

# Newsletter zum Bankrecht

ANGERER  
HOCHFELLNER  
PONTASCH



02 =  
2018

# Inhalts- verzeichnis

<b>1</b>	<b>Schadenersatz wegen von Bank veranlasster Umschuldung</b> OGH vom 25.09.2018, 4 Ob 24/18k	3
<b>2</b>	<b>Schaden durch Weitergabe eines E-Banking-Codes an einen Unbekannten</b> OGH vom 24.07.2018, 9 Ob 48/18a	8
<b>3</b>	<b>Zur Nichtigkeit des Einwendungsausschlusses beim Wechsel</b> OGH vom 28.08.2018, 8 Ob 147/17a	10
<b>4</b>	<b>Rechtswahlklauseln und Vorfälligkeitsentschädigungen</b> OGH vom 29.05.2018, 1 Ob 21/18x	12
<b>5</b>	<b>Rückzahlungsverpflichtung - Zahlungsdienstegesetz (ZaDiG)</b> OGH vom 27.09.2018, 9 Ob 54/18h	15
<b>6</b>	<b>Mitverschuldenseinwand bei (verschuldensunabhängigem) Erstattungsanspruch gemäß § 46 ZaDiG</b> OGH vom 27.09.2018, 9 Ob 32/18y	17
<b>7</b>	<b>Schuldeinlösung - Bankgeheimnis</b> OGH vom 04.07.2018, 7 Ob 20/18v	19

## Schadenersatz wegen von Bank veranlasster Umschuldung

OGH vom 25.09.2018, 4 Ob 24/18k

# LEITSÄTZE

1. Die Bank kann aufgrund unberechtigter Kreditkündigung schadenersatzpflichtig für die Umschuldungskosten des Kreditnehmers sein.
2. Sind die für die Zulässigkeit der Entgeltanpassung maßgeblichen Faktoren nicht feststellbar, führt dies nicht zur nachträglichen richterlichen Korrektur der fehlerhaften Entgeltfestsetzung. Die Korrektur unbilligen Ermessens setzt die Feststellbarkeit der für das Ermessen maßgebenden Schranken voraus. Wenn der Beweis misslingt, dass aufgrund geänderter Faktoren überhaupt eine Entgeltanpassung zulässig war, sind die zu Unrecht gezahlten Zinsen zurückzuzahlen.
3. Ein Schadenersatzanspruch aufgrund der Konvertierung eines Fremdwährungskredits infolge einer „erzwungenen“ Umschuldung kann erst nach Abwicklung und Tilgung auch der umgeschuldeten Verbindlichkeiten rechnerisch bestimmt werden.

**SACHVERHALT:**

Die Klägerin ist Kreditnehmerin und hat für den Ankauf eines Bürogebäudes zwei Eurokredite und einen Fremdwährungskredit in CHF beim beklagten Kreditinstitut in Anspruch genommen. Neben Hypotheken wurde eine Lebensversicherung als Sicherheit verpfändet.

In den Kreditverträgen sind Zinsgleitklauseln vereinbart, wobei im Fremdwährungskredit auch ein Refinanzierungsaufschlag enthalten ist. Alle drei Kreditverträge beinhalten eine Zinsanpassungsklausel, die zur Anpassung des Zinssatzes bei Änderung der Bonität des Kreditnehmers berechtigt.

Die beklagte Bank hat den Kredit gekündigt und einen Teilbetrag von € 70.000,00 eingeklagt. Mit Urteil vom 16.09.2014 (der Klägerin zugestellt am 30.09.2014) wurde die Kündigung der Kreditverträge als rechtswidrig beurteilt und die Klage abgewiesen. Die Berufung gegen dieses Urteil blieb ohne Erfolg. Die Klägerin nahm am 24.09.2014 (sohin vor Zustellung des Ersturteils) eine Umschuldung vor, indem sie einen Kredit von € 930.000,00 aufnahm und davon € 726.176,92 an die beklagte Bank bezahlte.

Die Klägerin begehrte von der beklagten Bank zuletzt € 213.560,54 s.A. Die Aufkündigung und die Fälligkeit der Kredite sei gesetzwidrig erfolgt. Die Klägerin sei aufgrund der einzuhaltenden Sorgfaltspflichten verpflichtet gewesen, vorsorglich eine Umschuldung vorzunehmen. Dies sei der Beklagten auch unter Hinweis auf drohende Schadenersatzforderungen mehrfach mitgeteilt worden. Die Beklagte habe aber eine Einigung abgelehnt. Hätte die Klägerin keine Umschuldung vorgenommen, wäre sie im Fall einer Klagsstattgebung in dem von der Bank angestregten Verfahren in ihrer Existenz bedroht gewesen und hätte ihr die Zahlungsunfähigkeit gedroht.

Für die Umschuldung bezahlte die Klägerin eine Kreditprovision, Kosten für die Kreditprüfung, Grundbuchsgebühren und Kosten für die Errichtung der Pfandurkunden. Ferner kaufte die Klägerin die als Sicherheit verpfändete Lebensversicherung zurück, wodurch ihr Verluste entstanden sind. Diese Umschuldungskosten betragen insgesamt € 37.673,54.

Die Beklagte erhöhte im Laufe der Geschäftsbeziehung mit der Klägerin die Zinsen. Dieser Betrag umfasste € 24.550,09 für den Refinanzierungsaufschlag des Fremdwährungskredites und € 27.875,81 wegen der sich verschlechternden Bonität der Klägerin.

Die Klägerin begehrt die Rückzahlung der überhöhten Zinsen. Die Klägerin habe weder ein

Verhalten gesetzt, welches eine Erhöhung des Aufschlags rechtfertigen würde, noch habe sie diesbezüglich Informationen von der Beklagten erhalten. Eine Risikoerhöhung aufgrund einer Bonitätsverschlechterung sei ebenfalls nicht vorgelegen. Die Bestimmung in allen drei Kreditverträgen, wonach die Bank berechtigt sei, bei einer Verschlechterung der Bonität, die nach Einschätzung der Bank zu einer Erhöhung des Kreditrisikos führe, eine risikokonforme Erhöhung des Aufschlags durchzuführen, sei gröblich benachteiligend und erfülle nicht das Erfordernis der ausreichenden Bestimmtheit gemäß § 869 ABGB. Die Anpassungsfaktoren müssten nämlich vom Willen der Bank unabhängig sein, was hier jedoch nicht der Fall sei, zumal es lediglich auf eine subjektive Einschätzung der beklagten Bank ankomme.

Schließlich macht die Klägerin einen Kursverlust aus dem CHF-Kredit in Höhe von € 110.523,88 geltend, da die Klägerin bei Abschluss des Fremdwährungskredits nicht über mögliche Risiken aufgeklärt wurde und sie den Kredit infolge der Umschuldung konvertieren musste.

Die beklagte Bank argumentierte, dass die Klägerin nicht das Gesamtbligo umschulden hätte müssen, da die Bank nur einen Teilbetrag von € 70.000,00 eingeklagt hatte. Der von der Klägerin geltend gemachte Schaden stehe in keinem Zusammenhang mit der Aufkündigung des Kreditverhältnisses durch die Beklagte und der Teileinklagung des Kreditblicos. Der Adäquanzzusammenhang sei zu verneinen, weil der konkrete Kausalverlauf außerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung liege. Der Verlust aus dem Rückkauf der Lebensversicherung sei der Beklagten nicht zurechenbar. Unrichtig sei, dass die Klägerin nicht über das Fremdwährungsrisiko aufgeklärt worden sei. Zudem sei das diesbezügliche Vorbringen unschlüssig. Die Klägerin habe der Beklagten überdies vertragskonforme Zinsen bezahlt, die keineswegs überhöht gewesen seien. Insbesondere sei die Beklagte zu einer risikokonformen Erhöhung des Aufschlags berechtigt gewesen. Die gegenständliche Finanzierung sei als Unternehmensfinanzierung vereinbart worden. Zur Bonitätsbeurteilung ließen sich mehrere Verfahren heranziehen, jedoch bleibe es jedem einzelnen kreditgebenden Institut überlassen, anhand welcher Parameter bzw mit welcher Gewichtung die Kundenbonität eingestuft werde. Eine verbindliche Norm zur Bonitätsbeurteilung sei der geltenden Rechtsordnung fremd. Zu Recht habe der Sachverständige die Bonitätsbeurteilung nach dem Verfahren der Kennzahlenanalyse durchgeführt.

**ENTSCHEIDUNG**

Das **ERSTGERICHT** gab der Klage mit € 33.158,54 statt und wies das Mehrbegehren ab. Es traf die Negativfeststellung, dass nicht festgestellt werden könne, inwieweit sich die Faktoren, die bei Abschluss des Kreditvertrages für die vereinbarten Zinsen (Refinanzierungsaufschlag) herangezogen wurden, in weiterer Folge für sich genommen und in Relation zueinander verändert haben. Diese Feststellung wurde von der Beklagten in ihrer Berufung nicht bekämpft.

Die Bonität der Klägerin wurde von der Beklagten am 09.10.2008 mit 3B (gute Bonität), am 15.12. und 16.12.2009 mit 2D (sehr gute Bonität), am 23.08.2011 mit 4A (mangelnde Bonität), am 14.06. und 22.08.2012 mit 4C (mangelnde Bonität in Beobachtung, Watchlist), am 04.12.2012 mit 5B (Ausfall, Einzelwertberichtigung) und am 06.12.2012 mit 4C (mangelnde Bonität in Beobachtung, Watchlist) eingestuft. Die Beklagte erhöhte den Bonitätsaufschlag auf den Eurokreditkonten bereits ab Mai 2009 statt erstmals ab 01.10.2011.

In rechtlicher Hinsicht kam das Erstgericht zu dem Schluss, dass der durch die Umschuldung entstandene Schaden nicht kausal sei, auch wenn die Beklagte die Kredite rechtswidrig aufgekündigt habe. Zur Erfüllung unternehmerischer Sorgfaltspflichten hätte es nämlich auch ausgereicht, eine Finanzierung lediglich für den Fall vorzubereiten, dass die beklagte Bank tatsächlich obsiegt. Eine Umschuldung kurz vor Zustellung des Urteils durchzuführen, sei eine überschießende Reaktion. Durch die Abweisung der Klage der Bank wäre die Kreditnehmerin nicht gezwungen gewesen, eine neuerliche Finanzierung durchzuführen. Sofern dadurch Kosten entstanden seien, seien diese daher nicht von der Beklagten zu ersetzen.

Die beklagte Bank sei auch ihren Aufklärungspflichten hinsichtlich des Fremdwährungsrisikos ausreichend nachgekommen.

Da die Zinsanpassung infolge schlechterer Bonität nicht ab 01.05.2009, sondern erst ab 01.10.2011 zulässig gewesen wäre, wurden in diesem Zeitraum zu hohe Zinsen verrechnet, die zurückzuzahlen seien.

Da die beklagte Bank nicht darzulegen vermocht habe, welche Faktoren, die bei Abschluss des Kreditvertrages für die vereinbarten Zinsen – in welchem Ausmaß – herangezogen worden sind, und inwiefern sich diese Faktoren in der weiteren Folge für sich genommen und in Relation zueinander verändert habe, sei sie verpflichtet, die als Refinanzierungsaufschlag verrechneten Zinsen in Höhe von € 24.550,09 an der Klägerin zurückzuzahlen.

Gegen dieses Urteil erhoben beide Parteien Berufung.

Das **BERUFUNGSGERICHT** gab der Klage mit Teilurteil im Betrag von € 37.902,01 statt, wies das Mehrbegehren ab und hob das erstgerichtliche Urteil hinsichtlich des Zuspruchs der Refinanzierungskosten von € 24.550,09 auf und verwies insoweit die Rechtssache an das Erstgericht zurück.

Das Berufungsgericht vertrat die Ansicht, dass der Adäquanzzusammenhang zwischen der rechtswidrigen Beendigung der Kreditverträge und dem durch die Umschuldung entstandenen Schaden zu bejahen sei, lag es doch für die beklagte Bank nach Aufkündigung und Fälligstellung der Kredite keineswegs außerhalb jeder Lebenserfahrung, sondern sogar nahe, dass die Klägerin eine Umschuldung vornehmen werde. Die Entscheidungen der Klägerin, im Zuge der Umschuldung eine neuerliche Pfandrechtseintragung zu veranlassen und die Lebensversicherung rückzukaufen, seien ihr nicht als Verletzung der Schadenminderungspflicht anzurechnen. Was dem Geschädigten zumutbar sei, bestimme sich nach den Interessen beider Teile, dem redlichen Verkehr und den Umständen des Einzelfalls. Der Klägerin seien daher € 29.293,56 an (anteiligen) Umschuldungskosten und an Schaden aus der vorzeitigen Auflösung des Tilgungsträgers zuzusprechen.

Das Berufungsgericht hat das Erstgericht hinsichtlich der Rückforderung der aufgrund der Bonitätsverschlechterung verrechneten Zinsen bestätigt.

Zum Kursverlust hält das Berufungsgericht fest, dass die Klägerin den behaupteten Schaden nicht schlüssig darstellen habe können. Die Frage, wie sich die Zinsen sowie der Wechselkurs der fremden Währung entwickeln werden, lasse sich ex ante naturgemäß nicht beurteilen, sodass erst am Ende der Kreditlaufzeit feststehe, ob überhaupt bzw wenn ja, in welcher Höhe ein Schaden entstanden sei. Da hier nach den Feststellungen kein Aufklärungsfehler vorliege und nicht der Fremdwährungskredit als solcher unerwünscht, sondern die Aufkündigung dieses Fremdwährungskredits das schädigende Ereignis sei, erweise sich die Schadensberechnung der Klägerin und das diesbezügliche Begehren in diesem Punkt als verfehlt.

Das Berufungsgericht erachtet die Berufung der beklagten Bank hinsichtlich des Zuspruchs des Refinanzierungsaufschlags in Höhe von € 24.550,09 als berechtigt und hob das Ersturteil in diesem Umfang auf. Das Berufungsgericht ging davon aus, dass die Beklagte sämtliche Anforderungen an die Offenlegung der Anpassungsfaktoren vollinhaltlich erfüllt hat. Mit den Anga-

ben der Beklagten zum Liquiditätsaufschlag und den bezughabenden Beweisergebnissen – vor allem in Form der gutachterlichen Ausführungen zu den Liquiditätsaufschlägen – habe sich das Erstgericht aber nicht weiter auseinandergesetzt. Es hat deshalb auch keine Feststellungen dazu getroffen, die eine Beurteilung der Angemessenheit der verrechneten Zinsen im Sinne der dargestellten Rechtsprechung erlauben würden.

Gegen diese Entscheidung richten sich die Revisionen beider Parteien sowie der Rekurs der Klägerin (gegen den Aufhebungsbeschluss).

Der OGH erachtet beide Revisionen in Ermangelung von erheblichen Rechtsfragen iSv § 502 Abs 1 ZPO als nicht zulässig; der Rekurs der Klägerin ist zulässig und berechtigt.

### **1. Umschuldungskosten**

Die Beklagte wirft der Klägerin vor, nicht den Ausgang der Darlehensklage abgewartet, sondern noch vor Zustellung des Urteils erster Instanz eine Umschuldung vorgenommen zu haben.

Auf Schuldverletzung gestützte Schadenersatzansprüche setzen Adäquanz voraus. Nur ein atypischer Erfolg begründet keine Haftung. Nach der Theorie von der adäquaten Kausalität ist ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Schädigers und dem eingetretenen Schaden nicht nur dann anzunehmen, wenn das Verhalten den eingetretenen Schaden unmittelbar verursacht hat; ein adäquater Kausalzusammenhang liegt vielmehr auch dann vor, wenn eine weitere Ursache für den entstandenen Schaden hinzugetreten ist und dieses Hinzutreten nicht außerhalb der allgemeinen menschlichen Erwartung steht oder sich als ganz außergewöhnliche Verkettung nicht vorhersehbarer Umstände darstellt. Die Adäquanz fällt insbesondere auch nicht schon deswegen weg, weil die Vergrößerung des Schadens auf einem Verhalten des Geschädigten selbst beruht. Diesfalls kann eine Verletzung der Schadensminderungspflicht vorliegen. Ob im Einzelfall ein Schaden noch als adäquate Folge eines schädigenden Ereignisses anzusehen ist, betrifft im Allgemeinen keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO.

Setzt der in seinen Rechten Verletzte schuldhaft Handlungen, die geeignet sind, den Schaden zu vergrößern und die von einem verständigen Durchschnittsmenschen nicht gesetzt worden wären, verletzt er seine Schadensminderungspflicht. Was dem Geschädigten in deren Rahmen zumutbar ist, bestimmt sich nach den Interessen beider Teile und den Grundsätzen des redlichen Verkehrs. Eine Verletzung der Schadensminderungspflicht ist dann zu verneinen, wenn der Entschluss des Verletzten durch den haftungsbegründenden Vorgang herausgefor-

dert wurde, er also erst durch das pflichtwidrige Verhalten des Schädigers in die Lage kam, eine solche Entscheidung treffen zu müssen.

Im vorliegenden Fall hat die Beklagte das Kreditverhältnis rechtswidrig aufgekündigt und die Klägerin auf Rückzahlung eines – allerdings nicht unbedeutenden – Teilbetrags geklagt. Mit diesem Vorgehen hat die Beklagte die Reaktion der Klägerin herausgefordert. Die Beurteilung, wonach der Klägerin nicht vorzuwerfen ist, dass sie nicht den Ausgang des Verfahrens abwartete, um dann allenfalls innerhalb der 14-tägigen Leistungsfrist gezwungen zu sein, trotz drastisch verschlechterter Bonität ad-hoc eine zur Umschuldung bereite Bank zu suchen, ist daher jedenfalls vertretbar.

Im Ergebnis erkennt der OGH in der Beurteilung des Berufungsgerichts, dass die Umschuldung eines Kredits nach dessen Aufkündigung und gerichtlicher Betreuung nicht außerhalb der allgemeinen menschlichen Erfahrung liegt, keinesfalls eine grobe Fehlbeurteilung. Das gilt auch für den vom Berufungsgericht verneinten Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht.

### **2. Kursverlust**

Eine auf Geldleistung gerichtete Schadenersatzklage ist auch bei rechtswidriger Konvertierung eines Fremdwährungskredits nur dann möglich, wenn sich der dem Kläger endgültig entstandene Schaden zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz beziffern lässt. Im Fall einer rechtswidrigen vorzeitigen Konvertierung ist dies in der Regel nicht möglich, solange das Kreditverhältnis aufrecht ist. Der rechnerische Schaden aus einem Fremdwährungskredit steht für gewöhnlich mit dem Zeitpunkt der Vertragsbeendigung fest. Eine derartige, bloß auf das Kreditverhältnis zur Beklagten abstellende Betrachtung würde jedoch im vorliegenden Fall zu kurz greifen. Der reale Schaden der Klägerin liegt nicht in der Konvertierung, sondern in der Notwendigkeit einer Umschuldung zu (allenfalls) ungünstigeren Konditionen. Ohne die erzwungene Umschuldung würde der Kredit aber weiterhin in CHF notieren und erst zum vereinbarten Zeitpunkt konvertiert werden, sodass vor diesem Zeitpunkt nicht gesagt werden kann, ob und wenn ja in welcher Höhe die Klägerin einen ungünstigeren als den vertraglich vereinbarten Wechselkurs hinnehmen musste. In einem solchen Fall kann daher der rechnerische Schaden erst nach Abwicklung und Tilgung auch der umgeschuldeten Verbindlichkeiten bestimmt werden.

### 3. Rückforderung des Bonitätsaufschlags

Zinsanpassungsklauseln gewähren der Bank ein Gestaltungsrecht iSd § 1056 ABGB. Ein solches bedarf zu seiner Ausübung einer empfangsbedürftigen Willenserklärung. Diese ist bei Zinsanpassungsklauseln Tatbestandsvoraussetzung der Entgeltsänderung. Mit der Offenlegung seiner Faktoren für die Erhöhung kann der Gestaltungsberechtigte allerdings bis zum Prozess zuwarten.

Im vorliegenden Fall bezog sich der Einwand der Klägerin darauf, dass ihr die Faktoren für die Erhöhung vorenthalten wurden. Diesbezüglich wurde in erster Instanz einvernehmlich festgelegt, dass die Frage, inwieweit die Beklagte zu einer risikokonformen Erhöhung des Aufschlags berechtigt war, von einem Sachverständigen festgestellt werden soll, worauf ihm die Beklagte Urkunden vorgelegt hat. Diese Vorgangsweise ist durch die Rechtsprechung gedeckt. Das Erstgericht hat auf Basis dieses Gutachtens Feststellungen zur verschlechterten Bonität der Klägerin getroffen, die sich jedenfalls im Rahmen der geltend gemachten Einwendungen halten. Weshalb diese Feststellungen oder die ihnen zugrundeliegende Offenlegung der Beklagten nicht ausreichen sollten, wird von der Beklagten nicht aufgezeigt. Ob die Bank die Offenlegungspflicht ausreichend erfüllt hat, kann nur anhand der Umstände des Einzelfalls beurteilt werden und begründet keine erhebliche Rechtsfrage.

### 4. Refinanzierungsaufschlag

Ist die Berechtigung eines Refinanzierungsaufschlags strittig, bedarf es Feststellungen zu den Faktoren, die bei Abschluss des Kreditvertrags für die vereinbarten Zinsen – in welchem Ausmaß – herangezogen wurden und inwieweit sich diese Faktoren in weiterer Folge für sich genommen und in Relation zueinander verändert haben.

Das Erstgericht traf diesbezüglich aber nur die oben angeführte, von der Bank auch nicht bekämpfte Negativfeststellung.

Das Berufungsgericht übersieht im Aufhebungsbeschluss diese Negativfeststellung, wenn es nicht ausreichende Feststellungen des Erstgerichts moniert. Auch Negativfeststellungen sind beachtlich und schließen das Vorliegen eines sekundären Feststellungsmangels aus.

Lassen sich die für die Zulässigkeit der Entgeltanpassung maßgeblichen Faktoren nicht feststellen, fällt dies der insoweit beweisbelasteten beklagten Bank zur Last. Darauf, dass eine unbillige Ausübung des Ermessens nicht zur Unwirksamkeit der Abrede, sondern nur zur nachträglichen richterlichen Korrektur der fehlerhaften Entgeltfestsetzung führt, kann sich die

Beklagte hier nicht berufen, denn die Korrektur unbilligen Ermessens setzt die Feststellbarkeit der für das Ermessen maßgebenden Schranken voraus. Es kann nicht ein beliebiger Betrag festgesetzt werden, wenn der Beklagten schon der Beweis misslingt, dass aufgrund geänderter Faktoren überhaupt eine Entgeltanpassung zulässig war. Der Klägerin steht daher (auch) der Rückersatz der zu Unrecht gezahlten Zinsen (Refinanzierungsaufschlag) zu.

**Schaden durch Weitergabe eines E-Banking-Codes  
an einen Unbekannten**

OGH 9 Ob 48/18a vom 24.07.2018

## LEITSATZ

Der Bankkunde verletzt grob fahrlässig seine Sorgfaltspflichten, wenn er einen TAC-Code an einen unbekanntem Dritten, welcher sich als Bankmitarbeiter ausgibt, telefonisch weitergibt. Deshalb muss er für den Schaden selbst aufkommen und kann nicht das Bankinstitut zur Haftung heranziehen.



**SACHVERHALT:**

Die Kläger sind Inhaber eines Kontos beim beklagten Kreditinstitut. Seit 2005 nützen sie die Möglichkeit des Electronic Bankings. Seit November 2013 nützen die Kläger das Electronic Banking in Form der von der beklagten Partei zur Verfügung gestellten TAC-SMS-Codes. Die TAC-Codes sind vierstellig und werden mittels SMS dem Kunden zur Bestätigung der Zahlungsfreigabe übermittelt. Der Kunde benötigt den TAC-Code zur Zeichnung der von ihm gewünschten Überweisung per Netbanking. Bei den sogenannten TAC-SMS handelt es sich um standardisierte Nachrichten, welche vom Server der beklagten Bank versendet werden. In dieser Benachrichtigung wird der Kunde nochmals darauf aufmerksam gemacht, dass er die letzten 11 Stellen der IBAN sowie die Betragssumme überprüfen soll.

Die beklagte Bank warnt ihre Kunden immer wieder vor aktuell im Internet im Umlauf befindlichen Trojanern und Phishing-Mails und macht diese aufmerksam, dass sie immer die Inhalte ihrer TAC-SMS überprüfen sollen.

Der Erstkläger wurde auf seinem Handy von einer ihm unbekanntem Telefonnummer von einer akzentfrei Deutsch sprechenden Frau angerufen, welche sich als Angestellte der beklagten Bank ausgab und ihn aufforderte, ihr aufgrund einer notwendigen Datenaktualisierung den ihm soeben per SMS übermittelten Code bekanntzugeben. Der Erstkläger kam der Aufforderung nach und öffnete noch während des Anrufes die ihm soeben übermittelte TAC-SMS, um der Anruferin den darin enthaltenen TAC-Code telefonisch mitteilen zu können. Die TAC-SMS enthielt den üblichen Inhalt. Im TAC-SMS war der IBAN jenes Kontos enthalten, auf welches die Überweisung letztendlich erfolgte, sowie ein Überweisungsbetrag in Höhe von € 12.880,00. Noch am selben Tag wurde der besagte Betrag vom Konto der Kläger auf ein Girokonto einer anderen Bank der unbekanntem Betrüger überwiesen.

Die Betrüger haben sich durch Installieren eines Schadprogramms auf eines der IT-Systeme des Erstklägers oder durch einen Phishing-Angriff Zugriff auf das System des Erstklägers verschafft und konnten so dessen Zugangsdaten erhalten. Die Telefonnummer des Erstklägers war im Netbanking der Beklagten hinterlegt. So gelang es den Betrügern, sich im Netbanking-Portal des Erstklägers anzumelden und die Überweisung mit dem Betrag von € 12.880,00 auf ihr Konto zu erstellen. Anschließend kontaktierten sie den Erstkläger, um den erforderlichen TAC-Code zu erhalten und so die Überweisung abschließen zu können.

**ENTSCHEIDUNG:**

Die **VORINSTANZEN** kamen übereinstimmend zum Ergebnis, dass die Kläger den eingetretenen Schaden selbst zu tragen haben und wiesen das Zahlungsbegehren der Kläger ab. Die Abweisung des Klagebegehrens wurde damit begründet, dass die Bankkunden alle zumutbaren Vorkehrungen treffen müssen, um die personalisierten Sicherheitsmerkmale sowie das Zahlungsinstrument vor unbefugtem Zugriff zu schützen. Dieser Sorgfaltspflicht sei der Erstkläger im gegenständlichen Fall nicht nachgekommen, sondern habe diese sogar grob fahrlässig verletzt.

Der **OGH** bestätigte diese Entscheidung und führte weiter aus, dass einem maßgerechten Durchschnitts-onlinebanker bewusst wäre, dass die Weitergabe von personalisierten Sicherheitsmerkmalen an unbekanntem Dritte mit der Gefahr einer missbräuchlichen Verwendung durch Betrüger verbunden ist. Alleine schon aus der medialen Berichterstattung und den zahlreichen üblichen Warnungen im Bankenbereich müsse jeder Person, welche mit Electronic Banking vertraut ist, bewusst sein, dass die telefonische Weitergabe eines TAC-Codes an eine unbekanntem Person einen durch Betrug hervorgerufenen Schadenseintritt geradezu wahrscheinlich macht. Bereits beim kurzen Überfliegen der TAC-SMS hätte dem Erstkläger auffallen müssen, dass es sich um eine Überweisung eines Betrages von € 12.880,00 handelt und nicht nur um eine Datenaktualisierung. Einem maßgerechten Durchschnitts-Onlinebanker müsste es höchst verdächtig erscheinen, wenn eine vermeintliche Bankmitarbeiterin Informationen von ihm erfahren möchte, die sie ihm laut eigener Aussage gerade selbst übermitteln habe. Sie müsste ja selbst über diese übermittelten Informationen verfügen.

**Anmerkung:**

Gemäß § 63 Abs 3 ZaDiG hat der Bankkunde alle zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um die personalisierten Sicherheitsmerkmale vor unbefugtem Zugriff zu schützen. Der Bankkunde ist gegenüber dem Zahlungsdienstleister zum Ersatz des gesamten Schadens gemäß § 68 Abs 3 ZaDiG verpflichtet, wenn der Schaden infolge eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs entstanden ist und der Zahler den Schaden in betrügerischer Absicht oder durch vorsätzlich oder grob fahrlässige Verletzung einer Pflicht gemäß § 63 ZaDiG herbeigeführt hat. Ob und in welchem Ausmaß der Zahler fahrlässig gehandelt hat, ist nach den allgemeinen Regeln des Schadenersatzrechts zu beurteilen. Die Mitteilung von Geheimzahlen durch den Kunden an eine dritte Person wird regelmäßig als grob fahrlässig angesehen.

**Zur Nichtigkeit des Einwendungsausschlusses beim Wechsel**

OGH vom 28.08.2018, 8 Ob 147/17a

## LEITSATZ

Die Vereinbarung eines Ausschlusses von Einwendungen aus dem Grundgeschäft zwischen Gläubiger und Schuldner des Grundgeschäfts ist für den Fall, dass sie sich in dem Wechselverfahren als Wechselschuldner und Wechselgläubiger gegenüberstehen, aufgrund der Unzulässigkeit abstrakter Verpflichtungsgeschäfte nach § 879 Abs 1 ABGB nichtig.



**SACHVERHALT:**

Das klagende Bankinstitut gewährte der Beklagten zwei Kredite. Zur Besicherung der Kredite unterfertigte die Beklagte einen Blankowechsel mit unter anderem folgender Bestimmung: „*Es stehen uns im Fall einer derartigen Ausfertigung und Verwendung des Wechsels durch die Bank keine wie immer gearteten Einwendungen aus dem Grundgeschäft zu...*“. Nach Fälligkeit der Kredite füllte das klagende Kreditinstitut den Wechsel aus und begehrte die Erlassung eines Wechselzahlungsauftrages. Gegen den antragsgemäß erlassenen Wechselzahlungsauftrag wendete die Beklagte ein, dass die dem Wechsel zugrundeliegende Forderung nicht fällig sei. Die Kündigung der Kreditverträge sei nicht berechtigt erfolgt, weshalb der Blankowechsel zu Unrecht eingelöst worden sei. Das klagende Kreditinstitut entgegnete den Einwendungen der Beklagten, dass die Erhebung von Einwendungen aus dem Grundgeschäft durch die getroffene Wechselwidmungserklärung abbedungen worden sei.

**ENTSCHEIDUNG:**

Das **ERSTGERICHT** sprach in seinem Urteil aus, dass der Wechselzahlungsauftrag aufrecht bleibe, und führte hierzu aus, dass der Wechselschuldner grundsätzlich – solange sich Gläubiger und Schuldner des Grundgeschäfts gegenüberstünden – dem Wechselgläubiger alles entgegensetzen dürfe, was er aus dem Geschäft einwenden könne. Gegenständlich jedoch hätten die Parteien einen Ausschluss von Einwendungen aus dem Grundgeschäft vereinbart und sei dies zwischen Unternehmern gültig, weshalb die von der Beklagten erhobenen Einwendungen, die lediglich das Grundgeschäft betreffen, nicht geltend gemacht werden könnten.

Das **BERUFUNGSGERICHT** gab der gegen das Urteil des Erstgerichts gerichteten Berufung der Beklagten Folge, hob das angefochtene Urteil auf und verwies die Entscheidung zur neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück. Gemäß § 879 Abs 1 ABGB seien abstrakte Verpflichtungsgeschäfte – jedenfalls bei zweipersonalen Rechtsgeschäften – unwirksam. Die Unterfertigung eines Wechsels sei ein typischer Fall der Begründung einer weitestgehend abstrakten Verpflichtung. Eine Ablösung vom Grundgeschäft sei im Rahmen des Art 17 Wechselgesetz (WG) bei einem dreipersonalen Verhältnis zulässig, bei zweipersonalen Geschäften seien jedoch sehr wohl Einreden aus dem Grundgeschäft möglich; vom Verpflichteten könnten sämtliche Einwendungen aus dem Grundgeschäft erhoben werden. Da zur Wirksamkeit der Vereinbarung eines Einwendungsausschlusses beim Wechsel zwischen den Parteien des Grundgeschäfts keine höchstgerichtliche Rechtsprechung vorliege, ließ das Berufungsgericht den Rekurs an den Obersten Gerichtshof zu.

Der **OGH** erachtete den Rekurs der Klägerin als zulässig, aber nicht als berechtigt. In einem Wechsel-(mandats-)verfahren gelte der Grundsatz der „beschränkten Kognition“ und sei hinsichtlich der Berechtigung der Forderung lediglich zu prüfen, ob der Anspruch aufgrund des Wechsels berechtigt sei. Trotz Abstraktheit der Wechselforderung seien auch das Fehlen, die Nichtigkeit bzw der Wegfall des Grundgeschäfts von Bedeutung, jedoch obliege es dem Schuldner, den Nachweis für das Fehlen, die Nichtigkeit oder den Wegfall des Grundgeschäfts zu erbringen (Beweislastumkehr). Art 17 WG schließe nur solche Einwendungen aus, die auf Beziehungen zu Dritten beruhen. Bei zweipersonalen Rechtsgeschäften dürfe der Schuldner dem Gläubiger alles entgegensetzen, was er aus dem Geschäft einwenden kann. Wie das Berufungsgericht erachtet der OGH den Ausschluss von Einwendungen aus dem Grundgeschäft gemäß § 879 Abs 1 ABGB als unwirksam. Abstrakte Verpflichtungen seien in der Regel unwirksam. Für die Zulässigkeit von derart abstrakten Verbindlichkeiten bei dreipersonalen Verhältnisse sprächen die Verkehrssicherheit sowie der Umstand, dass die Verbindlichkeit des Garanten durch eine Kette von Grundverhältnissen gerechtfertigt sei. Verpflichtung einerseits und Berechtigung andererseits seien hier im Ergebnis nicht abstrakt, sondern kausal, wenn auch auf einem Umweg. Dies genüge für eine ausreichende Inhaltskontrolle sowie auch zur Vermeidung des Ergebnisses, dass jemand ohne materielle Grundlage eine endgültige Zuwendung an einen anderen vornehmen bzw behalten kann. Im Verhältnis zu Dritten habe das abstrakte Versprechen zwar Bedeutung, jedoch bleibe dem Verpflichteten bei Loslösung vom Grundverhältnis gegenüber dem Dritten die Möglichkeit gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger, auf das Grundverhältnis zurückzugreifen, was bedeute, dass der Verpflichtete zwar gegenüber dem Dritten leisten müsse, jedoch seinerseits wiederum den ursprünglichen Gläubiger in Anspruch nehmen könne. Bei zweipersonalen Verhältnissen bestehe jedoch die Gefahr der Umgehung von gesetzlichen Verboten und/oder Formvorschriften und würde dies eine Inhaltskontrolle durch den Richter unmöglich machen.

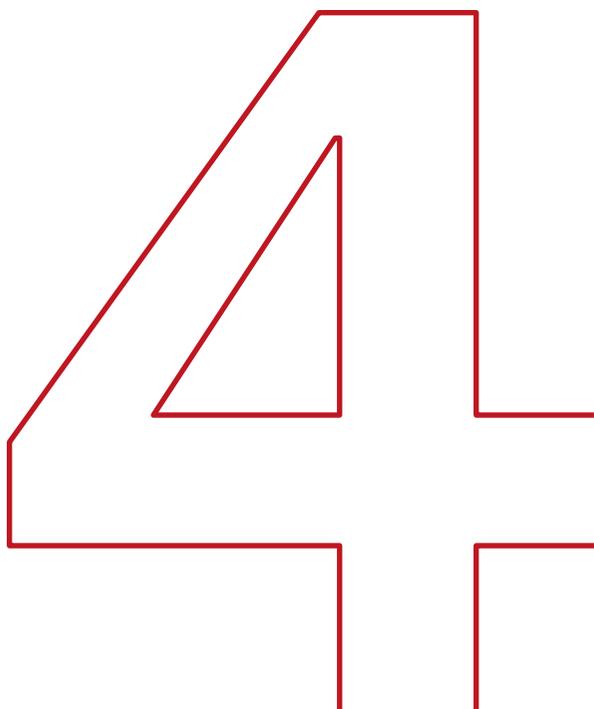
**Rechtswahlklauseln und Vorfälligkeitsentschädigungen**

OGH vom 29.05.2018, 1 Ob 21/18x

## LEITSATZ

Ein für die Finanzierung eines Wohnungsumbaus dienendes Vorausdarlehen, welches mit einem Verbraucher in einem anderen EU Land abgeschlossen wird, ist ein Vertrag „zur Finanzierung eines solchen Geschäfts“ im Sinne des Art 5 Abs 1 EVÜ. Rechtswahlklauseln dürfen daher dem Verbraucher die zwingenden Verbraucherschutzbestimmungen des Rechts des Staates, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, nicht entziehen.

Die Klausel, wonach sich der Verbraucher bei vorzeitiger Kündigung des Vorausdarlehens zur Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung verpflichtet, ist intransparent, wenn sie keine klare Frist und auch keine Parameter zur Höhe der Vorfälligkeitsentschädigung enthält, sondern diesbezüglich nur auf fremdes Recht verweist.



**SACHVERHALT:**

Der Kläger, ein österreichischer Verbraucher, wandte sich für die Finanzierung eines privaten Wohnungsumbaus über einen österreichischen Finanzierungsvermittler an die in Deutschland ansässige beklagte Partei. Im August 2009 besichtigte die für „grenznahe Kunden“ zuständige Gebietsleiterin der beklagten Partei das vom Umbau betroffene Haus und besprach mit dem Kläger das gewünschte Finanzierungsmodell. Anlässlich dieses Gesprächs unterfertigte der Kläger eine Darlehensanfrage und einen Antrag auf Abschluss eines Bausparvertrages. Die beklagte Partei übermittelte dem Kläger daraufhin eine bereits unterfertigte Vertragsannahme über ein Bauspardarlehen und einem Vorausdarlehen, mit dem eine sofortige Finanzierung bis zur Zuteilung des Bauspardarlehens erfolgen sollte. Der Kläger unterfertigte diese Dokumente in Österreich und sandte diese an die beklagte Partei zurück.

Bis zur Ablösung des Vorausdarlehens durch das Bauspardarlehen sollten laufend Sparbeiträge auf den Bausparvertrag und lediglich Zinszahlungen auf das Vorausdarlehen geleistet werden. Das Vorausdarlehen sah eine Zinsbindung bis 31.10.2019 vor. Der Vertrag enthielt zudem eine Rechtswahlklausel zugunsten des deutschen Rechts und eine Regelung, die eine vorzeitige Rückzahlung des Vorausdarlehens nur unter Leistung einer Vorfälligkeitsentschädigung ermöglicht. Diese Klausel lautet:

*„Das Vorausdarlehen ist vom Darlehensnehmer nur nach den Bedingungen der §§ 489, 490 Abs 2 BGB kündbar. Kann das Vorausdarlehen nicht nach § 489 BGB gekündigt werden (insbesondere während einer Zinsbindung), ist die Bausparkasse zur Annahme einer vorzeitigen vollständigen oder teilweisen Rückzahlung nur dann bereit, wenn der Darlehensnehmer hierfür eine mit der Bausparkasse zu vereinbarende Vorfälligkeitsentschädigung zahlt. Kann der Darlehensnehmer das Vorausdarlehen nach § 490 Abs 2 BGB vorzeitig kündigen, hat er der Bausparkasse denjenigen Schaden zu ersetzen, der dieser aus der vorzeitigen Kündigung entsteht (Vorfälligkeitsentschädigung).“*

Auf Anfragen des Klägers hin, teilte die beklagte Partei dem Kläger mit, dass eine vorzeitige Tilgung des Vorausdarlehens nur bei gleichzeitiger Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung möglich wäre.

Der Kläger beehrte daraufhin die Feststellung der Unwirksamkeit der Vereinbarung der Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung und die Unwirksamkeit der Rechtswahlklausel. Der Vertrag unterliege Art 5 EVÜ und komme daher jedenfalls österreichisches Recht zur Anwendung. Zudem sei die Rechtswahlklausel unzulässig, da diese keine Hinweise auf die österreichischen Verbraucherschutzbestimmungen enthalte. Die vertragliche Regelung zur vorzeitigen Kündi-

gung und die Vereinbarung einer Vorfälligkeitsentschädigung sei unklar und unbestimmt im Sinne der § 864a, § 879 Abs 3 ABGB und § 6 KSchG.

Die beklagte Partei hielt dagegen die Anwendbarkeit des deutschen Rechts für wirksam vereinbart. Es liege kein Tatbestand vor, der eine vorzeitige Kündigung rechtfertige. Der Kläger könne daher eine vorzeitige Tilgung nur dann vornehmen, wenn eine einvernehmliche Regelung über die Vorfälligkeitsentschädigung getroffen werde.

**ENTSCHEIDUNG:**

Das **ERSTGERICHT** wies das Klagebegehren zur Gänze ab. Es ging dabei von der Wirksamkeit der Rechtswahl aus, welche nach deutschem Recht zu beurteilen wäre, da der Vertrag nicht in den Anwendungsbereich des Art 5 EVÜ falle. Der Kläger hätte daher das Fehlen seiner Einflussmöglichkeit auf den Inhalt der Klausel nachweisen müssen. Die Klausel hinsichtlich der Vorfälligkeitsentschädigung sei weder unklar noch greife sie zum Nachteil des Klägers in seine – nach deutschem Recht – zu beurteilende Rechtsposition ein.

Das **BERUFUNGSGERICHT** bestätigte diese Entscheidung. Der Vorausdarlehensvertrag falle nicht in den Anwendungsbereich des Art 5 EVÜ, da dieser nach herrschender Ansicht nach keine Dienstleistung im Sinne des Art 5 Abs 1 EVÜ sei. Die Klausel hinsichtlich der Vorfälligkeitsentschädigung informiere den Kläger über die Gesetzeslage, die auch bei Wegfall der Klausel auf den Vertrag anzuwenden wäre. Das Berufungsgericht erblickte daher keine unangemessene Benachteiligung des Klägers.

Der **OGH** erachtete die vom Kläger erhobene Revision als zulässig und als berechtigt.

**ZUR RECHTSWAHLKLAUSEL:**

Da der Vertrag vor dem 17.12.2009 (Art 28 ROM I-VO) abgeschlossen wurde und ein Sachverhalt, der eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweist, vorlag, war das anzuwendende Recht nach dem EVÜ zu ermitteln.

Art 5 EVÜ erfasst nicht nur den Warenkauf eines Verbrauches oder dessen Vertrag über eine Dienstleistung selbst, sondern auch die zweckgerichtete Finanzierung des Ankaufs beweglicher Sachen oder des Erwerbs von Dienstleistungen. Daher fallen auch Kreditverträge, die der Finanzierung von Warenlieferungen oder der Erbringung von Dienstleistungen dienen, in den sachlichen Anwendungsbereich von Art 5 Abs 1 EVÜ. Der Kläger benötigte das Darlehen in der kombinierten Form aus Voraus- und Bauspardarlehen zur Finanzierung seines privaten Wohnungsbaus. Dafür bedarf es jedenfalls des Abschlusses von Werkverträgen – welche Dienstleistungen im Sinne des Art 5 Abs 1 EVÜ sind – oder Verträgen über die Lieferung von beweglicher Sachen. Der Vertrag ist daher als „zur Finanzierung eines solchen Geschäftes“ im Sinne des Art 5 Abs 1 EVÜ anzusehen.

Da das von der beklagten Partei unterfertigte Vertragswerk dem Kläger zugesendet wurde, sei ihm ein Anbot im Sinne des Art 5 Abs 2 EVÜ in seinem Aufenthaltsstaat zugegangen. Nachdem der Kläger dieses Vertragswerk in Österreich unterschrieb, nahm er in seinem Aufenthaltsstaat die zum Abschluss des Vertrags erforderlichen Rechtshandlungen durch Unterfertigung und Rücksendung von Österreich aus vor. In einem solchen Fall dürfe die Rechtswahl der Parteien nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts des Staats, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, gewährte Schutz entzogen werde.

Zwar wäre die Wirksamkeit der Rechtswahlklausel grundsätzlich nach dem gewählten, also nach deutschem Recht zu beurteilen. Nachdem ein grenzüberschreitender Sachverhalt innerhalb der EU vorliege, sei dieses Recht richtlinienkonform auszulegen. Da ein Hinweis auf die zwingenden Bestimmungen des Verbraucherrechts in der von der beklagten Partei vorformulierten Klausel fehle, sei diese rechtsmissbräuchlich und nach der Rechtsprechung des EuGHs nicht anzuwenden. Daher ist das Recht des Staates maßgebend, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, also österreichisches Recht.

**ZUR VORFÄLLIGKEITSENTSCHÄDIGUNG:**

Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist eine Verpflichtung zur Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung nach österreichischem Recht § 33 Abs 8 BWG in seiner Stammfassung unterworfen. Dazu hat der OGH bereits klargestellt, dass der Verbraucher nach Ablauf einer zulässig vereinbarten Befristung von der Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung befreit ist. Dies bedeutet, dass der Verbraucher nach österreichischem Recht bei Vereinbarung einer Vorfälligkeitsentschädigung und einer Kündigungsfrist die Wahl hat, entweder die Kündigungsfrist abzuwarten und danach die vorzeitige Tilgung bzw Kündigung des Darlehens vorzunehmen, ohne dass eine Vorfälligkeitsentschädigung anfällt, oder aber diese in Kauf nimmt. Im Vergleich dazu bedarf es nach deutschem Recht bei einer vorzeitigen Tilgung bzw Kündigung des Darlehens der Einhaltung einer Kündigungsfrist und des Vorliegens eines Kündigungsgrundes. Eine Vorfälligkeitsentschädigung muss trotzdem gezahlt werden.

Unabhängig davon, dass nach österreichischem Recht in diesem Fall der Verbraucher besser geschützt ist, hat der OGH die Klausel der Vorfälligkeitsentschädigung für den Verbraucher als intransparent gemäß § 6 Abs 3 KschG angesehen. Die Klausel beinhaltete nämlich keine klare Frist und auch keine Parameter zur Höhe einer Vorfälligkeitsentschädigung, sondern verwies nur auf deutsche Bestimmungen, welche im konkreten Fall für den Verbraucher fremdes Recht darstellten. Der Kläger könne sich daher nicht auf eine vertragliche Regelung berufen, die dem Kläger bei einer vorzeitigen Kündigung des Vorausdarlehens zur Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung verpflichtet. In Abänderung der Urteile der Vorinstanz war daher der Klage stattzugeben.

**Rückzahlungsverpflichtung – Zahlungsdienstegezet (ZaDiG)**

OGH vom 27.09.2018, 9 Ob 54/18h

## LEITSATZ

Führt die Bank aufgrund eines nicht vom Kontoinhaber erteilten Auftrages eine Zahlung durch, dann haftet dafür die Bank, wenn sie ihre Sorgfaltspflichten verletzt hat.



**SACHVERHALT:**

Die beklagte Bank führte aufgrund eines bei ihr eingelangten Telefaxes den dort enthaltenen Auftrag aus, dem Bekannten der Klägerin zu Lasten deren Kontos € 25.000,00 in bar auszubezahlen. Das Telefax war (ohne Sendekennung) an den Steuerberater der Klägerin gesandt worden, auf dem in das Telefax einkopierten Ausweis der Klägerin war sie auf dem Foto nicht erkennbar. Der Steuerberater der Klägerin hat dieses Telefax an die beklagte Bank weitergeleitet. Der Bekannte der Klägerin stellte sich nachträglich als Betrüger heraus. Bereits vor dem Auszahlungszeitpunkt hatte er zwei Mal erfolglos bei einem Mitarbeiter der beklagten Bank wegen der Behebung des Geldbetrages vorgeschlagen.

**ENTSCHEIDUNG:**

Das **ERSTGERICHT** verpflichtete die beklagte Bank zur Rückzahlung des Betrages an die Klägerin mit der Begründung, die von der Bank vorgenommene Barauszahlung sei nicht von der Klägerin autorisiert worden. Aufgrund der konkreten Umstände hätte die beklagte Bank vor Durchführung der Auszahlung telefonisch mit der Klägerin Kontakt aufnehmen müssen. Die Klägerin treffe hingegen kein Verschulden am vorliegenden Missbrauch.

Das **BERUFUNGSGERICHT** bestätigte diese Entscheidung bestätigt. Hauptargument des Berufungsgerichtes war, dass schon nach dem Wortlaut der AGB der beklagten Bank diese nur berechtigt gewesen sei, die dem Kreditinstitut mittels Telekommunikation erteilten Aufträge durchzuführen. Die Beklagte habe zwar die im Rahmenvertrag zwischen den Streitparteien vereinbarte Form für einen Zahlungsauftrag, nämlich jene mittels Telefax, eingehalten, nicht aber das vereinbarte Verfahren, nämlich die Übermittlung des Telefax von der Klägerin an die Beklagte.

Der **OGH** wies die Revision der beklagten Bank zu. Nach Ansicht des OGH komme es auf die Frage, ob nach den AGB der beklagten Bank das Telefax eines Kunden tatsächlich direkt beim Bankinstitut einlangen müsse, hier nicht an, weil das Telefax, aufgrund dessen die beklagte Bank die Barauszahlung vorgenommen hat, gar nicht von der Klägerin stammte, die Klägerin daher den Zahlungsvorgang gar nicht im Sinne des § 34 Abs 1 Zahlungsdienstegesetz (ZaDiG) autorisiert habe. Der beklagten Bank sei der Beweis nicht gelungen, dass sie ohne Verschulden zur Ansicht gelangt sei, der Faxauftrag habe von der Klägerin gestammt. Der OGH hat daher die Bejahung des mit der Klage verfolgten Berichtigungsanspruches nach § 44 Abs 1 ZaDiG nicht beanstandet.

Auch den von der beklagten Bank erhobenen Einwand des Verschuldens durch zumindest grob fahrlässige Verletzung einer oder mehrerer Pflichten gemäß § 36 ZaDiG wurde vom Berufungsgericht verworfen und vom OGH bestätigt. Da die Klägerin dem Anweisungsauftrag als weiteres personalisierendes Element ihren Personalausweis aufkopiert habe bzw nicht erklären konnte, wie ihre Ausweiskopie auf den Auftrag gekommen sei, wurde vom Berufungsgericht als keine Schutzpflichtverletzung gewertet. Dass der nachfolgende Betrüger ursprünglich noch eine Vertrauensperson der Klägerin war, in deren Wohnung gewohnt habe und damit Zugang zu ihrem Ausweis gehabt habe, könne der Klägerin nicht vorgeworfen werden. Die Frage der Fahrlässigkeit würde sich erst dann stellen, wenn die Klägerin ihren Bekannten von ihr blanco unterfertigte Blätter überlassen hätte, was im Verfahren aber nicht einmal behauptet wurde.

Die Gegenforderung der beklagten Bank, die Klägerin habe ein Mitverschulden an der Auszahlung des Betrages zu verantworten, wurde aufgrund dieser Argumente als nicht zu Recht bestehend erkannt.

**Mitverschuldenseinwand bei (verschuldensunabhängigem)  
Erstattungsanspruch gemäß § 46 ZaDiG**  
OGH vom 27.09.2018, 9 Ob 32/18y

## LEITSATZ

Im Fall der verschuldensunabhängigen Haftung des Zahlungsdienstleisters nach § 46 Abs 1 ZaDiG ist ein allfälliges Mitverschulden des Zahlungsdienstnutzers wegen dessen Verletzung von Sorgfaltspflichten nach § 36 Abs 1 ZaDiG zu berücksichtigen.





### SACHVERHALT:

Die klagende Partei war der VKI, dem die Geschädigte ihre Ansprüche angetreten hatte. Die Geschädigte hatte im Jahr 2014 einen Telefonanruf erhalten, in dem sich die Anruferin als ihre Cousine ausgab. Die Anruferin bat die Geschädigte, ihr € 2.500,00 zur Verfügung zu stellen, die sie angeblich für einen Hauskauf in England benötigte. Die Anruferin schlug der Geschädigten einen Geldtransfer über die beklagte Bank vor. Die Geschädigte fragte die Anruferin weder, warum sie ein Haus in England kaufen wolle noch versuchte sie durch Rückfragen die Identität der Anruferin zu verifizieren. Sie fragte auch nicht bei anderen Verwandten nach, ob sich ihre Cousine tatsächlich in England aufhalten würde. Die Geschädigte begab sich vielmehr noch am selben Tag zu einem österreichischen Kreditinstitut, wo sie ein Formular für den Bargeldtransfer durch die beklagte Bank erhielt. In diesem Formular gab die Geschädigte den Vor- und Nachnamen der Empfängerin, den zu überweisenden Betrag und ihren Namen als Absenderin an. Daraufhin erhielt die Geschädigte einen Kundenbeleg, der nicht nur die Transaktionsnummer, sondern auch den Warnhinweis enthielt, sich vor Verbraucherbetrug und insbesondere Bitten Fremder um Geldsendungen in Acht zu nehmen und Dritten niemals Transaktionsdetails mitzuteilen.

Bei einem zweiten Anruf der angeblichen Cousine teilte die Geschädigte dieser die für die Abholung des Geldes erforderliche Transaktionsnummer mit. Der Vertriebspartner der beklagten Bank zahlte noch am selben Tag den Betrag in Höhe von € 2.500,00 gegen Vorlage der Transaktionsnummer sowie eines Ausweises, der den Namen und das Geburtsdatum der Cousine der Geschädigten enthielt, an die Anruferin aus. Bei der Anruferin handelte es sich tatsächlich nicht um die Cousine der Geschädigten.

Der VKI beehrte von der beklagten Bank € 2.500,00 und stützte sich hierbei auf § 46 ZaDiG. Das Finanztransfersgeschäft sei gescheitert, weshalb die Kundin einen Anspruch auf Rückerstattung des überwiesenen Betrages habe. Die beklagte Bank hätte das Geld nur an die richtige Adressatin des Transfers überweisen dürfen.

Die beklagte Bank wandte ein, dass sie den Zahlungsauftrag korrekt ausgeführt und das Geld an jene Person ausbezahlt habe, die einen unbedenklichen Ausweis vorgelegt habe. Das Allein- oder aber wenigstens ein erhebliches Mitverschulden treffe die Geschädigte, die durch die Weitergabe der Transaktionsdaten an Dritte grob fahrlässig gegen die sie treffenden Sorgfaltspflichten verstoßen habe.

### ENTSCHEIDUNG:

Das **ERSTGERICHT** gab dem Klagebegehren mit der Hälfte des Klagsbetrages statt. Das Mehrbegehren wies es ab. Der beklagten Bank sei der Nachweis nicht gelungen, dass sich die Empfängerin des Geldes ordnungsgemäß legitimiert habe. Die Geschädigte habe jedoch ein Mitverschulden zu verantworten, weil sie es grob fahrlässig unterlassen habe, die Identität der Anruferin zu überprüfen. Eine Verschuldensteilung 1:1 sei angemessen.

Das **BERUFUNGSGERICHT** gab der nur vom klagenden VKI erhobenen Berufung im Wesentlichen mit den gleichen Argumenten nicht Folge, ließ aber die ordentliche Revision zur Frage der Berücksichtigung einer Sorgfaltswidrigkeit des Zahlungsdienstnutzers bei der Haftung des Zahlungsdienstleisters für die nicht erfolgte Ausführung gemäß § 46 ZaDiG zu.

Der **OGH** erachtete die Revision für zulässig, aber nicht für berechtigt. Gemäß § 36 Abs 1 ZaDiG habe der Zahlungsdienstnutzer bei der Nutzung seines Zahlungsinstruments die Bedingungen für dessen Ausgabe und Nutzung einzuhalten und insbesondere nach Erhalt eines Zahlungsinstruments alle zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um die personalisierten Sicherheitsmerkmale und das Zahlungsinstrument vor unbefugtem Zugriff zu schützen. Es handle sich dabei um Schutz- und Sorgfaltspflichten, die den Zahlungsdienstnutzer gegenüber dem Zahlungsdienstleister im nebenvertraglichen Schuldverhältnis treffen. Es sei eine dem Finanztransfersgeschäft immanente Sorgfaltspflicht des Zahlers, dass dieser sich bei Vorhandensein objektiver Zweifel an der Person des Empfängers vor Bekanntgabe der Transfernummer an den Geldempfänger davon überzeugt, dass es sich tatsächlich um den von ihm gewünschten Empfänger handelt. Darauf habe auch die beklagte Bank die Geschädigte ausdrücklich hingewiesen. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Geschädigte habe mit der unreflektierten Weitergabe der Transfernummer an eine unbekannte Anruferin gegen eine sie aufgrund § 36 Abs 1 ZaDiG treffende Sorgfaltspflicht verstoßen, sei daher nicht zu beanstanden.

Im Übrigen sei der Rechtsansicht des klagenden Revisionswerbers, beim Erstattungsanspruch nach § 46 ZaDiG sei kein Mitverschulden des Zahlungsdienstnutzers gemäß § 1304 ABGB zu berücksichtigen, nicht zu folgen. § 44 Abs 1 ZaDiG sehe vor, dass bei nicht autorisierten Zahlungsvorgängen ein Mitverschulden des Zahlungsdienstnutzers in Anschlag zu bringen sei. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb Sorgfaltspflichtverletzungen des Zahlungsdienstnutzers bei der Haftung des Zahlungsdienstleisters für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge (§ 44 Abs 1 ZaDiG) als Mitverschulden zu berücksichtigen sein sollen, nicht aber auch dann, wenn der Zahlungsdienstleister für das ordnungsgemäße Einlangen der Zahlung beim Zahlungsempfänger haftet (§ 46 Abs 1 ZaDiG). Ein allfälliges Mitverschulden des Zahlungsdienstnutzers sei daher auch im Fall der verschuldensunabhängigen Haftung des Zahlungsdienstleisters gemäß § 46 Abs 1 ZaDiG zu berücksichtigen.

**Schuldeinlösung - Bankgeheimnis**  
OGH vom 04.07.2018, 7 Ob 20/18v

## LEITSATZ

Das Bankgeheimnis steht auch einer  
Schuldeinlösung nach § 1422 ABGB entgegen.



**SACHVERHALT:**

Die Klägerin (Kreditversicherer eines Kreditinstitutes) hat eine Kreditforderung gegen zwei Kreditnehmer (Beklagte) gemäß § 1422 ABGB eingelöst und dann die offene Forderung geltend gemacht. Die Beklagten haben mit Verweis auf den Verstoß gegen das Bankgeheimnis nach § 38 BWG die Nichtigkeit des Forderungsübergangs eingewandt.

**ENTSCHEIDUNG:**

Das **ERSTGERICHT** hat die Klage des den Kreditbetrag einklagenden Kreditversicherers mit der Begründung abgewiesen, dass kein wirksamer Forderungsübergang erfolgt sei, da dieser wegen des Verstoßes gegen das Bankgeheimnis nichtig sei.

Das **BERUFUNGSGERICHT** hat diese Entscheidung bestätigt.

Der **OGH** hat die Revision des klagenden Kreditversicherers zurückgewiesen. Der Kläger argumentierte, dass die von den Vorinstanzen begründend herangezogene Judikatur (9 Ob 34/12h) zur Nichtigkeit der Zession wegen Verstoßes gegen das Bankgeheimnis nicht einschlägig sei, weil gegenständlich eine notwendige Zession iSd § 1422 ABGB vorgelegen habe.

Der OGH hält dem Kläger diesbezüglich vor, dass die Anwendung des § 1422 ABGB ein Einlösungsbegehren des Zahlers (eine einseitige und empfangsbedürftige Willenserklärung), voraussetzt, wobei der Kläger gar nicht vorgebracht habe, wie die Abgabe einer solchen Erklärung im vorliegenden Fall erfolgt sein soll. Ferner zitiert der OGH aus seiner Entscheidung 9 Ob 62/16g, wobei er ausführt, dass gesetzliche Zessionsverbote nach Maßgabe des Verbotszwecks von vornherein den Übergang der Forderung und damit die Wirkung einer Einlösung verhindern. Dies gelte auch für die Einlösung nach § 1422 ABGB, da ansonsten der Gesetzeszweck des § 38 BWG vereitelt werden könnte.

Die Klägerin hielt den Forderungsübergang auch gemäß § 38 Abs 2 Z 7 BWG für zulässig. Nach § 38 Abs 2 Z 7 BWG besteht die Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses nicht, soweit die Offenbarung zur Klärung von Rechtsangelegenheiten aus dem Verhältnis zwischen Kreditinstitut und Kunden erforderlich ist. Der OGH entgegnet dieser Argumentation, dass die Klägerin und die Bank im Versicherungsvertrag die Übertragung der Rechte gegen die Kreditnehmer an die Klägerin vereinbart hätten. Die Zession diene demnach der Erfüllung der von der Klägerin und der Bank im Versicherungsvertrag vereinbarten Pflichten und nicht der Klärung von Rechtsangelegenheiten aus dem Verhältnis zwischen Kreditinstitut und Kunden.

Soweit die Klägerin argumentierte, dass der Zweck der Einbringlichmachung der Kreditforderung ein das Bankgeheimnis durchbrechendes überwiegendes Interesse darstelle, verweist der OGH auf die bisherige Judikatur (RIS-Justiz RS0128520), wonach diese Rechtsansicht in dieser Allgemeinheit nicht zutrefte, und darauf, dass die Klägerin mit dem behaupteten Forderungsübergang ihre eigenen Interessen als Kreditversicherer verfolge.

Die Klägerin behauptet weiters, dass der Erstbeklagte dem Forderungsübergang konkludent zugestimmt hätte, da er als Liegenschaftseigentümer gegen die Übertragung des verbücherten Pfandrechts auf die Klägerin im Grundbuchsverfahren kein Rechtsmittel erhoben habe. Der OGH teilte diese Rechtsansicht nicht, da der Eigentümer einer zum Pfand bestellten Liegenschaft nach grundbuchsrechtlicher Rechtsprechung durch die Abtretung der durch das Pfandrecht besicherten Forderung an einen anderen Gläubiger in seinen bücherlichen Rechten nicht beeinträchtigt werde. Er könne nur dann gegen eine Übertragung einschreiten, wenn er sich auf eine grundbücherlich eingetragene Vereinbarung berufen kann, die einem vertraglichen Abtretungsverbot gleichkäme. Aus der Tatsache, dass kein Rechtsmittel gegen die Pfandrechtsabtretung erhoben wurde, könne daher keine konkludente Zustimmung zum Forderungsübergang abgeleitet werden.

Zuletzt berief sich die Klägerin auf das Vorliegen einer Zustimmung nach § 38 Abs 1 Z 5 BWG, da die Beklagten zugestimmt hätten, dass ihre Daten einem Sicherheitengeber überlassen werden dürften. Da die Beklagten der Datenübermittlung nur „an einen Sicherheitengeber [zugestimmt haben], soweit dies für die Beurteilung des Haftungsrisikos erforderlich ist“, die Klägerin aber der Kreditversicherer der Bank und nicht der Sicherheitengeber der Kreditnehmer war, lag nach Ansicht des OGH auch keine Zustimmung nach § 38 Abs 1 Z 5 BWG vor.

Klagenfurt am Wörthersee, am 10.12.2018

**IMPRESSUM****MEDIENINHABER UND HERAUSGEBER:**

AHP Angerer Hochfellner Pontasch Rechtsanwälte,  
Neuer Platz 5/III, 9020 Klagenfurt am Wörthersee  
Unsere Beiträge wurden sorgfältig bearbeitet, können jedoch die rechtliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen.  
Wir übernehmen daher keine Haftung für die Richtigkeit.