

Die zivilrechtliche Haftung bei Mißbrauch von Kreditkartendaten im Internet nach österreichischem Recht

Torsten Körber

Die Nutzung von Kreditkarten hat durch den Aufschwung des E-Commerce eine Renaissance erfahren. Kein anderes Zahlungsmittel ist zur Zeit besser den Herausforderungen des weltumspannenden Internet-Handels gewachsen. Doch ist auch kein anderes Zahlungsmittel so mißbrauchs anfällig. Einem Mißbrauch der Kartendaten durch unbefugte Dritte entgegenwirkende Sicherungsverfahren konnten sich bisher kaum durchsetzen. Zwar scheidet eine verschuldensunabhängige Risikoüberwälzung auf den Karteninhaber nach § 31a KSchG grundsätzlich aus. Doch werfen insoweit gerade die neuen Sicherungsverfahren Probleme auf. Im Verhältnis zwischen Kartenunternehmen und Händlern weisen die AGB der österreichischen Kartenunternehmen das Mißbrauchsrisiko für den Fernabsatz den Händlern zu. Der deutsche BGH hat vergleichbare AGB deutscher Kartenunternehmen im Jahre 2002 als unangemessen verworfen. Die österreichischen AGB dürften dagegen den Anforderungen des ABGB genügen.

Stichwörter: Kreditkarte, Internet, E-Commerce, Fernabsatz, Drittmißbrauch, Kreditkartenvertrag, Vertragshändlervertrag, Konsumentenschutz, AGB-Kontrolle, Risikosphären.
JEL-Classification: G 21, K 12.

The rise of e-commerce has led to a virtual renaissance of credit card use. No other means of payment is as well suited to the demands of global internet trade. At the same time, no means of payment is as susceptible to fraud. The use of identity verification procedures intended to curtail the abuse of credit card data by unauthorized third parties is still an exception. Although § 31a of the Austrian Consumer Protection Act (KSchG) allows credit card holders to

request cancellation of payment in case of credit card fraud, the verification procedures may create new liability problems for the card holders. On the other hand, the general terms of business utilized by Austrian credit card companies place full liability for credit card fraud on the retailers. In a landmark decision, the German Federal Court of Justice (BGH) rendered a similar risk allocation in general terms of business null and void in 2002. The Austrian terms, nevertheless, should meet the standards imposed on them by the Austrian civil code (ABGB).

1. Problemstellung

1.1. Auf der Suche nach Zahlungsmitteln für den E-Commerce

Der über das Internet abgewickelte E-Commerce hat in den letzten Jahren sprunghaft an Bedeutung gewonnen. Prominente Beispiele bieten das Versandhaus Amazon und Internet-Auktionshaus Ebay. Zu diesen Vertriebsplattformen treten in verstärktem Maße (Direkt-)Anbieter rein virtueller Leistungen wie Software-, Musik- und Video-Downloads, bei denen der Kunde das gewünschte Produkt unmittelbar durch die Datenleitung in seinen Computer laden und sofort nutzen kann (und vor allem auch sofort nutzen will). Nationale Grenzen spielen im Internet kaum noch eine Rolle. Daraus resultiert eine Vielzahl von Problemen sach- wie kollisionsrechtlicher Art. Schon auf rein praktischer Ebene stellt sich die Frage nach für den (auch grenzüberschreitenden) E-Commerce tauglichen Zahlungsformen. Ein Zahlungsmittel für das Internet sollte nicht nur für alle Seiten sicher, sondern auch einfach zu handhaben, kostengünstig und vor allem schnell sein [1]. Traditionelle Zahlungsverfahren geraten im E-Commerce an ihre Grenzen. Lastschrift ein-



Photo: Hornig, Göttingen

Privatdozent Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley) ist Wissenschaftlicher Oberassistent an der Universität Göttingen; e-mail: tkoerbe@gwdg.de

zug, Überweisung oder Nachnahme werden von Anbietern und Nutzern oft schon aufgrund der damit verbundenen Mühen, Risiken und Kosten nicht akzeptiert. Hinzu kommt, daß sie für rein virtuelle Geschäfte (Downloads, Abruf von Streaming-Inhalten) regelmäßig zu langsam (Lastschrift, Überweisung) oder sogar schlicht ungeeignet sind (Nachnahme). Moderne Verfahren wie „Cybercoin“ oder „T-Pay“ konnten sich bisher nicht in nennenswertem Umfang durchsetzen. Sie fristen ein auf das „Micro-payment“ von Kleinstbeträgen beschränktes Nischendasein oder wurden (wie „Ecash“) sogar schon wieder eingestellt, weil sie den Kunden zu kompliziert und daher ohne Erfolg waren [2]. Eine komfortable, schnelle und seit langem gerade auch im grenzüberschreitenden Verkehr erprobte Zahlungsalternative bietet die Kreditkarte. Sie ist mit Blick auf die hohen Gebühren zwar kaum micro-payment-geeignet, aber im übrigen eines der am meisten verbreiteten Zahlungsmittel – gleichsam der „Platzhirsch“ [3] – im Internet-Geschäft.

Dieser Beitrag ist die erweiterte und aktualisierte Fassung eines am 2. Februar 2004 an der Universität Klagenfurt gehaltenen Vortrages.

[1] Dazu eingehend Mader, Electronic Payment 89 ff.

[2] Vgl dazu Pichler, Elektronischer Zahlungsverkehr im Internet 4 ff und 51 ff; ders, NJW 1998, 3234, 3235; Mader, Electronic Payment 90 f.

[3] So Mader, Electronic Payment 90.

1.2. Licht und Schatten des Einsatzes von Kreditkarten im E-Commerce

1.2.1. Zunehmende Bedeutung der Kreditkarte

Die Verbreitung von Kreditkarten ist in den letzten Jahren weltweit sprunghaft angestiegen. Im Jahre 2003 waren in Österreich rund 940.000 und weltweit 1,2 Milliarden VISA-Karten im Umlauf, die in Österreich von etwa 90.000 und weltweit von rund 30 Millionen Vertragsunternehmen als Zahlungsmittel akzeptiert wurden [4]. Hauptkonkurrent Mastercard (ehemals Eurocard) kann mit ähnlichen Zahlen aufwarten [5]. Zusammen haben diese beiden bankgestützten Kreditkarten seit Markteinführung in Österreich im Jahre 1980 einen Marktanteil von rund 90% erobert. Die höchsten Zuwachsraten weist in letzter Zeit ihr Einsatz im E-Commerce auf. Das Volumen der E-Commerce-Transaktionen mit VISA-Karten hat sich im ersten Quartal 2003 im Vergleich zum Vorjahreszeitraum europaweit auf 2,6 Milliarden Euro mehr als verdoppelt [6]. Der europaweite Gesamtumsatz mit Kreditkarten im E-Commerce dürfte also hochgerechnet bei rund 6 Milliarden Euro gelegen haben.

1.2.2. Mißbrauch der Kartendaten im E-Commerce

Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, daß auch Betrüger das Internet als „Geschäftschance“ für sich entdeckt haben. Dies gilt nicht nur für die Anbieterseite, sondern auch für Nachfrager, die fremde Kreditkartendaten mißbrauchen, um per E-Commerce einzukaufen. Im Jahre 1999 entfielen nach Pressemeldungen zwar nur 1% des Kreditkartenumsatzes, aber rund 50% der potentiellen Mißbrauchsfälle auf den E-Commerce [7].

Hauptgrund für das hohe Mißbrauchsrisiko ist eine zunächst nur für Hotel-

reservierung und Kartenvorbestellung genutzte Praxis, nach der für die Kreditkartenzahlung im Fernabsatz (Telefon, Internet usw.) die Angabe von Kartenummer und Ablaufdatum ausreicht. Im Gegensatz zum Präsenzgeschäft treten sich Besteller und Vertragsunternehmer (Händler) nicht persönlich gegenüber; es wird weder die Kreditkarte selbst vorgelegt, noch wird ein Kartenbeleg unterfertigt. Kartenummer und Ablaufdatum sind offen auf die Karte und jeden Zahlungsbeleg aufgedruckte, beliebig duplizierbare Daten, die *einerseits* nicht nur der Karteninhaber, sondern jeder verwenden *kann*, der sie kennt, und die *andererseits* vom Karteninhaber verwendet werden *müssen*, um eine Kartenzahlung vorzunehmen, sodaß er sie auch nicht geheim halten kann. Dritte können diese Daten nicht nur vergleichsweise einfach erlangen, sondern sie vor allem auch verwenden, ohne zuvor dem Karteninhaber die Karte zu entwerfen.

Für den Karteninhaber wird der Mißbrauch seiner Daten daher regelmäßig erst erkennbar, wenn er seine Monatsabrechnung erhält. Dann aber ist das Kind schon in den Brunnen gefallen: So hatte zB in einem vom deutschen OLG Naumburg entschiedenen Fall ein Betrüger Computerteile für über 70.000 DM von einem deutschen Versandhändler nach Rumänien liefern lassen und diese Lieferung unter Verwendung der Daten mehrerer US-amerikanischer Kreditkarten verschiedener Inhaber „bezahlt“ [8]. Als die Karteninhaber in den USA Wochen später durch ihre Monatsabrechnungen davon erfuhren und den Karteneinsatz bestritten, war der Betrüger bereits über alle Berge. Trotzdem lassen die AGB der führenden österreichischen (und auch der ausländischen) Kartenunternehmen eine Zahlung mit diesen Kartendaten grundsätzlich auch ohne zusätzliche Sicherung durch PIN-Nummer, Paßwort oder digitale Signatur zu [9].

1.2.3. Unzureichende Durchsetzung sicherer Verfahren

Sicherere Verfahren für die Kreditkartenzahlung im Internet konnten sich bisher trotzdem nicht in nennenswertem Umfange durchsetzen. Zwar ist seit 2001 mit der Einführung der sog Kartentrüffnummer (KPN) eine gewisse Verbesserung eingetreten. Diese drei- oder vierstellige Prüfziffer, die zusätzlich zu Kartenummer und Ablaufdatum abgefragt wird, ist lediglich auf die Kartentrückseite gedruckt. Sie erscheint nicht auf den Kreditkartenbelegen und wird auch nicht mit den anderen Kartendaten gespeichert [10]. In einem der PIN-Nummer bei der ec-Karte vergleichbaren Sinne „geheim“ ist die KPN freilich auch nicht. Das insoweit einer PIN-Nutzung vergleichbar sichere SET-Verfahren („*Secure Electronic Transaction*“) erwies sich als zu kompliziert [11]. Es konnte sich nicht durchsetzen und wurde daher in Österreich sowohl von VISA als auch von Mastercard wieder aufgegeben. Die neuen Verfahren „*Verified by Visa*“ [12] und „*Mastercard SecureCode*“ [13] stehen erst in den Startlöchern. Ob ihnen mehr Erfolg beschieden sein wird als SET, bleibt abzuwarten [14].

2. Zur Haftung des Karteninhabers

Der vorausgehende Befund wirft die Frage auf, wer im Dreieck von Kartenunternehmen, Vertragsunternehmer und Karteninhaber für den Mißbrauch der Kartendaten im E-Commerce zu haften hat [15].

2.1. Begründung der Zahlungspflicht bei ordnungsgemäßem Kreditkarteneinsatz

Verwendet der Karteninhaber selbst seine Kreditkarte und unterfertigt ordnungsgemäß den Kartenbeleg, oder gibt er seine Kartendaten für eine beleglose

[4] Siehe http://www.visa.at/~_~3ad8292ca057fe2b47bb0a2c642daf6d-_-~/article/000-012-84.html.

[5] Vgl *Judt / Bödenauer*, ÖBA 2000, 837.

[6] Vgl dazu die VISA-Pressemittelung http://www.visa.de/presse/presse_internet_umsatz.htm.

[7] Vgl *Kienholz*, Zahlung mit Kreditkarte 17 FN 33.

[8] Vgl OLG Naumburg, ZIP 2002, 1795; dazu *Meder*, ZIP 2002, 2115. Ein ähnlicher Sachverhalt lag auch einer Entscheidung des 7. Zivilsenats des OLG Frankfurt am Main zugrunde, vgl OLG Frankfurt, NJW 2000, 2114; dazu *Meder*, NJW 2000, 2077.

[9] Vgl Geschäftsbedingungen der VISA-Austria für den Gebrauch der VISA-Karte

Nr 5 aE (www.visa.at). Die Europay Austria besteht allerdings auf einer sicheren Datenübertragung per SET- oder SSL-Verfahren, vgl AGB Mastercard der Europay Austria Nr 4.2. in Verbindung mit den Hinweisen unter www.europay.at/htdocs/faq/faq.htm (dazu noch unten 2.2.3.2.).

[10] Siehe dazu etwa http://www.bs-klartext.de/de/rundumdiedarte/karte_technik.php?artikel=31.

[11] Dazu etwa *Mader*, Electronic Payment 91 f und 102 ff.

[12] Vgl http://www.visa.at/~_~ccc160cf1cb7218f92489eae978919d8-_-~/article/000-056-26.html.

[13] Vgl SecureCode-Broschüre der Europay Austria.

[14] Dazu noch unten 2.2.3.1.

[15] Hier nur von einem Dreieck zu sprechen, vereinfacht die in der Realität viel komplexere Lage. In der Praxis handelt es sich zumeist um ein „Vier- oder Mehreck“: Während bei den Drei-Parteien-Systemen American Express und Diners Club das gleiche Kartenunternehmen sowohl als Kartentanzstellenbetreuer (Akquisiteur (Akzeptanzstellenbetreuer) fungiert, fallen Emissionsbank (Kartenausgeber) und Akquisiteur (Akzeptanzstellenbetreuer) bei den bankgestützten Systemen Visa und Mastercard regelmäßig (beim grenzüberschreitenden Karteneinsatz sogar immer) auseinander, vgl dazu *Reinfeld*, WM 1994, 1513 f; s. monographisch *Vogel*, Mißbrauch von Kreditkarten.

Zahlung im Internet ein, so liegt darin nach der in Österreich ganz vorherrschenden Auffassung und Praxis ein Unterfall der Anweisung gemäß § 1400 ABGB [16]. Wenn das Kartenunternehmen anweisungsgemäß an den Vertragsunternehmer zahlt, besorgt es ein Geschäft des Karteninhabers und erlangt im Gegenzug auf der Grundlage des zwischen Kartenausgeber und Karteninhaber bestehenden Emissionsvertrages einen Aufwendungsersatzanspruch gemäß § 1014 ABGB [17].

2.2. Zahlungspflicht des Karteninhabers auch bei Kreditkartenmißbrauch durch Dritte?

2.2.1. Grundsatz

Mißbraucht dagegen ein unbefugter Dritter die Kartendaten, so fehlt es sowohl an einer Anweisung des Karteninhabers als auch an einer Geschäftsbesorgung für diesen. Eine Zahlung des Kartenunternehmens an den Vertragsunternehmer ist für den Karteninhaber in diesem Fall weder notwendig noch nützlich, sodaß ein Aufwendungsersatzanspruch gemäß § 1014 ABGB ausscheidet.

Eine von eigenem Verschulden des Karteninhabers unabhängige *Risikohaftung* nach § 1014 ABGB ist zwar grundsätzlich denkbar. Sie wäre jedoch im Verhältnis des Karteninhabers zum Kartenunternehmen nicht interessengerecht. Die Risikohaftung aus § 1014 ABGB basiert auf dem Gedanken, daß der Auftraggeber (hier: der Karteninhaber)

ber) alle geschäftsspezifischen Risiken zu tragen hat, weil er grundsätzlich auch alle Vorteile aus dem in seinem Interesse getätigten Geschäft zieht. Dies ist beim Kreditkartengeschäft aber nicht der Fall, weil hier das Kartenunternehmen als Auftragnehmer *erstens* erfolgsbezogen, *zweitens* gegen Entgelt und daher *drittens* auch und vor allem im eigenen Interesse tätig wird. Eine gesetzliche Risikohaftung des Karteninhabers wird daher von Rechtsprechung [18] und vorherrschender Literaturauffassung zu Recht abgelehnt [19]. Eine Haftung nach Rechtsscheingrundsätzen scheidet ebenfalls grundsätzlich aus [20].

Eine von eigenem Verschulden des Karteninhabers unabhängige *Risikouberbürdung* durch AGB schließt der OGH – im Gegensatz zum deutschen BGH [21] – zwar nicht schlechthin aus. Er hat sie in drei Entscheidungen aus den Jahren 1979, 1991 und 2000 für den Fall des Abhandenkommens einer Kredit- bzw. ec-Karte sogar ausdrücklich zugelassen [22] und lediglich für das Risiko technischer Manipulationen verworfen [23]. Doch wird der Karteninhaber gerade für den hier untersuchten Fall des Mißbrauchs von Kartendaten im Fernabsatz seit dem 1. Juni 2000 durch den auf Art 8 der EG-Fernabsatzrichtlinie basierenden § 31a des Konsumentenschutzgesetzes (KSchG) geschützt.

2.2.2. Schutz des Karteninhabers durch § 31a KSchG

Nach § 31a KSchG kann der Karteninhaber (Verbraucher wie Unternehmer)

vom Kartenaussteller eine Rückbuchung oder Rückzahlung verlangen, wenn ein Dritter mißbräuchlich, dh ohne sein Wissen und seinen Willen [24], die Kartendaten verwendet hat. Von dieser Regelung kann, wie Satz 2 der Norm ausdrücklich klarstellt, nicht zum Nachteil eines Verbrauchers abgewichen werden.

Eine Zahlungsverpflichtung des Karteninhabers kommt nur in Betracht, wenn das Kartenunternehmen ihm entweder den eigenen Gebrauch der Kartendaten oder eine schuldhaft, den Mißbrauch durch einen Dritten ermöglichende Pflichtverletzung nachweisen kann [25]. Im zweiten Fall kann sich eine Haftung aus positiver Vertragsverletzung des Emissionsvertrages ergeben [26]. Dies entspricht der Überlegung, daß der Kartenaussteller die Anweisung beweisen muß und daß diese Beweislastverteilung nach § 6 Abs 1 Ziffer 11 KSchG nicht zum Nachteil eines Verbrauchers umgekehrt werden darf [27]. Ein Nachweis schuldhaften Verhaltens des Karteninhabers wird dem Kartenunternehmen aber kaum jemals gelingen, denn im Gegensatz zur PIN-Nummer einer ec-Karte sind Kartennummer und Ablaufdatum einer Kreditkarte nicht geheim [28]. Ihre Preisgabe – sei es durch *Hingabe* der Karte im Präsenzgeschäft, sei es durch *Eingabe* der Daten über das Internet – stellt eine bestimmungsgemäße Verwendung dieser Daten und daher noch nicht einmal eine objektive (geschweige denn eine schuldhaft) Pflichtverletzung dar.

[16] Vgl OGH SZ 52/89 = JBI 1980, 427; *Taupitz*, ÖBA 1997, 767; *Bichler*, ÖBA 1986, 598; *Fitz*, ÖBA 1992, 280; *Fitz/Hacksteiner*, ÖBA 1992, 443; sa AGB Nr 6 der Europay Austria; AGB Nr 5 der VISA AG. Nach deutschem Recht liegt darin eine in jedem Einzelfall erneut erteilte *unwiderrufliche* Weisung, vgl BGH WM 2002, 2196. Für Österreich nimmt die wohl hM eine antizipierte Annahme durch den Kartenausgeber im Rahmen des Emissionsvertrages an und kommt auf diese Weise zum gleichen Ergebnis, vgl *Damas*, Rechtsdogmatische Untersuchungen 128; nach aA besteht ein Widerrufsrecht nach § 1403 ABGB, vgl *Bichler*, ÖBA 1986, 598.

[17] Vgl dazu im einzelnen *Bichler*, ÖBA 1986, 599; *Fitz/Hacksteiner*, ÖBA 1992, 443; *Taupitz*, ÖBA 1997, 769.

[18] Vgl OGH SZ 52/89 = JBI 1980, 427.

[19] Vgl *Fitz*, ÖBA 1992, 280; eingehend *Fitz/Hacksteiner*, ÖBA 1992, 444 f; sa *Koziol*, ÖBA 2001, 254 (zur ec-Karte); *Hayböck*, ÖBA 1997, 260 (zum Euroscheck); *Janisch*, ÖBA 2001, 860 f (zum Online-Banking); *Taupitz*, ÖBA 1997, 769 ff, insb 773 f, hält eine anteilige Haftung für möglich; zum deutschen Recht siehe *ders*, NJW 1996, 219 sowie grundlegend BGHZ 114, 238.

[20] Siehe dazu *Fitz/Hacksteiner*, ÖBA

1992, 443 (letztlich offenlassend); *Janisch*, ÖBA 2001, 860 f (Anscheinsvollmacht für das Online-Banking grundsätzlich möglich mit der Folge eines Aufwendungsersatzanspruchs aus § 1014 ABGB).

[21] Vgl BGHZ 114, 238 (verschuldensunabhängige Belastung des Karteninhabers mit dem Mißbrauchsrisiko bei Abhandenkommens der Karte verstößt grundsätzlich gegen § 9 Abs 2 Nr 1 ABGB (jetzt § 302 Abs 2 Nr 1 BGB); ebenso die Ausdehnung seiner Haftung für grobe Fahrlässigkeit über den Zeitpunkt des Eingangs der Verlustanzeige hinaus); für eine Übertragung dieses Ansatzes auf das österreichische Recht *Taupitz*, ÖBA 1997, 778.

[22] Vgl OGH SZ 52/89 = JBI 1980, 427; OGH ÖBA 1992, 277, 278 m Anm *Fitz*; ebenso OGH ÖBA 2001, 250, 253 m Anm *Koziol* (zur ec-Karte); dazu eingehend *Fitz/Hacksteiner*, ÖBA 1992, 444 ff, insb die mE berechnete Kritik am OGH auf 448 f.

[23] Vgl OGH ÖBA 2001, 250, 253 m Anm *Koziol*. Keiner dieser beiden Fälle liegt hier vor. Für einen Mißbrauch von Kartennummer und Ablaufdatum ist weder ein Abhandenkommens der Karte selbst nötig, noch sind dazu technische Manipulation erforderlich. *Fitz/Hacksteiner*, ÖBA 1992, 448 f weisen zudem zu Recht auf die Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen ec-Karte

und Kreditkarte hin, weil mit der ec-Karte ohne PIN keine Abhebungen am Bankautomaten getätigt werden können und weil Bankautomatenabhebungen zudem systembedingt summenmäßig beschränkt sind.

[24] Vgl *Dürrich/Tades*, ABGB²⁰ § 31a KSchG Anm 2.

[25] Zwar wird diese Beweislastverteilung im Wortlaut des § 31a KSchG weniger deutlich als bei der deutschen Schwesterbestimmung des § 676h BGB, doch folgt sie zwingend aus Sinn und Zweck der Regelung. Vgl *Mader*, Electronic Payment 94 ff; *Feil*, KSchG⁴, Erratum zu 241; sa *Micklitz* in *Grabitz/Hilf*, Recht der EU A3 Rn 116, der darauf hinweist, daß Art 8 der Fernabsatzrichtlinie gerade eine Reaktion der Gemeinschaft auf die Zulassung der Zahlung mit Kartennummer und Ablaufdatum und auf die daraus resultierende Gefährdung der Karteninhaber war.

[26] Dazu *Graf* in *Graf/Gruber*, Rechtsfragen 65; § 31a KSchG schließt eine Haftung aus pVV nicht aus, vgl *Graf*, aaO 66; *Mader*, Electronic Payment 101; *Feil*, KSchG⁴ 241 (in diesem Fall Mitverantwortung entsprechend § 1304 ABGB).

[27] Vgl *Taupitz*, ÖBA 1997, 775 und 780.

[28] So zu Recht auch *Zeitler*, Die Wirtschaft 07/2003.

zum Karteninhaber den Kartenunternehmer zuzurechnen ist [40].

Man mag im Lichte der bisherigen OGH-Rechtsprechung bezweifeln, ob das österreichische Höchstgericht dem hier vertretenen kundenfreundlichen Ansatz folgen wird. Schließlich hat der OGH in seiner Rechtsprechung zu den AGB zum Emissionsvertrag zwischen Kartenausgeber und Karteninhaber *einerseits* überaus strenge Anforderungen an den *Karteninhaber* gestellt und diesem ua abverlangt, periodisch (im konkreten Fall mindestens alle 48 Stunden) zu überprüfen, ob seine Kreditkarte abhanden gekommen sei [41]. *Andererseits* hat der OGH hinsichtlich einer möglichen Schadensminderungspflicht des *Kartenausgebers* ausgesprochene Milde walten lassen [42]. Doch dürfte, auch wenn man Nr 4.2. der AGB der Europay Austria für hinreichend klar und inhaltlich angemessen erachten könnte, jedenfalls der konkrete Nachweis, daß der Karteninhaber seine Kartendaten ohne Sicherung durch SET oder SSL über das Internet preisgegeben hat und daß gerade dies zum Mißbrauch seiner Daten geführt oder beigetragen hat, in der Praxis kaum zu erbringen sein [43].

2.3. Ergebnis

Eine Haftung des Kreditkarteninhabers für den Mißbrauch seiner Kartendaten im E-Commerce durch unbefugte Dritte dürfte (solange er sich nicht auf ein Sicherungsverfahren einläßt) aufgrund der Schutzregelung des § 31a KSchG bei realistischer Betrachtung allenfalls dann in Betracht kommen, wenn er es schuldhaft versäumt, seine Monatsabrechnungen zu kontrollieren und wenn dadurch der Schaden für die anderen Beteiligten (zB durch fortgesetzten Mißbrauch der Daten) weiter vertieft wird.

3. Risikoverteilung zwischen Kartenunternehmen und Vertragsunternehmer

Haftet der Karteninhaber nach Maßgabe der vorausgehenden Ausführungen grundsätzlich nicht für den Mißbrauch seiner Daten im E-Commerce, so stellt sich mit besonderem Nachdruck die Frage, wer von den beiden übrigen Beteiligten den Mißbrauchsschaden zu tragen hat: *das Kartenunternehmen oder der Vertragsunternehmer (Händler)* [44].

3.1. Risikoordnung durch die AGB der Kartenunternehmen

Für den die Rechtsverhältnisse zwischen Kartenunternehmen und Vertragsunternehmer regelnden Händlervertrag (auch: Akquisitionsvertrag, Vertragsunternehmervertrag) fehlt in Österreich ebenso wie in Deutschland ein gesetzliches Muster. Er wird in der Literatur als *Vertrag sui generis* mit Elementen des Geschäftsbesorgungs- und des Garantievertrages beschrieben [45], bei dem die gegenseitigen Rechte und Pflichten durch die AGB der Kartenunternehmen näher ausgestaltet werden [46]. Diese AGB enthalten in Österreich durchwegs eine Zahlungsgarantie des Kartenunternehmens, die beim *Präsenzgeschäft* grundsätzlich auch dann gilt, wenn ein Dritter die Kreditkarte in für den Vertragsunternehmer nicht erkennbarer Weise mißbraucht, und wenn deshalb eine wirksame Anweisung des Karteninhabers fehlt [47].

Doch gilt insoweit abweichendes für den *Fernabsatz*: Für die Mastercard macht Europay Austria die Zahlungsgarantie in ihren AGB ausdrücklich von der Vorlegung eines vom Karteninhaber unterschriebenen Belegs abhängig. Ein solcher Beleg fehlt im Fernabsatz jedoch typischerweise [48]. VISA-Austria

garantiert die Zahlung im Fernabsatz (einschließlich des E-Commerce) zwar auch bei Fehlen eines solchen Belegs [49], behält sich für diesen Fall aber ausdrücklich vor, den an den Vertragsunternehmer gezahlten Betrag zurückzufordern, wenn der Karteninhaber die Bestellung bestreitet. Anderes gilt nur, wenn die Karte im sicheren „*Verified by Visa*“-Verfahren verwendet wurde [50].

3.2. Wandel der Bewertung durch die deutsche Rechtsprechung

In Ermangelung einer eindeutigen österreichischen Rechtsprechung bietet sich ein rechtsvergleichender Blick auf die Rechtslage in Deutschland an. Dort hat das Problem des Mißbrauchs von Kreditkartendaten im Fernabsatz aufgrund eines Rechtsprechungswechsels des deutschen BGH im April 2002 erhebliche Beachtung gefunden.

3.2.1. Entwicklung der deutschen Rechtsprechung bis 2002

Bis zum Jahre 2002 fand die deutsche Rechtsprechung trotz heftiger Kritik in der Literatur [51] an vergleichbaren AGB-Bestimmungen deutscher Kartenunternehmen, in denen sich diese für den Fall des bloßen Bestreitens der Kartennutzung durch den Inhaber die Rückbuchung gegenüber dem Vertragsunternehmer vorbehalten, nichts auszusetzen. Der VIII. Zivilsenat des BGH hielt es in seiner Eurocard-Entscheidung aus dem Jahre 1990 für zulässig, die Vertragsunternehmer durch AGB mit dem vollen Risiko der wirksamen Forderungsbegründung durch den Karteninhaber (Veritätsrisiko) zu belasten [52]. Der 7. und der 19. Senat des OLG Frankfurt am Main betonten in zwei Entscheidungen aus den Jahren 2000 bzw 2001 die Angemessenheit dieser Risikoverteilung auch in Mißbrauchsfällen, weil der Be-

[40] Vgl *Taupitz*, ÖBA 1997, 772; *Mader*, Electronic Payment 100 in FN 37.

[41] Vgl OGH SZ 52/89 = JBl 1980, 427.

[42] Vgl OGH ÖBA 1992, 277, 278 mit insoweit zu Recht kritischer Anmerkung *Fitz*.

[43] So auch *Mader*, Electronic Payment 100 in FN 37.

[44] Selbst wenn der Karteninhaber ausnahmsweise haftet, ist seine Haftung durch die AGB zum Emissionsvertrag regelmäßig auf bestimmte Summen beschränkt (vgl etwa Nr 8 der AGB der VISA-Austria und Nr 19 der AGB der Europay Austria), und es stellt sich die Frage, wer für einen darüber hinausgehenden Schaden eintreten muß.

[45] Vgl *Bichler*, ÖBA 1986, 600 (Akzeptanz als Geschäftsbesorgung) und 602 (Vertrag *sui generis* mit Elementen des Garantievertrages); zum deutschen Recht *Pfeiffer* in Graf von Westphalen, Kreditkartenvertrag Rn 13; *Martinek / Oechsler* in Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechts-Handbuch² § 67 Rn 58.

[46] Diese AGB sind in ihren Grundzügen auf der Grundlage der sog „*Interchange-Rules*“ international harmonisiert. Die „*Interchange-Rules*“ regeln unmittelbar das Verhältnis innerhalb der Kartenorganisation (insbesondere zwischen Emissionsbank und Akquisiteur). Sie wirken mittelbar auf die AGB zum Händlervertrag ein, vgl *Reinfeld*, WM 1994, 1505 ff. Im Detail können die AGB je nach Akquisiteur variieren.

[47] Vgl Nr 11 der AGB der Europay Austria; Nr 2 der AGB der VISA-Austria. Eine Risikohaftung des Kartenunternehmens gemäß § 1014 ABGB dürfte daneben schon deshalb ausscheiden, weil die Abrechnung von Zahlungen im Fernabsatz-Verfahren jedenfalls auch (und wohl überwiegend) im Interesse des Vertragsunternehmers erfolgt; zur Risikohaftung nach § 1014 ABGB siehe auch schon oben 2.2.1.

[48] Zwar werden nicht unterschriebene Online-Belege zunächst ebenfalls honoriert, aber im Falle des Bestreitens der Anweisung

durch den Karteninhaber rückbelastet, es sei denn, die Karte wurde im sicheren „*Secure Code*“-Verfahren eingesetzt, vgl Broschüre „*Einführung für Online-Vertragsunternehmen – Mastercard SecureCode*“ 4.

[49] Vgl Nr 7 der „*Zusatzvereinbarung für Fernabsatzverträge*“ der VISA-Austria AG.

[50] Vgl Nrn 6.2. und 6.4.; dazu auch – ohne Zweifel an der Wirksamkeit solcher Klauseln – *Mader*, Electronic Payment 99 f.

[51] Vgl etwa *Hadding*, WuB I. D 5. – 5.90; *Pfeiffer* in Graf von Westphalen, Kreditkartenvertrag Rn 16 ff; *Martinek / Oechsler* in Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechts-Handbuch² § 67 Rn 61 ff.

[52] Vgl BGH WM 1990, 1061 (allerdings nicht zu einem Fall des Drittmißbrauchs, sondern zu einem Fall unerkannter Geschäftsunfähigkeit des Karteninhabers).

träger bei Mißbrauch der Kartendaten im Fernabsatz als Vertragspartner des Vertragsunternehmers eher in dessen *Lager* stehe und weil, wenn überhaupt, nur der Vertragsunternehmer seine Identität und Seriosität überprüfen könne. Die Kartenunternehmen fungierten dagegen nur als neutrale Zahlstellen [53].

Zwischen die beiden letztgenannten Entscheidungen fiel jedoch ein Urteil des 2. Senats des OLG Frankfurt am Main, das genau entgegengesetzt Stellung bezog: Es seien gerade die Kreditkartenunternehmen, die durch Schaffung und Ausgestaltung des beleglosen Kreditkartenverfahrens für den Fernabsatz ein in hohem Maße mißbrauchsanfälliges Verfahren geschaffen hätten und daher auch dessen Folgen tragen müßten. Dagegen dürften die Vertragsunternehmer grundsätzlich darauf vertrauen, daß die Kartenzahlung so sicher wie Bargeld sei [54]. Diese Argumente hatte *Taupitz* schon 1997 auch für das österreichische Recht angeführt und deshalb AGB-Klauseln, nach denen die Vertragsunternehmer das volle Risiko des Mißbrauchs von Kreditkarten durch unbefugte Dritte tragen mußten, als „gröblich benachteiligend“ und damit nach § 879 Abs 3 ABGB nichtig bewertet [55].

3.2.2. Grundsatzentscheidung des BGH vom 16. April 2002

Der für das Bankrecht zuständige XI. Zivilsenat des BGH schloß sich am 16. April 2002 dieser vertragsunternehmerfreundlichen Auffassung an und gab die frühere BGH-Rechtsprechung auf [56]. Daß die AGB im konkreten Fall sogar von einem „Forderungskauf“ sprachen [57] und daß der Vertragsunternehmer als Forderungsverkäufer nach dem früheren § 437 BGB (also kraft Gesetzes) mit dem Veritätsrisiko (und damit auch mit dem Drittmißbrauchsrisiko) belastet war, hielt der BGH für irrelevant, weil die Konstruktion als Forderungskauf dem Sinn und Zweck

des Kreditkartenverfahrens widerspreche. Dieser nämlich gehe dahin, dem Karteninhaber eine bargeldlose Zahlung zu ermöglichen und trotzdem den Vertragsunternehmer so zu stellen, als habe er Bargeld erhalten (Bargeldersatzfunktion der Kreditkartenzahlung). Die Zahlungszusage der Kreditkartenunternehmen sei daher unabhängig vom Wortlaut der AGB – und notfalls auch diesem zuwider – nicht als Kaufpreisversprechen, sondern als *abstraktes Schuldversprechen* im Sinne des § 780 BGB zu verstehen. [58]

Nachdem der BGH auf diese Weise den Forderungskauf (einschließlich des früheren § 437 BGB) als Orientierungsmuster für die AGB-Inhaltskontrolle ausgeschaltet hatte, erklärte er in einem zweiten Schritt die AGB für „unangemessen“ und damit nach § 9 Abs 2 Nr 2 ABGB (jetzt: § 307 Abs 2 Nr 2 BGB) für nichtig, soweit sie die Vertragsunternehmer unabhängig von deren Verschulden mit dem vollen Mißbrauchsrisiko belasteten. Der BGH betonte, die Kartenunternehmen müßten dieses verfahrensimmanente Risiko grundsätzlich selbst tragen, zumal es ihnen wesentlich leichter falle, es aufzufangen und über die Erhebung einer „Risikoprämie“ zu streuen als den einzelnen Vertragsunternehmern. Eine künftige Risiko- bzw. Schadenteilung aufgrund modifizierter AGB hielt der BGH zwar grundsätzlich für möglich. Maßstäbe für eine solche Risiko- bzw. Schadenteilung legte er aber nicht fest [59].

3.2.3. Praktische und rechtliche Konsequenzen des Rechtsprechungswandels

In ihrer praktischen Konsequenz wirkte sich diese Grundsatzentscheidung des BGH zunächst zu Lasten derjenigen aus, die sie schützen wollte. Die nunmehr bis zu einer Neufassung der AGB ihrerseits mit dem vollen Mißbrauchsrisiko belasteten Kartenunternehmen zogen gleich-

sam die „Notbremse“ und kündigten erst einmal den Großteil der Fernabsatz-Verträge. Damit verschloß sich für viele kleine Versandhändler (vorübergehend) die Möglichkeit, ihre Leistungen über Kreditkarten abzurechnen. Auch in rechtlicher Hinsicht schuf die Entscheidung statt der angestrebten Klarheit eher *Verunsicherung*. Insbesondere erklärten mehrere deutsche Instanzgerichte – allen voran das OLG Naumburg – die Position des BGH für rechtlich wie ökonomisch verfehlt und verweigerten ihm offen die Gefolgschaft [60]. In der Literatur wurde die Grundsatzentscheidung des BGH kontrovers aufgenommen. Die einen feierten sie als „Meilenstein“ des Kreditkartengeschäfts [61], während andere sie als praxisferne, zum Kreditkartenmißbrauch im Fernabsatz geradezu einladende „schöne neue Einkaufswelt des BGH“ verspotteten [62].

3.3. Die aktuelle BGH-Rechtsprechung als Vorbild für Österreich?

In Österreich ist die vom BGH verworfene, AGB-mäßige Risikoüberwälzung auf die Vertragsunternehmer für Fernabsatz und E-Commerce immer noch gängige Praxis. Der OGH hatte bisher keine Gelegenheit, sich zu ihrer Vereinbarkeit mit dem ABGB zu äußern. Allerdings wurde die BGH-Rechtsprechung in einer ersten Stellungnahme aus der Literatur bereits als schlüssig und potentiell vorbildhaft für den OGH gewertet [63]. Bei genauerer Betrachtung ist freilich weder zu erwarten, noch wäre es wünschenswert, daß sich der OGH in dieser Frage dem BGH anschließt.

3.3.1. Auslegung von AGB zwischen Privatautonomie und richterlicher Inhaltskontrolle

In den oben zitierten Entscheidungen zum Kredit- und ec-Kartenrecht hat der österreichische OGH den AGB und da-

[53] Vgl OLG Frankfurt (7. Zivilsenat) NJW 2000, 2115; OLG Frankfurt (19. Zivilsenat) ZIP 2001, 1583, 1584 f m Anm *Meder*; eingehend zur gespaltenen Rechtsprechung des OLG Frankfurt auch *Fiebig*, K&R 2002, 450 f. Die Rechtsprechung des OLG Frankfurt ist für die deutsche Praxis besonders bedeutsam, weil die meisten deutschen Kreditkartenunternehmen ihren Sitz in seinem Bezirk haben.

[54] Vgl OLG Frankfurt (2. Zivilsenat) WM 2001, 986 f.

[55] *Taupitz* ist (für das Präsenzgeschäft) der Auffassung, den Vertragsunternehmern sei (notfalls im Wege ergänzender Vertragsauslegung) auch bei Mißbrauch der Kreditkarte ein Zahlungsanspruch zuzubilligen, wenn sie die ihnen nach den AGB zum Händlervertrag obliegenden Sorgfaltspflichten (namentlich zum Unterschriftsvergleich

und zur Abfrage der Sperrliste) erfüllt hätten, vgl *Taupitz*, ÖBA 1997, 769; aA für den Fernabsatz *Meder*, Electronic Payment 99 f.

[56] Vgl BGH WM 2002, 1120; dazu eingehend *Körber*, WM 2004, 563 ff. Die Entscheidung erging nach Vorlage beim VIII. Zivilsenat gemäß § 132 Abs 3 GVG, vgl BGH WM 2001, 2158 = LM H. 4/2002 Bl 626 m krit Anm *Pfeiffer* = WuB I D 5a. – 1.02 m zust Anm *Hadding*.

[57] Die Konstruktion als Forderungskauf überweg in der deutschen AGB-Praxis ganz deutlich, siehe Abdruck der verschiedenen AGB bei *Kienholz*, Zahlung mit Kreditkarte 173 ff; in Österreich (vgl §§ 1392 ff ABGB) war sie seit jeher unüblich, vgl *Bichler*, ÖBA 1986, 596 f.

[58] Vgl BGH WM 2002, 1122; präzisiert durch BGH WM 2002, 2196. Im Gegensatz zum österreichischen Recht erkennt das

deutsche Recht bei Einhaltung der Formerfordernisse des § 780 BGB auch zweiseitige abstrakte Verträge an.

[59] Vgl BGH WM 2002, 1123 f; zu einem möglichen Maßstab für die Sorgfaltspflichten an die Vertragsunternehmer siehe OLG Naumburg ZIP 2002, 1800.

[60] Vgl OLG Naumburg ZIP 2002, 1797 (siehe dazu schon oben 1.2.2.); dem OLG Naumburg zustimmend *Meder*, ZIP 2002, 2112 ff; sa AG Singen, Urt v 14. 8. 2002, 8 C 713/01 (unveröffentlicht, vgl dazu ZIP 2002, 1801).

[61] So *Pfeiffer*, LM 4/2002, Bl 630.

[62] So *Bitter*, ZIP 2002, 1219.

[63] Vgl *Zeidler*, Die Wirtschaft 07/2003; *Meder* hält diese Praxis dagegen aus der Sicht des österreichischen Rechts für zulässig, vgl *ders*, Electronic Payment 99 f (vor Ergehen der BGH-Entscheidung).

mit der Privatautonomie der Vertragsparteien deutlich mehr Respekt gezollt als der deutsche BGH. Dies ist umso bemerkenswerter als das Festhalten am AGB-Wortlaut in diesen Fällen zu Lasten von *Konsumenten* ging. Daß der OGH (nach dem Vorbild des deutschen BGH) einen ausdrücklich als Forderungskauf ausgestalteten Vertrag zwischen *Kaufleuten* gegen seinen Wortlaut als abstraktes Schuldversprechen bzw. Garantie „auslegen“ und dadurch letztlich die von den Parteien angestrebte Risikoordnung auf den Kopf stellen würde, erscheint bereits vor diesem Hintergrund äußerst unwahrscheinlich. Indes muß der OGH dies auch gar nicht tun, denn mit der Einräumung von *Zahlungs-garantien* an die Vertragsunternehmer haben die österreichischen Kartenunternehmen in ihren AGB seit jeher freiwillig eine Vertragsgestaltung gewählt, wie sie der BGH ihren deutschen Mitbewerbern der Sache nach erst durch seine neuere Rechtsprechung aufgetragen hat [64].

3.3.2. AGB-Inhaltskontrolle nach dem ABGB

Dafür stellt sich allerdings umso dringlicher die Frage, ob die vom BGH etablierte Risikoordnung für den Händlervertrag dann nicht erst recht auf die AGB-Inhaltskontrolle in Österreich übertragen werden muß.

Die VISA-Austria gibt die Zahlungsgarantie gegenüber den Vertragsunternehmern bei nicht unterschriebenen Belegen nach Nr 7 ihrer Fernabsatz-AGB ausdrücklich nur unter Rückforderungsvorbehalt ab und weist damit das Mißbrauchsrisiko im Fernabsatz vollständig dem Vertragsunternehmer zu. Das entspricht ziemlich genau der für Deutschland verworfenen Risikoverteilung. Die Zahlungsgarantie der Europay Austria ist nach Nr 11 ihrer AGB sogar ausdrücklich davon abhängig, daß der Kartenbeleg vom Karteninhaber unterzeichnet wurde. Vom Vertragsunternehmer selbst im Rahmen einer Fernabsatzbestellung erstellte Kreditkartenbelege ohne Unter-

schrift werden nach Auskunft der Europay Austria zwar auf Kulanzbasis honoriert, doch kommt mangels Unterschrift des Karteninhabers die Garantie der Nr 11 nicht zum Tragen, sodaß das Kartenunternehmen die insoweit rechtsgrundlose Zahlung jederzeit zurückfordern kann. Im Ergebnis muß auch hier der *Vertragsunternehmer* das *volle Mißbrauchsrisiko* tragen [65].

Im Rahmen der AGB-Kontrolle muß sich diese Risikoordnung insbesondere zwei Normen des ABGB stellen: Nach § 864a ABGB werden überraschende Bestimmungen nicht Vertragsinhalt, wenn sie für den AGB-Gegner nachteilig sind [66]. Ist diese Hürde überwunden, so können AGB-Bestimmungen gleichwohl nach § 879 Abs 3 ABGB nichtig sein, wenn sie den AGB-Gegner „gröblich benachteiligen“.

3.3.2.1. Überraschende Klauseln im Sinne des § 864a ABGB

Was zunächst die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB anlangt, so wird zwar für die deutsche Schwesternorm des § 305c BGB vertreten, eine AGB-Klausel, die dem Vertragsunternehmer das volle Drittmißbrauchsrisiko auferlege, sei überraschend, weil dieser erwarten dürfe, durch die Kreditkartenzahlung dieselbe Sicherheit zu erlangen wie bei einer Barzahlung [67]. Jedoch zu Unrecht, denn in Deutschland bildeten die entsprechenden AGB-Klauseln lediglich eine schon vor ihrer „Verrechtlichung“ in den AGB über viele Jahre geübte Praxis ab. Sie konnten daher für die Vertragsunternehmer unerwünscht, vielleicht sogar unangemessen, aber niemals überraschend sein [68]. Nichts anderes gilt für Österreich. Eine „Überrumpelung“ der Vertragsunternehmer ist weder inhaltlich noch der Form nach festzustellen. *Inhaltlich* kann eine AGB-Regelung, die „allgemein üblichen Gepflogenheiten“ entspricht, offensichtlich nicht „überraschend“ sein [69], und *formell* in anderen AGB „versteckt“ sind die Regelungen zur Risikoverteilung ebenfalls nicht [70].

3.3.2.2. Angemessenheitskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB

Den Schwerpunkt der AGB-Kontrolle bildet daher (ebenso wie in Deutschland) die Prüfung ihrer Angemessenheit am Maßstab des § 879 Abs 3 ABGB. Da für den Händlervertrag kein gesetzliches Leitbild existiert, ist die Frage nach dem Vorliegen einer „gröblichen Benachteiligung“ durch Belastung der Vertragsunternehmer mit dem vollen, verschuldensunabhängigen Mißbrauchsrisiko durch eine umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles zu beantworten.

3.3.2.2.1. Vertragliches Leitbild

Hier bietet es sich zunächst an, ausgehend von Inhalt und Zweck des Händlervertrages nach seiner „Natur“ zu fragen. Schränkt eine AGB-Klausel wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, in einer Weise ein, welche die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet, so kann dies die andere Partei „gröblich benachteiligen“ [71].

An dieser Stelle kommt das vertragliche Leitbild der „*Bargeldersatzfunktion*“ ins Spiel, an dem der deutsche BGH den Händlervertrag orientierte und aus dem er weitreichende Konsequenzen für die Risikoverteilung abgeleitet hat [72]. Nach Maßgabe dieses Leitbildes soll die Kartenzahlung nicht nur für den Karteninhaber *so einfach* wie eine Barzahlung, sondern auch für den Vertragsunternehmer *so sicher* wie eine Barzahlung sein, weil der Vertragsunternehmer sonst – anders als beim Bargeschäft – ein Vorleistungsrisiko eingehen müßte [73]. In der Literatur ist das Leitbild der „*Bargeldersatzfunktion*“ auch auf das österreichische Recht übertragen und zum Maßstab der Risikoverteilung zwischen Kartenunternehmen und Vertragsunternehmer gemacht worden (allerdings zu Recht vorsichtig und bisher nur bezogen auf das Präsenzgeschäft) [74]. Soll die Kreditkartenzahlung den Vertragsunternehmer in jeder Hinsicht so stellen, als habe er Bargeld erhalten, so paßt es dazu

[64] Der BGH ist insoweit auch auf der Grundlage des deutschen Rechts zu weit gegangen, dazu eingehend *Körber*, FS Immenga 627 ff; sa die Kritik bei OLG Naumburg, ZIP 2002, 1797; *Langenbacher*, BKR 2002, 121; *Heermann*, JZ 2002, 1171; *Werner*, BB 2002, 1383; *Meder*, ZIP 2002, 2113; *Freitag*, ZBB 2002, 325.

[65] Die beiden AGB-Regelwerke sind auf dem Stand des August 2001 und werden nach Auskunft der Kreditkartengesellschaften zur Zeit überarbeitet, ohne daß insoweit an eine Änderung gedacht ist.

[66] Die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB ist grundsätzlich vor der Angemes-

senheitskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB vorzunehmen, vgl *Dittrich / Tades*, ABGB, § 864a ABGB. Das KSchG greift nicht ein, weil der Händlervertrag kein Verbrauchervertrag ist.

[67] Vgl *Bitter*, ZBB 1996, 122; sa *Horn*, ZBB 1995, 278.

[68] Vgl *Kienholz*, Zahlung mit Kreditkarte 168; *Langenbacher*, Risikoordnung 269.

[69] Vgl OGH ÖBA 1992, 278.

[70] Vgl Nr 7 der AGB der VISA-Austria (Rückzahlungsvorbehalt bei Fehlen der Unterschrift) sowie Nr 11 der AGB der Europay Austria (Zahlungsgarantie nur bei unter-

schriebenem Beleg), sa oben 3.3.2.

[71] Vgl die Regelung des § 307 Abs 2 Nr 2 im deutschen BGB.

[72] Vgl BGH WM 2002, 1120 ff; siehe oben 3.2.2.

[73] Dabei handelt es sich bei Lichte gesehen um eine *petitio principii*, denn ob dem Einsatz der Kreditkarte eine derart umfassende Bargeldersatzfunktion zukommt, kann erst durch Auslegung der AGB ermittelt werden, Vgl *Langenbacher*, BKR 2002, 121.

[74] Vgl *Taupitz*, ÖBA 1997, 769.

in der Tat nicht, ihm das Drittmißbrauchsrisiko aufzubürden. In einer solchen Risikoüberwälzung wäre unschwer eine „gröbliche Benachteiligung“ im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB zu erkennen.

Allerdings hat der BGH an dieser Stelle *wesentliche Unterschiede* zwischen Nah- und Fernabsatz nicht hinreichend berücksichtigt: Bei der *Präsenzzahlung* mit Vorlage der Karte, Unterschrift durch den Karteninhaber und (laienhaftem) Unterschriftsvergleich durch den Vertragsunternehmer werden die Vertragsunternehmer durch die AGB zum Händlervertrag in der Tat durchwegs verpflichtet, die Kartenzahlung „wie Bargeld“ zu akzeptieren und den Karteninhaber in jeder Hinsicht so zu behandeln, als habe er bar gezahlt [75]. Dies läßt es interessengerecht erscheinen, die Vertragsunternehmer auch selbst in jeder Hinsicht so zu stellen, als hätten sie Bargeld erhalten [76].

Bei der Zahlung durch Angabe der Kartendaten im *Fernabsatz* besteht eine solche Akzeptanzpflicht aber grundsätzlich nicht [77]. Der Vertragsunternehmer geht zudem kein Vorleistungsrisiko gerade im Vertrauen auf die Zahlung mit der Kreditkarte ein, weil im Fernabsatz eine Zug-um-Zug-Leistung gegen Barzahlung ohnehin nicht möglich ist [78]. Der *Zweck* des Fernabsatz-Verfahrens besteht *erstens* darin, den Vertragsunternehmern eine schnelle und einfach zu handhabende Abrechnungsmöglichkeit für Distanzgeschäfte zur Verfügung zu stellen, obwohl die Kreditkarte nicht vorgelegt und der Beleg nicht unterschrieben werden kann [79]. *Zweitens* sollen die Vertragsunternehmer vom Bonitätsrisiko freigestellt werden, dh vom Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Karteninhabers, nicht aber vom Risiko der mangelnden Identität zwischen Karten-

inhaber und Besteller, um das es hier geht [80]. Im Fernabsatz ist die Kreditkartenzahlung daher keine Alternative zur Barzahlung, sondern zu anderen Formen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs (namentlich zur Lastschrift), bei denen der Anbieter regelmäßig ebenfalls das Vorleistungs- und damit auch das Betrugsrisiko tragen muß [81]. Die am Muster des Präsenzgeschäfts ausgerichtete Bargeldanalogie des BGH läuft bei Übertragung auf Fernabsatz und E-Commerce nicht auf eine *Gleichstellung* der Vertragsunternehmer, sondern auf ihre unverdiente *Besserstellung* im Vergleich zum Geschäftsabschluß ohne Kreditkarteneinsatz hinaus. Sie ist daher als nicht interessengerecht abzulehnen und kann nicht als Maßstab für die AGB-Kontrolle dienen [82].

3.3.2.2.2. Abgrenzung nach Risikosphären

Scheidet die „Bargeldersatzfunktion“ als Orientierungsmuster für die AGB-Inhaltskontrolle aus, und fragt man sich deshalb nach anderen Kriterien für eine Interessenabwägung im Rahmen des § 879 Abs 3 ABGB, so fällt auf, daß der OGH in seiner Rechtsprechung zur Risikoverteilung zwischen Kartenunternehmen und *Karteninhaber* insbesondere darauf abgestellt hat, in wessen *Sphäre* das Risiko auftritt und wer es (besser) beherrschen kann [83]. Diese „Sphärentheorie“ prägt auch die deutsche Rechtsprechung zur Risikoverteilung zwischen Kartenunternehmen und *Vertragsunternehmer*. Allerdings kommen die deutschen Gerichte in Anwendung dieses Ansatzes – wie wir gesehen haben – zu sehr uneinheitlichen, ja konträren Ergebnissen [84]: Während der 7. und 19. Senat des OLG Frankfurt am Main ebenso wie das OLG Naumburg

darauf abstellen, daß sich der Mißbrauch zwischen Besteller und Vertragsunternehmer – also in der Sphäre des Vertragsunternehmers – abspiele und daß der Vertragsunternehmer die Identität und Vertrauenswürdigkeit des Bestellers immer noch besser überprüfen könne als die nicht unmittelbar an dem Geschäft beteiligten Kartenunternehmen, ordnen der 2. Senat des OLG Frankfurt und der BGH dieses Risiko der Sphäre der Kartenunternehmen zu, weil diese das Kreditkarten-Verfahren „geschaffen“ und (jedenfalls bezogen auf E-Commerce und Fernabsatz) in mißbrauchsanfälliger Weise ausgestaltet hätten. Der BGH ergänzt diese Wertung noch um den Hinweis auf die besseren Verteilungs- und Absorptionsmöglichkeiten der Kartenunternehmen (also auf die Möglichkeit der Risikoversicherung). Im Mittelpunkt der Abwägung stehen danach die drei Teilaspekte der *Risikoesetzung*, *Risikobeherrschung* und *Risikoversicherung*.

Der Hinweis auf die *Risikoesetzung* durch die Kartenunternehmen durch Schaffung und mißbrauchsanfällige Ausgestaltung des Fernabsatz-Verfahrens geht schon auf der tatsächlichen Ebene fehl. Die Kartenunternehmen haben dieses Verfahren nämlich ebensowenig „geschaffen“ wie das „wilde Lastschriftverfahren“ beim ec-Karten-Einsatz [85]. Sie haben lediglich eine auf seiten der Vertragsunternehmer ausgebildete Praxis in ihren AGB „verrechtlicht“, die vor der Risikoordnung durch die AGB außerhalb des Händlervertrages – gleichsam „auf Kulanzbasis“ – geübt wurde, und in Österreich jedenfalls seitens der Europay Austria immer noch auf Kulanzbasis geübt wird [86]. Angesichts dieser Entwicklung kann man auch nicht davon sprechen, allein die Kartenunternehmen hätten dieses Verfahren in den Verkehr ein-

[75] Vgl Nr 4 der AGB der Europay Austria; Nr 3 der AGB zum Händlervertrag der VISA-Austria. Die Weigerung, eine Kreditkartenzahlung zu akzeptieren, verletzt den Händlervertrag und begründet eine Schadensersatzpflicht des Vertragsunternehmers gegenüber dem Kartenunternehmen wenigstens in Höhe des Disagios gem § 1012 ABGB und ggf auch gegenüber dem Karteninhaber (vgl Bichler, ÖBA 1986, 600).

[76] Die „Bargeldanalogie“ ist ursprünglich für die Präsenzzahlung entwickelt worden, vgl ausführlich Pfeiffer in Graf von Westphalen, Kreditkartenvertrag Rn 18 ff; zu ihrer Beschränkung auf diese Fälle sa Meder, NJW 2002, 2215; ders, WM 2002, 1995. Nur für die Präsenzzahlung trifft auch der Hinweis des BGH zu, der Vertragsunternehmer leiste im Vertrauen darauf vor, daß die Kreditkarte „so sicher wie Bargeld“ sei. Bargeschäfte sind typischerweise Zug-um-Zug-Geschäfte ohne Vorleistungsrisiko, bei denen es keine Rolle spielt, ob der Zahlende die Person ist, für die er sich ausgibt. Im Fernabsatz ist dieser Umstand dagegen immer

relevant, vgl Meder, NJW 2002, 2215; Taupitz, Kreditkartenmißbrauch 116 ff.

[77] Vgl Meder, ZIP 2001, 1587.

[78] Vgl Meder, WM 2002, 1995.

[79] Vgl Langenbacher, BKR 2002, 122.

[80] Vgl Kienholz, Zahlung mit Kreditkarte 63 ff und 155; Felke, WuB I D 5 a. – 3.01, 891, 892.

[81] Vgl Freitag, ZBB 2002, 329; Meder, ZIP 2002, 2115 FN 36; Bitter, ZIP 2002, 1219; sa monographisch Langenbacher, Risikoordnung.

[82] So auch OLG Naumburg, ZIP 2002, 1797; Freitag, ZBB 2002, 329; Meder, WM 2002, 1995; insoweit an der Position des BGH zweifelnd auch Pfeiffer, LM 4/2002, Bl 630, 631; noch deutlicher ders in Graf von Westphalen, Kreditkartenvertrag Rn 21; aA Härting, MDR 2002, 914.

[83] Vgl OGH SZ 52/89 = JBl 1980, 427; OGH ÖBA 1992, 277, 278 m Anm Fitz; ebenso OGH ÖBA 2001, 250, 253 m Anm Koziol (zur ec-Karte); eingehend Fitz/Hacksteiner, ÖBA 1992, 444 ff; sa Janisch, ÖBA 2001, 862 (zum Internet-Banking). Ein ge-

setzlicher Anhalt für den Sphärengedanken findet sich in §§ 1155, 1168 ABGB.

[84] Siehe oben 3.2.1.

[85] Beim (früher „wildem“ und jetzt ebenfalls in Bank-AGB „gezähmten“) Lastschriftverfahren wird beim ec-Karteneinsatz unter Verzicht auf die PIN-Eingabe lediglich ein Lastschriftauftrag unterzeichnet. Dieses Verfahren ist für die Vertragsunternehmer weitgehend kostenlos, dafür aber auch unsicher, weil die Bank die Zahlung nicht garantiert. Es ist in Deutschland trotzdem dreimal so verbreitet wie das sichere POS-Verfahren mit PIN-Eingabe, vgl dazu Kienholz, Zahlung mit Kreditkarte 72, insb FN 182.

[86] Die VISA-Austria nur deshalb schlechter zu stellen, weil sie in ihren Fernabsatz-AGB klare Regelungen geschaffen hat, während die Europay Austria Zahlungen im Fernabsatz bei Verzicht auf ein besonderes Sicherungsverfahren lediglich auf Kulanzbasis außerhalb ihrer AGB leistet, wäre offensichtlich ungerecht.

geführt und zur Ausweitung ihres Geschäftskreises benutzt [87].

In bezug auf den Aspekt der *Risiko-beherrschung* ist zwar richtig, daß es beim Fernabsatz auch für die Vertragsunternehmer schwierig ist, die Identität und Vertrauenswürdigkeit ihrer Kunden zu überprüfen. Doch bleiben sie als dem konkreten Geschäft am nächsten stehende Partei im Vergleich zu den Kartenunternehmen trotzdem die „*cheapest cost avoiders*“ [88]. Dabei fällt auch ins Gewicht, daß die Vertragsunternehmer in jedem Einzelfall frei darüber entscheiden können, ob sie das ihnen bekannte Mißbrauchsrisiko vorbehaltlos eingehen, die Kartendaten nur in Verbindung mit einem sicheren Verfahren wie „*Verified by Visa*“ oder „*Mastercard SecureCode*“ akzeptieren oder auch auf einer anderen Zahlungsart (zB Vorkasse oder Nachnahme) bestehen wollen. Ganz abgesehen davon, daß sie natürlich auch gänzlich auf den Geschäftsabschluß mit einem dubiosen Besteller verzichten können. Wenn sie sich trotzdem – sei es aus Kostengründen oder sei es, um den Kunden die Zahlung so bequem wie möglich zu machen und dadurch ihren Umsatz zu steigern – für eine bekanntermaßen unsichere Zahlungsmethode entscheiden, erscheint es angemessen, sie (unbeschadet eines Mitverschuldens des Kartenunternehmens [89]) auch grundsätzlich mit dem vollen Mißbrauchsrisiko zu belasten.

Der in der Literatur dagegen erhobene Einwand, es sei unangemessen, die Vertragsunternehmer mit dem Mißbrauchsrisiko zu belasten, wenn sie die ihnen durch die AGB zum Händlervertrag auferlegten formellen Kontrollpflichten (Beachtung des Ablaufdatums und der Sperlliste, Bonitätsabfrage etc) erfüllt hätten [90], greift für den E-Commerce zu kurz, denn diese Kontrollpflichten zielen im Fernabsatz angesichts der Unmöglichkeit sicherer Identitätsfeststellung außerhalb besonderer Sicherungsverfahren allein auf die Er-

mittlung der Bonität der Karte. Lohn für ihre Erfüllung ist dementsprechend auch nur eine Freistellung vom Bonitätsrisiko. Daß die Kreditkartenunternehmen im Präsenzggeschäft das Risiko nicht offensichtlicher Unterschriftenfälschung tragen, ist Gegenstück der ebenfalls nur im Präsenzggeschäft bestehenden Akzeptanzpflicht der Vertragsunternehmer [91].

Was schließlich den Aspekt der *Risiko-versicherung* anlangt, so ist es zwar richtig, daß die Kartenunternehmen das Mißbrauchsrisiko möglicherweise besser auffangen und streuen können als ein einzelner kleiner Vertragsunternehmer [92]. Doch erscheint eine „Zwangsversicherung“ der Vertragsunternehmer durch die Kartenunternehmen in rechtlicher wie ökonomischer Hinsicht zweifelhaft [93]. Im Gegenteil sind die Vertragsunternehmer auch die „*cheapest insurers*“, denn *erstens* handelt es sich beim Betrugsrisiko um ein dem Fernabsatz als solchem und nicht etwa nur der Kreditkartenzahlung immanentes Risiko. *Zweitens* wäre eine Zwangsversicherung der Vertragsunternehmer durch die Kartenunternehmen ökonomisch ganz allgemein schon deshalb fragwürdig, weil sie den Versicherten jeden Anreiz nimmt, die Realisierung des Risikos zu vermeiden [94]. Und *drittens* ist sie auch ein viel zu grobes Instrument, weil das Risiko des Mißbrauchs der Kartendaten im Fernabsatz je nach Branche und Umfang der Geschäfte ganz unterschiedlich sein kann. So geht beispielsweise ein *nationaler* Buchversender ein weit geringeres Risiko ein als ein *international* tätiger Versender teurer Computerkomponenten. Vor diesem Hintergrund erscheint eine branchenspezifische Risikoversicherung derjenigen Vertragsunternehmer, die ein besonders hohes Risiko eingehen, wesentlich sachgerechter und ökonomisch effizienter als eine Risiko- und Kostenstreuung durch Zwangsversicherung *aller* Vertragsunternehmer (dh letztlich durch eine Versicherung der

Hochrisikobranchen auf Kosten der Anbieter aus Branchen mit geringem Risiko) [95].

Diese Wertung wird durch einen *empirischen Befund* gestützt: In Umsetzung der neuen BGH-Rechtsprechung haben die deutschen Kartenunternehmen in ihren neuen AGB zum Händlervertrag verschiedene Vertragsmodelle zur Wahl gestellt [96]. Die Vertragsunternehmer können sich weiterhin für das alte Modell entscheiden, bei dem sie das volle Risiko tragen müssen, aber auch nur vergleichsweise geringe Gebühren bezahlen müssen. Oder sie können eines der verschiedenen neuen Modelle wählen, bei denen die Kartenunternehmen ihnen dieses Risiko gegen Erfüllung verschärfter Anforderungen an die Risiko-Vermeidung und gegen eine erhöhte Gebühr abnehmen. Nach Auskunft des vor dem BGH unterlegenen Unternehmens B+S GmbH wählen fast alle Vertragsunternehmer nach wie vor das erste Modell, das genau der Regelung entspricht, die der BGH als ihnen gegenüber „unangemessen“ verworfen hat und die auch nach wie vor die Praxis in Österreich prägt.

3.4. Ergebnis

Die Grundsatzentscheidung des BGH zum Kreditkartenrecht vom April 2002 ist keine Sternstunde der deutschen Rechtsprechung gewesen. Sie ruht auf rechtlich wie ökonomisch angreifbaren Argumenten, und sie zwingt den Vertragsunternehmern einen kostenpflichtigen Versicherungsschutz auf, den diese offensichtlich gar nicht wollen. Der OGH wäre gut beraten, insoweit die derzeit bestehenden österreichischen AGB zum Händlervertrag und damit die Privatautonomie der Beteiligten zu respektieren und dem BGH in dieser Frage nicht zu folgen. Die bisherige OGH-Rechtsprechung zur AGB-rechtlichen Bewertung Allgemeiner Bankbedingungen stimmt insoweit hoffnungsvoll. ♦

[87] Die Entscheidung OGH ÖBA 2001, 253, in welcher der OGH mit dieser Erwägung das Risiko der technischen Manipulation von Bankautomaten-Karten grundsätzlich den Banken zugewiesen hat, ist daher nicht auf den hier untersuchten Kreditkarteneinsatz im E-Commerce übertragbar.

[88] Deshalb wird seine Belastung mit dem Betrugsrisiko zB auch in den USA als Mutterland der Kreditkarte anerkannt, vgl etwa Mroz, 19 N. Ill. U. L. Rev. 589, 609 (1999).

[89] Ein Mitverschulden des Kartenunternehmens im Sinne von § 1304 ABGB kann zB vorliegen, wenn dieses, obwohl es Umstände erkennen kann, die einen Mißbrauch nahelegen (etwa ungewöhnlich hohe Umsätze) keinen Gebrauch von den ihm zu Gebote stehenden Möglichkeiten der Schadensmin-

derung oder Schadensvermeidung macht. Insoweit kann schon Sorglosigkeit gegenüber eigenen Gütern ausreichen, vgl Fitz, ÖBA 1992, 281; Taupitz, ÖBA 1997, 772 (beide zum Verhältnis des Kartenausstellers zum Karteninhaber).

[90] So Taupitz, ÖBA 1997, 769; zum deutschen Recht ders, NJW 1996, 223.

[91] Das in Deutschland vorgetragene Argument, auch die für den Fernabsatz leicht erhöhte Servicegebühr (3,5% statt 3,3%) spreche für eine Risikoübernahme durch die Kartenunternehmen (so etwa der 2. Senat des OLG Frankfurt WM 2001, 986 f; dagegen Meder, ZIP 2001, 1588; ders, NJW 2000, 2077), sticht in Österreich schon deshalb nicht, weil die hiesigen Kreditkartenunternehmen nach eigener Auskunft für den Fernabsatz keine höhere Gebühr verlangen als für das Präsenzggeschäft.

[92] Vgl auch Fitz/Hacksteiner, ÖBA 1992, 445 zur Relevanz der besseren Verteilungs- und Absorptionsmöglichkeiten als Abwägungsgesichtspunkt.

[93] Insoweit kritisch auch Bitter, WuB I D 5 a. – 2.02, 763 („Versicherungslösung“); Langenbacher, BKR 2002, 122 („Zwangsversicherung“).

[94] Vgl Bitter, WuB I D 5 a. – 2.02, 763 f unter Berufung auf Schäfer/Ott, Lehrbuch³ 383; kritisch gegenüber einer Externalisierung von Risiken durch derartige Versicherungslösungen auch Koller, JZ 1997, 1070 (zum Scheckrecht).

[95] So zu Recht auch BGHZ 77, 126, 133.

[96] Zur Vereinbarkeit dieser neuen Regelungen mit dem deutschen AGB-Recht vgl Körber, WM 2004, 569 f.