

ONLINE-BANKING, KREDITKARTEN & CO: VERBRAUCHER:INNEN EFFEKTIV VOR BE- TRUG SCHÜTZEN

Lücken im Haftungsregime der EU-Zahlungsdiensterichtlinie PSD2 schließen

7. Juni 2023

Impressum

**Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände –
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.**

Team Finanzmarkt

finanzen@vzbv.de

Rudi-Dutschke-Straße 17
10969 Berlin

Der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. ist im Deutschen Lobbyregister und im europäischen Transparenzregister registriert. Sie erreichen die entsprechenden Einträge [hier](#) und [hier](#).

INHALT

I. EINLEITUNG	3
II. ZUSAMMENFASSUNG DER RECHTSLAGE	4
1. Haftungsgrundsatz	4
2. Fehlende Autorisierung	4
III. SCHWIERIGKEITEN IN DER RECHTSDURCHSETZUNG FÜR VERBRAUCHER:INNEN	5
1. Umgehung der Pflicht zur sofortigen Erstattung	5
2. Beweisschwierigkeiten	5
3. Divergierende Anschauungen zur „groben Fahrlässigkeit“	6
IV. EMPFEHLUNGEN	7
1. Nicht autorisierte Transaktionen definieren	7
2. Klare Beweislastumkehr	7
3. Umgehung der Pflicht zur sofortigen Erstattung stoppen	7

I. EINLEITUNG

Der digitale Zahlungsverkehr birgt trotz aller Vorteile, die er mit sich bringt, erhebliche Gefahren. Betrüger:innen nutzen die Verlagerung in den digitalen Bereich, um sich Zugriff auf die Gelder von Verbraucher:innen zu verschaffen. Dazu nutzen sie unter anderem Phishing-Mails, gefälschte Websites und SMS, Fake-Anrufe und Trojaner, um an die Ersparnisse der Verbraucher:innen zu gelangen. Diese können sich gegen diese Angriffe nur schwer wappnen. Denn die Betrugsstrategien sind inzwischen äußerst ausgeklügelt und hebeln die bekannten Vorsichtsmaßnahmen immer erfolgreicher aus. Ermittlungsbehörden melden entsprechend eine Zunahme der Betrugsfälle.¹² Die Gefahr für die Ersparnisse der Verbraucher:innen wächst durch Fortschritte im Bereich der künstlichen Intelligenz noch weiter, die etwa täuschend echte Stimmimitationen ermöglichen³. Während Verbraucher:innen in besonders gravierenden Fällen ihre gesamten Ersparnisse verlieren, werden die Täter:innen nur selten belangt.

Um Verbraucher:innen dennoch eine sichere Teilnahme am digitalen Zahlungsverkehr zu ermöglichen, sieht die Zweite EU-Zahlungsdiensterichtlinie (Payment Services Directive 2 - PSD2) ein Haftungssystem vor, bei dem sie nur für fehlerhafte Transaktionen haften müssen, wenn sie diese selbst verschuldet haben. Der Gesetzgeber hat somit aus gutem Grund die Last hin zu den Zahlungsdienstleistern verschoben, da diese einerseits Schäden ökonomisch abfedern können, die einzelne Verbraucher:innen ruinieren würden und sie andererseits hierdurch den Anreiz erhalten, in Betrugsprävention zu investieren.

Die Durchsetzung dieses Grundsatzes findet leider nach bisherigen Erkenntnissen des Verbraucherzentrale Bundesverbands (vzbv) und der Verbraucherzentralen nur eingeschränkt statt.⁴ Auf gesamteuropäischer Ebene legen Daten der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde (European Banking Authority – EBA) nahe, dass Verbraucher:innen sogar überwiegend die Schäden aus nicht autorisierten Transaktionen selbst tragen.⁵ Für den deutschen Markt liegen diese Daten leider nicht vor.

Damit Verbraucher:innen auch weiterhin vertrauensvoll am digitalen Zahlungsverkehr teilnehmen können, plädiert der vzbv für folgende Anpassungen bei der Revision der PSD2:

- ❖ Präzisere Definition von nicht autorisierten Transaktionen in Bezug auf Betrugs-szenarien
- ❖ Zahlungsdienstleister müssen konsequent die Beweispflicht tragen

¹ NDR: Online-Banking: Betrugsfälle in SH nehmen zu, 2023, <https://www.ndr.de/nachrichten/schleswig-holstein/Online-Banking-Betrugsfaelle-in-SH-nehmen-zu.betrug470.html>, 26.05.2023

² Süddeutsche Zeitung: Das sind die Maschen der Bankbetrüger, 2023, <https://www.sueddeutsche.de/muenchen/muenchen-online-banking-betrug-sparkasse-1.5785657?reduced=true>, 26.05.2023

³ The Washington Post: They thought loved ones were calling for help. It was an AI scam., 2023, <https://www.washingtonpost.com/technology/2023/03/05/ai-voice-scam/>, 26.05.2023

⁴ vzbv: Verbraucherprobleme bei betrügerischen Kontozugriffen, 2022, <https://www.vzbv.de/publikationen/geld-weg-bank-mauert>, 26.05.2023

⁵ EBA: Discussion Paper on the EBA's preliminary observations on selected payment fraud data under PSD2, as reported by the industry, 2022, S. 26, <https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/payment-services-and-electronic-money/discussion-paper-payment-fraud-data-received-under-psd2>, 26.05.2023.

- Einführung eines Aufrechnungsverbots, um die verbreitete Umgehung der Pflicht zur sofortigen Erstattung zu stoppen

II. ZUSAMMENFASSUNG DER RECHTS- LAGE

1. HAFTUNGSGRUNDSATZ

Die Haftung für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge ist in den Artikeln 72 ff. PSD2, umgesetzt in § 675u ff. BGB, klar verteilt. Ab einer Summe von 50 Euro haften Kund:innen nur, wenn sie den Fehler, der zum Schadenseintritt geführt hat, grob fahrlässig herbeigeführt haben. Liegt keine grobe Fahrlässigkeit der Kund:innen vor, so haben diese einen Erstattungsanspruch gegen den Zahlungsdienstleister. Diese Erstattung muss unverzüglich erfolgen, das bedeutet im Normalfall innerhalb eines Geschäftstages.

2. FEHLENDE AUTORISIERUNG

Probleme ergeben sich vielfach bei der Frage nach der Autorisierung, da nur nicht autorisierte Transaktionen ins Haftungsregime der PSD2 fallen.

Bei verschiedenen Betrugsszenarien erschleichen sich Kriminelle Zugangsdaten, Sicherheitsmerkmale oder gewinnen das Vertrauen des Zahlenden, damit er die von ihnen gewünschte Zahlung durchführt. Banken sind häufig der Ansicht, dass in all diesen Fällen autorisierte Zahlungen vorlägen, weil der Fehler nicht in der Technologie, sondern bei den Anwender:innen liege. Nach geltender Rechtslage ist die Frage der Autorisierung jedoch differenzierter zu beurteilen.

Unter Autorisierung versteht man die Zustimmung des Zahlenden zum Zahlungsvorgang. Diese Zustimmung findet im digitalen Zahlungsverkehr regelmäßig in Zusammenhang mit einem automatisierten Verfahren statt, seit der PSD2 in der Regel mit der besonders sicheren 2-Faktor-Authentifizierung. Eine wirksame Autorisierung liegt nicht vor, wenn eines der Elemente des Authentifizierungsverfahrens kompromittiert wurde. Ob das auf Seiten des Nutzers oder auf Seiten der Bank geschehen ist, ist für die Einordnung der Zahlung als „nicht autorisiert“ irrelevant.

Es gibt jedoch auch Fälle, in denen Betrug vorliegt und dennoch eine Autorisierung gegeben ist. Wird beispielsweise das Opfer von Kriminellen angerufen und ihm vorgespiegelt, dass sich eine nahestehende Person in einer prekären Lage befände und es aus diesem Grund eine Überweisung in Auftrag geben müsse, so liegt eine Autorisierung vor. Das Opfer wollte die Zahlung auslösen, wenn auch das Motiv, aus dem es sich dafür entschieden hat, auf eine Täuschung zurückgeht.

Es liegt keine Autorisierung vor, wenn Kriminelle - mithilfe von Zugangsdaten, persönlichen Sicherheitsmerkmalen oder des Zugriffs auf TANs - Zahlungen durchführen oder durchführen lassen, wenn Verbraucher:innen nicht wollen, dass diese konkrete Zahlung durchgeführt wird.

Ob Verbraucher:innen dies zu vertreten haben, ist erst für die Frage der Haftung relevant. Nicht autorisierte Transaktionen liegen damit auch in den Fällen vor, in denen Betrüger:innen den Zahlenden ausnutzen, um an die gewünschte Information zu gelangen. Etwa, indem sie sich als Bankmitarbeiter:innen ausgeben und unter einem Vorwand zur Preisgabe bestimmter Daten oder Sicherheitsmerkmale auffordern oder den Nutzer auf eine gefälschte Webseite der Bank leiten, auf der er seine Zahlungsdaten

eingeben soll. Es kommt allein darauf an, ob der Nutzer die von den Angreifern herbeigeführte Transaktion herbeiführen wollte. Wollte er hingegen nur einen Datenabgleich oder Systemtest durchführen oder Geld an ein völlig anderes Konto überweisen, so wurde das Authentifizierungsverfahren kompromittiert. Eine Autorisierung liegt in solchen Fällen nicht vor.

III. SCHWIERIGKEITEN IN DER RECHTS-DURCHSETZUNG FÜR VERBRAUCHER:INNEN

Das Haftungsregime soll Verbraucher:innen davor schützen, durch nicht autorisierte Transaktionen ihr Geld zu verlieren, sofern sie sich nicht über Gebühr unsorgfältig verhalten. In der Praxis treten jedoch verschiedene Probleme auf, sodass Verbraucher:innen häufig schutzlos stehen. Dazu zählen die Umgehung der Erstattungsfrist durch die Zahlungsdienstleister, Beweisschwierigkeiten für Verbraucher:innen sowie die divergierende Rechtsprechung zur „groben Fahrlässigkeit“ und zur Frage der Autorisierung.

1. UMGEHUNG DER PFLICHT ZUR SOFORTIGEN ERSTATTUNG

Art. 73 I PSD2 (umgesetzt in § 675u S. 3 BGB) sieht für die Erstattung des Betrags der fehlerhaften Autorisierung eine Frist vor. Die Erstattung muss einen Geschäftstag nach Anzeige der nicht autorisierten Zahlung erfolgt sein. Diese Frist muss nur dann nicht eingehalten werden, wenn ein Betrugsverdacht gegen den Nutzer vorliegt, der auch der zuständigen Behörde entsprechend angezeigt wurde (§ 675u S. 4 BGB). Erfahrungen in den Verbraucherzentralen und betrauten Anwaltskanzleien zeigen jedoch: Zu einer fristgerechten Erstattung kommt es nicht immer. Stattdessen wird mit einem behaupteten Gegenanspruch gegen den Zahler wegen grober Fahrlässigkeit aufgerechnet. Das bringt Verbraucher:innen in die prekäre Situation, nicht über den zu erstattenden Betrag verfügen zu können, was sie wirksam davon abhalten kann, sich diesen in einem kostspieligen und zeitintensiven Gerichtsverfahren zurück zu erstreiten. Im Ernstfall droht dem betroffenen Verbraucher die Zahlungsunfähigkeit. Dass die Institute nicht zunächst die Beträge erstatten, zeigt sich auch daran, dass bei nahezu allen öffentlich bekannten Gerichtsurteilen die Zahler:innen als klagende Parteien auftreten – und nicht die Zahlungsdienstleister.⁶

2. BEWEISSCHWIERIGKEITEN

Häufig können Verbraucher:innen vor Gericht nicht nachweisen, dass die fehlerhafte Autorisierung nicht ihrer Fahrlässigkeit, sondern einem Systemfehler des Zahlungsdienstleisters zuzurechnen ist. Art. 72 PSD2 (§ 675w BGB) sieht zwar vor, dass der Zahlungsdienstleister beweisen muss, dass der Zahlungsvorgang authentifiziert, ordnungsgemäß aufgezeichnet und verbucht wurde und dass allein die Aufzeichnung darüber als Beweismittel nicht ausreicht. Dennoch muss regelmäßig der Zahlende nachweisen, dass er nicht grob fahrlässig gehandelt hat. Ob die Zahlenden jedoch grob ge-

⁶ BGH, Urteil vom 17.11.2020, Az XI ZR 294/19; OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.07.2021, Az 10 O 77/19; OLG Bremen, Urteil vom 19.05.2021, Az 1 W 4/21; OLG Schleswig, Urteil vom 29.10.2018, Az 5 U 290/18

gen Sorgfaltspflichten verstoßen haben, muss sich aus Sicht des vzbv auch danach beurteilen, wie benutzerfreundlich und sicher das System des Zahlungsdienstes ausgestaltet war. So könnte beispielsweise die Gestaltung eines Überweisungsvorganges, bei dem auf fremden Websites Bankdaten eingegeben werden müssen, den Nutzer:innen gefährliche Verhaltensweisen antrainiert haben.⁷ Ob den Zahlungsdienst auch ein Verschulden am Fehlverhalten der Nutzer:innen trifft, ist eine Frage, die vor Gericht häufig außer Betracht bleibt.

In Deutschland nimmt der Bundesgerichtshof unter gewissen Umständen sogar eine Beweiserleichterung für den Zahlungsdienstleister, den so genannten Anscheinsbeweis, an⁸. Legt der Zahlungsdienstleister dar, dass ein praktisch nicht zu überwindendes und im konkreten Fall ordnungsgemäß verwendetes und fehlerfrei funktionierendes Sicherheitssystem vorliegt, spricht der erste Anschein für eine grobe Fahrlässigkeit des Nutzers. Diese Beweiserleichterung ist unangebracht. Denn ein Sicherheitssystem scheint immer so lange sicher und praktisch nicht überwindbar, bis es von Betrüger:innen überwunden wird. Die Sicherheit eines Systems in der Vergangenheit kann daher nicht den Beweis ersetzen, dass das System auch im konkreten Fall nicht überwunden wurde.

3. DIVERGIERENDE ANSCHAUUNGEN ZUR „GROBEN FAHRLÄSSIGKEIT“

Wann Verbraucher:innen grob fahrlässig die nicht autorisierte Transaktion verschuldet haben, wird von den einzelnen Gerichten überaus unterschiedlich beurteilt⁹. Der auslegungsbedürftige Rechtsbegriff „grobe Fahrlässigkeit“ bringt der Regelung die Flexibilität einer Einzelfallbetrachtung in einem sich schnell ändernden Umfeld. Allerdings birgt der Begriff die Gefahr, dass Richter:innen Rückschaufehler unterlaufen. Ausgehend von der Tatsache, dass es zu einem Schaden gekommen ist, werden Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des Schadensereignisses überschätzt. Das Fehlverhalten des Zahlers ist für Richter:innen leichter nachvollziehbar als etwaige Fehler in den Sicherheitsvorkehrungen des vom Zahlungsdienstleisters verantworteten Systems – insbesondere dann, wenn dieses nicht näherer Gegenstand des Verfahrens wird. Solche Rückschaufehler sind wahrscheinlich und können sich strukturell zu Lasten von Verbraucher:innen auswirken.

⁷ vzbv: Mängel bei Kontoinformationsdiensten beheben, 2022, <https://www.vzbv.de/pressemitteilungen/maengel-bei-kontoinformationsdiensten-beheben>, 26.05.2023

⁸ BGH, Urteil vom 26. Januar 2016, Az XI ZR 91/14

⁹ AG Bonn, Urteil vom 23.06.2021, Az 115 C 53/21; OLG Schleswig, Urteil vom 29.10.2018, Az 5 U 290/18

IV. EMPFEHLUNGEN

Mit der PSD2-Revision besteht die Möglichkeit, dem grundsätzlich gut durchdachten Haftungsregime zu mehr Durchsetzung zu verhelfen. Dazu schlägt der vzbv folgende Maßnahmen vor:

1. NICHT AUTORISIERTE TRANSAKTIONEN DEFINIEREN

In vielerlei Hinsicht besteht in der deutschen Rechtsprechung und zwischen verschiedenen EU-Mitgliedsstaaten Uneinigkeit bezüglich der Auslegung bestimmter PSD2-Normen. Insbesondere die oben aufgezeigte Frage, wann eine autorisierte Transaktion vorliegt und bei welchen Angriffsarten die Autorisierung fehlt, wird in den verschiedenen Mitgliedsstaaten sehr unterschiedlich beurteilt. Art. 64 PSD2 (umgesetzt in § 675j BGB) lässt Raum für Interpretation, indem er nur festlegt, dass bei fehlender Zustimmung der Zahlungsvorgang als nicht autorisiert gilt. In der Norm sollte klarer geregelt werden, wann die Zustimmung und somit die Autorisierung fehlen. Mindestens diejenigen Betrugsszenarien, die nach der oben dargestellten deutschen Rechtslage als nicht autorisiert gelten, müssen von dieser Klarstellung umfasst sein.

2. KLARE BEWEISLASTUMKEHR

Ebenso muss festgeschrieben werden, dass den Beweis für die „grobe Fahrlässigkeit“ des Nutzers ebenso der Zahlungsdienstleister zu erbringen hat, wie den Beweis für die erfolgte Autorisierung. Art. 72 PSD2 (umgesetzt in § 675w BGB) sieht richtigerweise vor, dass der Zahlungsdienstleister die Autorisierung nachweisen muss und dass eine aufgezeichnete Nutzung eines Zahlungsinstruments für sich gesehen nicht notwendigerweise ausreicht, um eine Autorisierung, eine betrügerische Absicht oder grobe Fahrlässigkeit der Nutzer:innen nachzuweisen. Der Zahlungsdienstleister muss die Beweislast tragen, insbesondere mit Blick auf die grobe Fahrlässigkeit, da nur er einen umfassenden Zugriff auf seine Systeme und Daten hat. Die Ausgestaltung des Systems des Zahlungsdienstleisters im Hinblick auf Sicherheit und Benutzerfreundlichkeit darf dabei nicht außer Acht gelassen werden. Es darf kein Raum für den in Deutschland üblichen Anscheinsbeweis verbleiben.

3. UMGEHUNG DER PFLICHT ZUR SOFORTIGEN ERSTATTUNG STOPPEN

Die in Art. 73 I PSD2 vorgesehene unverzügliche Erstattung der Beträge wird von Kreditinstituten durch eine Aufrechnung mit dem behaupteten Gegenanspruch, den das Institut bei grober Fahrlässigkeit gegen den Zahler hat, umgangen.

Um diesem Vorgehen einen Riegel vorzuschieben, sollte die Norm wie folgt ergänzt werden:

Art. 73 PSD2, Absatz 4

„Gegen die sich aus diesem Artikel ergebenden Ansprüche des Zahlers ist eine Aufrechnung nicht zulässig.“

Erläuterung: Hierdurch wird sichergestellt, was auch heute bereits de jure gilt aber de facto häufig umgangen wird: dass Zahlungsdienstleister zunächst unverzüglich erstatten. Der Zahlungsdienstleister müsste sich dann um die Geltendmachung seines Anspruches bemühen, sofern er grobe Fahrlässigkeit seitens des Zahlers vermutet. Auf

diese Weise würde der Zahlende nicht mittellos stehen, sobald er Opfer einer nicht autorisierten Zahlung geworden ist. Stattdessen hätte er die Mittel bis zur endgültigen, möglicherweise gerichtlichen, Klärung zur Verfügung.

Dem Einwand, dass Verbraucher:innen dann dem Risiko ausgesetzt seien, von ihren Kreditinstituten verklagt zu werden, ist entgegenzuhalten, dass Verbraucher:innen mit dieser Regelung nichts verlieren: Gegenwärtig müssen sie bereits einen Prozess führen, um ihr Geld zurückzuerlangen, ohne auf die Mittel zugreifen zu können, die sie durch die nicht autorisierte Transaktion verloren haben. Mit dem Aufrechnungsverbot können sie einen Prozess führen, wenn sie nicht bereit sind, der Rückforderung des Instituts nachzukommen.

Durch die erfolgte Erstattung können Verbraucher:innen aus einer wirtschaftlich besseren Situation abwägen, ob sie den Rechtsstreit führen möchten oder nicht. Gerade in Fällen, in denen große Teile der Ersparnisse erbeutet wurden, dürfte dies einen erheblichen Einfluss auf die Bereitschaft und Fähigkeit haben, einen Rechtsstreit zu führen. Möchten sie den Rechtsstreit mit dem Institut vermeiden, kommen sie dessen Aufforderung zur Rückzahlung schlicht nach.

Außerdem werden Zahlungsdienstleister eine gewisse Hemmschwelle haben, ihre Kund:innen zu verklagen. Eine Klage birgt schließlich auch ein Prozess- und Reputationsrisiko. Es ist anzunehmen, dass Zahlungsdienstleister sich bei der Entscheidung für oder gegen eine Klage weniger risikoscheu verhalten als Verbraucher:innen. Stattdessen werden sie eine Kosten-Nutzen-Abwägung treffen, in die sie auch die Erfolgchancen der Klage einbeziehen. Das Risiko einer rechtsunsicheren Lage tragen dann nicht mehr die Verbraucher:innen, sondern die Zahlungsdienstleister.

Dass nicht mehr der risikoscheue Marktteilnehmer entscheidet, ob geklagt werden soll, wäre auch dem Niveau der Rechtsdurchsetzung zuträglich. Da die Entscheidungslast derzeit bei den risikoscheuen Verbraucher:innen liegt, werden unter Umständen Ansprüche nicht durchgesetzt, obwohl sie hinreichende Erfolgsaussichten haben. Das würde sich ändern, wenn die Entscheidungslast - wie in der PSD2 vorgesehen - auf den eher risikoneutralen Zahlungsdienstleister verschoben wird.

Außerdem würde den Instituten die Möglichkeit genommen, durch Vergleiche mit Stillschweigensvereinbarungen Verbraucherklagen in ähnlich gelagerten Fällen zu vermeiden. Die Veröffentlichung richterlicher Einschätzungen zur groben Fahrlässigkeit im Zahlungsverkehr in größerer Breite würde die Rechtssicherheit verbessern, da allen Beteiligten mehr Vergleichsfälle zur Einschätzung des konkreten Verhaltens vorlägen.

Dem Ziel der sofortigen Erstattung, das bereits jetzt aus Art. 73 PSD2 hervorgeht, würde mit dem vorgeschlagenen Aufrechnungsverbot auch wirklich Rechnung getragen. Das aufgestellte Fristerfordernis würde tatsächlich greifen. Die Lage von Verbraucher:innen würde insgesamt erheblich gestärkt. Insbesondere die besonders prekäre Situation einer Zahlungsunfähigkeit würde durch den Vorschlag vermieden.

Im Ergebnis würde das Ziel der PSD2 verwirklicht, den elektronischen Zahlungsverkehr so sicher zu machen, dass Verbraucher:innen ihn guten Gewissens nutzen können. Bleibt es hingegen beim Status quo, drohen Verbraucher:innen hohe Verluste angesichts der wachsenden Bedeutung des elektronischen Zahlungsverkehrs und immer schwerer zu erkennenden Betrugsstrategien – auch unter Einbindung von künstlicher Intelligenz, zum Beispiel zur täuschend echten Stimmimitation.

Neben den sozialen und ökonomischen Kosten würde ein Fortbestehen der Schlupflöcher ein veritables Hemmnis für Digitalisierung und Innovation im europäischen Binnenmarkt bedeuten.

FAZIT

Eine bessere Durchsetzung des PSD2-Haftungsregimes und damit ein vertrauenswürdigerer Zahlungsverkehr sind erreichbar. Dazu sind folgende Schritte nötig:

In Art. 64 PSD2 muss eine präzisere Definition nicht autorisierter Zahlungen vorgesehen werden. Insbesondere bedarf es Klarheit, inwiefern Zahlungen, die durch oder unter Mitwirkung von Betrügern beauftragt werden, eine Autorisierung fehlt und somit eine Haftung des Zahlungsdienstleisters ausgelöst wird.

Die vorgesehene Beweislastverteilung in Art. 72 PSD2 muss die Beweispflicht eindeutig dem Zahlungsdienstleister zuordnen. Der Zahlungsdienstleister muss nicht nur den Beweis für die Autorisierung, sondern auch für eine grobe Fahrlässigkeit der Nutzer:innen erbringen.

Darüber hinaus muss ein Aufrechnungsverbot in Art. 73 PSD2 vorgesehen werden, um die Erstattungsfrist durchzusetzen.