055, 1056 f.; LG Berlin - 51. Zivilkammer - WM 1999, 1920; LG Dortmund CR 1999, 556, 557; LG Mönchengladbach VuR 2001, 17, 18; LG Osnabrück WM 2003, 1951, 1953; AG Buchen VuR 1998, 42 f.; AG Hamburg VuR 1999, 88, 89 f.; AG Berlin-Mitte VuR 1999, 201, 202 f. und EWiR 2003, 891; AG Frankfurt am Main WM 1999, 1922, 1924 ff.; AG München NJW-RR 2001, 1056, 1057; AG Dortmund BKR 2003, 912, 913; AG Essen BKR 2003, 514; Pausch CR 1997, 174; Strube WM 1998, 1210, 1212 ff.; Zöller/Greger, ZPO 24. Aufl. vor § 284 Rdn. 31). Dabei betrifft der überwiegende Teil der veröffentlichten Entscheidungen und Literaturstimmen allerdings das ab Ende 1997 abgelöste alte Verfahren zur Erzeugung und Verifizierung der persönlichen Geheimzahl mit Hilfe eines geheimen Instituts- oder Poolschlüssels in einer Breite von 56 BIT und ist daher für die Beurteilung der Sicherheit der ab diesem Zeitpunkt eingeführten neuen Verschlüsselungsverfahren nur sehr eingeschränkt aussagekräftig.

(3) Mit dem Berufungsgericht ist der Senat der Auffassung, daß in einem Fall der hier vorliegenden Art der Beweis des ersten Anscheins für ein grob fahrlässiges Verhalten des Karteninhabers im Zusammenhang mit der Geheimhaltung seiner persönlichen Geheimzahl spricht.

(a) 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.

(b) Gegen die Anwendbarkeit der Grundsätze über den Anscheinsbeweis vermag die Revision auch nicht anzuführen, ein Erfahrungssatz, daß die persönliche Geheimzahl auf der Karte notiert oder gemeinsam mit dieser verwahrt würde, sei nicht empirisch belegt. Empirischer Befunde bedarf es für die Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises nicht. Dieser setzt lediglich voraus, daß ein Sachverhalt feststeht, bei dem der behauptete ursächliche Zusammenhang typischerweise gegeben ist, beruht also auf der Auswertung von Wahrscheinlichkeiten, die aufgrund der Lebenserfahrung anzunehmen sind und die dem Richter hiernach die Überzeugung (§ 286 ZPO) vermitteln, daß auch in dem von ihm zu entscheidenden Fall der Ursachenverlauf so gewesen ist wie in den vergleichbaren Fällen (BGH, Urteil vom 17. Februar 1988 - IVa ZR 277/86, NJW-RR 1988, 789, 790).

(c) Das Berufungsgericht ist - sachverständig beraten - zu der Feststellung gelangt, es sei auch mit größtmöglichem finanziellen Aufwand mathematisch ausgeschlossen, die PIN einzelner Karten aus den auf ec-Karten vorhandenen Daten ohne die vorherige Erlangung des zur Verschlüsselung verwendeten Institutsschlüssels in einer Breite von 128 BIT zu errechnen. Dies entspricht der Beurteilung, die das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik in einer schriftlichen Auskunft vom 27. November 2001 für das vom Deutschen Sparkassen- und Giroverband neu eingeführte PIN-Verfahren abgegeben hat. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Beweiswürdigung kann vom Senat lediglich daraufhin überprüft werden, ob sich das Berufungsgericht entsprechend dem Gebot des § 286 ZPO mit dem Streitstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (st.Rspr., vgl. BGH, Urteile vom 11. Februar 1987 - IVb ZR 23/86, NJW 1987, 1557, 1558, vom 1. Oktober 1996 - VI ZR 10/96, NJW 1997, 796, 797 und vom 9. Juli 1999 - V ZR 12/98, WM 1999, 1889, 1890). Einen solchen Fehler weist die Revision nicht nach. Mit ihrer Rüge, die Lebenserfahrung spreche gerade in Zeiten beschleunigt fortschreitender Computerentwicklung und der vielfältigen Möglichkeiten des Internets gegen die Annahme einer fehlenden Entschlüsselungsmöglichkeit, versucht die Revision lediglich, die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts durch eine andere, der Klägerin günstigere zu ersetzen.

(d) Die Regeln über den Anscheinsbeweis sind auch nicht deshalb unanwendbar, weil hier davon auszugehen wäre, daß der Schaden durch zwei verschiedene Ursachen herbeigeführt worden sein kann, die beide typische Geschehensabläufe sind, für die die Klägerin aber nur in einem Fall die Haftung zu übernehmen hätte. Das wäre dann der Fall, wenn als weiterer typischer Geschehensablauf in Betracht zu ziehen wäre, daß die Eingabe der zutreffenden PIN durch den Dieb der ec-Karte dadurch ermöglicht wurde, daß dieser zuvor die persönliche Geheimzahl des Karteninhabers ausgespäht hat, als dieser sie bei Abhebungen an Geldausgabeautomaten oder beim Einsatz der ec-Karte an einem POS-Terminal zur Zahlung eines Geldbetrages eingab. Eine Ausspähung der PIN etwa mit Hilfe optischer oder technischer Hilfsmittel oder durch eine Manipulation des Geldausgabeautomaten oder ein aufmerksames Verfolgen der PIN-Eingabe an POS-Terminals oder Geldausgabeautomaten ohne ausreichenden Sichtschutz des Eingabetastensfeldes ist zwar durchaus denkbar. 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.

Dafür ist hier nichts vorgetragen. Die Klägerin hat vielmehr im Gegenteil vorgebracht, sie habe am Tag des Diebstahls mit der ec-Karte kein Geld abgehoben; ein Ausspähen der PIN sei "nicht möglich gewesen". Der Täter habe "ausschließlich die Möglichkeit" gehabt, die "PIN durch eigene Computertechnik in Erfahrung zu bringen". Aufgrund dessen hat das Berufungsgericht, von der Revision unangegriffen, festgestellt, für ein Ausspähen der PIN gebe es hier keine Anhaltspunkte.

(e) Ohne Rechtsfehler mißt das Berufungsgericht ferner sogenannten "Innentäterattacken", d.h. Angriffen von Bankmitarbeitern, etwa zur Ausspähung des der Verschlüsselung dienenden Institutsschlüssels, Angriffen gegen die im Rechenzentrum des Kreditinstituts im Umfeld der Transaktionsautorisierung ablaufende Software und unbeabsichtigten Sicherheitslücken dieser Software keine einem Anscheinsbeweis zu Lasten des Kontoinhabers entgegenstehende Wahrscheinlichkeit zu. Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang nicht einen Beweisantrag der Klägerin verfahrensfehlerhaft übergangen. Diese hat lediglich unter Sachverständigenbeweis gestellt, daß die Maßnahmen in Bankrechenzentren und Bankverlagen zum Schutz der Software, zur Geheimhaltung der Institutsschlüssel und zur Vermeidung anderer interner Angriffe auf das PIN-System nicht ausreichend seien, um erfolgreiche Angriffe auszuschließen. Daß derartige - von der Klägerin damit nicht substantiiert behauptete - Sicherheits- und Softwaremängel als Ursachen für die Möglichkeit eines Mißbrauchs einer gestohlenen ec-Karte theoretisch in Betracht kommen, ergab sich aber bereits aus dem vom Berufungsgericht eingeholten Sachverständigengutachten. Das Berufungsgericht hat diese Ursachen als rein theoretischer Natur und als im allgemeinen außerhalb der Lebenserfahrung liegend angesehen, weil es nach den Ausführungen des Sachverständigen keine Hinweise darauf gebe, daß solche Möglichkeiten je konkret für kriminelle Handlungen entdeckt oder ausgenutzt worden seien. Das ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, zumal die Beklagte unwidersprochen vorgetragen hat, bei ihr sei es nie zu einer "Innentäterattacke" gekommen. Auch die durch keinerlei Tatsachenvortrag gestützte Vermutung der Klägerin, der Institutsschlüssel der Beklagten könne in kriminellen Kreisen bekannt geworden sein, ist deshalb nicht geeignet, der Anwendung des Anscheinsbeweises die Grundlage zu entziehen.

(f) Die Revision vermag der Anwendung der Grundsätze über den Anscheinsbeweis nicht entgegenzuhalten, daß sie in der Regel nicht geeignet seien, grobe Fahrlässigkeit von einfacher Fahrlässigkeit abzugrenzen. Der Anscheinsbeweis führt hier lediglich zur Annahme eines bestimmten tatsächlichen Verhaltens des Karteninhabers, nämlich daß er seine persönliche Geheimzahl entweder auf der ec-Karte notiert oder gemeinsam mit dieser aufbewahrt hat. Erst in einem weiteren Schritt wird dieses tatsächliche Verhalten entsprechend den vereinbarten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten für die Verwendung der ec-Karte rechtlich als grob fahrlässig bewertet. Inhaltlich sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten insoweit nicht zu beanstanden. Sie lassen ein Notieren der PIN, auf das ein Teil der Bankkunden nicht verzichten kann, ohne weiteres zu; lediglich eine getrennte Verwahrung von ec-Karte und notierter PIN muß gewährleistet sein.

(g) Zu Unrecht ist die Revision weiter der Auffassung, die Anwendung der Grundsätze über den Anscheinsbeweis durch die Rechtsprechung führe in Fällen der vorliegenden Art im Ergebnis zu einer Beweislastumkehr und bewirke eine verschuldensunabhängige,

garantieähnliche Haftung des Bankkunden, weil der Karteninhaber nicht in der Lage sei, Sicherheitslücken im System aufzuzeigen. Der Anscheinsbeweis führt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht zu einer Umkehr der Beweislast (BGHZ 100, 31, 34 m.w.Nachw.). Wenn der Karteninhaber dem Anscheinsbeweis durch die konkrete Darlegung und gegebenenfalls den Nachweis der Möglichkeit eines atypischen Verlaufs die Grundlage entzieht, hat das Kreditinstitut den vollen Beweis zu erbringen, daß der Karteninhaber eine Abhebung am Geldausgabeautomaten selbst vorgenommen oder den Mißbrauch der ec-Karte durch einen unbefugten Dritten grob fahrlässig ermöglicht hat.

Es ist auch nicht generell so, daß der Karteninhaber nicht in der Lage ist, Sicherheitslücken im System des Kartenausgebers aufzuzeigen. 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 (BGHZ 140, 156, 158 f.; 145, 35, 41; BGH, Urteile vom 24. November 1998 - VI ZR 388/97, NJW 1999, 714 f. m.w.Nachw. und vom 11. Dezember 2001 - VI ZR 350/00, WM 2002, 347, 349). 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 (vgl. BGH, Urteil vom 15. Mai 2003 - III ZR 7/02, BGHReport 2003, 891, 892). 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 (vgl. BGH, Urteil vom 21. November 1995 - VI ZR 341/94, NJW 1996, 779, 780 f.). Schließlich kann sich zugunsten des Karteninhabers auswirken, daß derjenige, der die Gegenpartei schuldhaft in der Möglichkeit beschneidet, den Anscheinsbeweis zu erschüttern oder zu widerlegen, sich nicht auf die Grundsätze des Anscheinsbeweises berufen kann (BGH, Urteil vom 17. Juni 1997 - X ZR 119/94, WM 1998, 204, 206).

III.

Die Revision der Klägerin war daher als unbegründet zurückzuweisen.

*Anmerkung**

I. Das Problem

Eine EC-Karte wurde dem Kontoinhaber und späterem Kläger gestohlen. Kurz darauf wurde ohne Fehlversuch unter Verwendung der zutreffenden Geheimzahl mehrmals an Geldausgabeautomaten Bargeld von dem Konto abgehoben, bevor der Diebstahl gemeldet und die Karte gesperrt wurde.

Das deutsche Höchstgericht hatte letztlich im Rechtsstreit gegen die kontoführende Bank zu

* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

klären, ob der Kontoinhaber den Schaden selbst tragen musste?

II. Die Entscheidung des Gerichts

Der BGH entschied zugunsten der beklagten Bank. In der Regel müsste der Kunde seinen Schaden selbst tragen, auch wenn feststünde, dass die fraglichen Geldabhebungen von einem unbefugten Dritten – einem Dieb oder einem Komplizen – vorgenommen worden wären. Die Bank hätte dann zwar gemäß § 676h Satz 1 BGB **keinen Aufwendungsersatzanspruch** gegen den Kontoinhaber. Es bestünde jedoch ein **Schadensersatzanspruch** der Bank wegen positiver Vertragsverletzung, wenn der Kontoinhaber seine Sorgfaltspflichten **grob fahrlässig** verletzt hätte (so klarstellend zumeist auch die entsprechenden AGB der Banken).

Das Vermerken der persönlichen Geheimzahl auf der ec-Karte oder ihre Verwahrung zusammen mit dieser stellte nach Auffassung des BGH eine solche **grobe Fahrlässigkeit des Karteninhabers** dar (vgl. dazu auch BGH 17.10.2000, XI ZR 42/00, CR 2001, 77 = ITRB 2001, 35 = MDR 2001, 162).

Nach st Rsp des BGH wäre der **Beweis des ersten Anscheins** bei typischen Geschehensabläufen anwendbar, d.h. in Fällen, in denen ein bestimmter Sachverhalt feststehe, der nach der allgemeinen Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache oder auf einen bestimmten Ablauf als maßgeblich für den Eintritt eines bestimmten Erfolgs hinweise. Wenn kurz nach einem Diebstahl der ec-Karte an Geldautomaten unter Verwendung der zutreffenden Geheimzahl Geld abgehoben werde, so könnte der Beweis des ersten Anscheins dafür sprechen, dass der Karteninhaber die persönliche Geheimzahl auf der ec-Karte vermerkt oder sie mit dieser zusammen aufbewahrt und daher seine Sorgfaltspflichten zur Aufbewahrung der ec-Karte und Geheimhaltung der Geheimzahl grob fahrlässig verletzt hätte.

Bargeldabhebungen durch einen unbefugten Dritten mit Hilfe der original ec-Karte und zugehöriger PIN wären in einem solchen Fall anders als durch ein grob fahrlässiges Verhalten des Karteninhabers nicht zu erklären, weil andere Ursachen zwar theoretisch möglich wären, bei wertender Betrachtung aber außerhalb der Lebenserfahrung lägen. Für ein Ausspähen der PIN durch den Dieb, etwa bei einer Abhebung unmittelbar vor dem Diebstahl, gäbe es in diesem Fall keine Anhaltspunkte. Auch die Möglichkeit sog. „Innentäterattacken“ (z.B. dem Ausspähen des Institutsschlüssels durch Bankmitarbeiter) wäre rein theoretischer Natur und könne als im allgemeinen außerhalb der Lebenserfahrung liegend angesehen werden.

Der Anscheinsbeweis führte aber nach Ansicht des BGH **nicht** zu einer **Umkehr der Beweislast**: Der Karteninhaber müsste nur durch die konkrete Darlegung und den Nachweis der Möglichkeit eines atypischen Verlaufs dem Anscheinsbeweis die Grundlage entziehen. Ferner könnte das kartenausgebende Kreditinstitut verpflichtet sein, in Zivilprozessen der vorliegenden Art im Rahmen berechtigter Geheimhaltungsinteressen nähere Angaben über die getroffenen Sicherheitsvorkehrungen zu machen, um deren Überprüfung durch Sachverständige zu ermöglichen.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Im Ergebnis des BGH Urteils greift letztlich der **Haftungsausschluss in den AGB der Banken**, selbst wenn der Karteninhaber glaubhaft versichert, er habe keinem Dritten ermöglicht, die PIN, also die persönliche Geheimzahl, auszuspähen.

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken und Sparkassen (hier: Bedingungen der Sparkassen für die Verwendung der ec-Karte [Fassung Juni 1999] A. III. 2.4) schließen oft die Haftung „für Schäden aus, die vor der Verlustanzeige entstanden sind und auf einer schuldhaften Verletzung der Sorgfalts- und Mitwirkungspflichten beruhen“. Der BGH hat sich nun im vorliegenden Urteil ausführlich mit der Frage befasst, wie diese AGB anzuwenden

sind, wenn der Karteninhaber behauptet, er habe die persönliche Geheimzahl unzugänglich notiert. Die **Beweislage** lässt sich, wie folgt, verdeutlichen:

- Die Grundsätze des Anscheinsbeweises greifen dann ein, wenn mit der EC-Karte des Kunden und korrekter Eingabe der PIN Geld zeitnah abgehoben wurde. Dann ist anzunehmen, dass der Kunde die PIN grob-fahrlässig verwahrt hat.
- Derjenige, gegen den ein Anscheinsbeweis spricht, kann diesen entkräften, indem er Tatsachen darlegt und beweist, die ernsthaft in Betracht kommende anderen Ursachen darlegen. Ein Ausspähen der PIN als weitere Ursache kommt insoweit aber grundsätzlich nur in Betracht, wenn der Kunde zeitnah zu den Abhebungen seine PIN irgendwo eingegeben hat.
- Der **Anscheinsbeweis** führt nicht zu einer Umkehr der Beweislast. Dem Kunden bleibt es daher unbenommen, etwaige Sicherheitslücken im System der Bank aufzuzeigen, zu denen sich die Bank dann äußern muss. Dazu reichen bloße Vermutungen und inhaltsleere Angaben des Kunden zu denkbaren Sicherheitslücken nicht aus. IdR bedarf es eines Sachverständigenbeweises.

Der **Anscheinsbeweis** beruht aber darauf, dass bestimmte Geschehensabläufe typisch sind und es daher wahrscheinlich ist, dass auch im konkreten Fall ein derartiger gewöhnlicher Ablauf und nicht ein atypischer gegeben ist (jüngst OGH 11.8.2005, 4 Ob 118/05i – *Schönen Gruß*, nv; st Rsp RIS-Justiz RS0040266). Voraussetzung ist ein Erfahrungssatz, der sich aus einem gleichmäßigen, sich immer wiederholenden Hergang ergibt, dem neuesten Stand der Erfahrungen entspricht sowie eindeutig und in jederzeit überprüfbarer Weise formuliert werden kann. Der Anscheinsbeweis ist daher unzulässig, wenn der Kausalablauf durch einen individuellen freien Willensentschluss eines Menschen bestimmt wird; die (unzulässige) Auffüllung von Lücken der Beweisführung durch bloße Vermutungen hat überhaupt nichts mit dem Anscheinsbeweis zu tun (*Rechberger in Fasching/Konecny*² ZPO Kommentar, Vor § 266 ZPO Rz 58 mwN).

Bereits die Vorinstanz, das LG Duisburg, ging nun unter Berufung auf Sachverständigengutachten und das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik davon aus, dass das neue System mit Institutsschlüsseln von 128 Bit sicher ist, da es auch mit größtmöglichem finanziellem Aufwand mathematisch ausgeschlossen ist, die PIN einzelner Karten aus den auf ec-Karten vorhandenen Daten ohne Zugang zum zur Verschlüsselung verwendeten Institutsschlüssel zu errechnen. Diese Beweiswürdigung lässt auch der BGH in seinem Urteil gelten; sie sei vollständig und rechtlich möglich und verstoße nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze. Man könne daher einen Anscheinsbeweis annehmen.

Der BGH geht zwar davon aus, dass der Karteninhaber grundsätzlich in der Lage ist, Sicherheitslücken im System des Kartenausgebers aufzuzeigen, falls diese tatsächlich gegeben sind, und der Anscheinsbeweis entkräftet werden kann, weil die Banken ihre Sicherheitsvorkehrungen insoweit offen legen müssen. Auch der BGH scheint aber die verwendeten Systeme derzeit für sicher zu halten.

Ausblick: Nach diesem eher verbraucherfeindlichen Urteil sollte es mehr denn je für Bankkunden selbstverständlich sein, EC-Karten und Geheimzahlen getrennt aufzubewahren und einen Diebstahl sofort zu melden. Kommt es trotzdem unmittelbar nach einem Diebstahl zu Abhebungen mit PIN, kann der Kunde in der Regel einen Anscheinsbeweis für grobe Fahrlässigkeit nur dann entkräften, wenn er seine Karte kurz zuvor an einem Geldautomaten oder POS-Terminal verwendet hat und ein Ausspähen der PIN durch einen Dritten möglich erscheint. Im Übrigen kann der Kunde sein Risiko für den Verlustfall begrenzen, indem er den Auszahlungsrahmen, über den er mit seiner Karte täglich oder wöchentlich verfügen kann, von vornherein niedrig ansetzt.

IV. Zusammenfassung

Wird zeitnah nach dem Diebstahl einer EC-Karte unter Verwendung dieser Karte und Eingabe der richtigen persönlichen Geheimzahl (PIN) an Geldausgabeautomaten Bargeld abgehoben, spricht nach einem Urteil des BGH grundsätzlich der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass der Karteninhaber die PIN auf der ec-Karte notiert oder gemeinsam mit dieser verwahrt hat, wenn andere Ursachen für den Missbrauch nach der Lebenserfahrung außer Betracht bleiben. Aufgrund dieser groben Fahrlässigkeit muss er den durch die Fremdadhebung entstandenen Schaden selbst tragen.