

Exposé der Dissertation

Titel der Dissertation

Verbraucherschutz im Mobile Banking

Verfasserin

Mag. iur. Amila Strik

Angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Betreuer

ao. Univ.-Prof. Dr. Christian Zib

Wien, März 2014

Studienrichtung: Rechtswissenschaften

Studienkennzahl: A 783 101

1. Einleitung – Mobile Banking

Weltweit zeichnet sich der Trend weg vom direkten Kundenverkehr hin zu einer digitalen Wirtschaft ab. So auch im Bereich der Finanzdienstleistungen. Online Banking an sich ist für viele Bankkunden im täglichen Geldverkehr nicht mehr „neu“. Es ist bereits seit zwanzig Jahren in Verwendung, wobei es den Aufschwung insbesondere ab dem Jahr 2000 erlebte. Durch den Einsatz von Smartphones ist ein relativ neuer und sich ständig weiter entwickelnder Trend, das Mobile Banking, entstanden. Die Entwicklung in diesem Gebiet ist deutlich schneller und nachhaltiger als bei Online Banking und von ständiger Angebotserweiterung gekennzeichnet. Das Vorhandensein verschiedenster „Mobile Banking Apps“ unterstützt diesen Trend. Damit wächst auch das Angebot aber auch die Nachfrage nach Finanzdienstleistungen die auf die wechselnden Bedürfnisse und Gewohnheiten von Kunden schnell angepasst werden.

Die Nutzung von Mobile Banking in Österreich ist schon stark verankert – knapp 40% nutzen diese Möglichkeit für ihre Bankgeschäfte.¹ Die Nutzung von Mobile Banking Apps wächst jedes Quartal um mehr als 10%.² Der Erfolg von Mobile Banking ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass es immer und überall verfügbar ist. Der breite Erfolg von Smartphones führt nicht nur dazu, dass Mobile Banking Dienste vermehrt in Anspruch genommen werden sondern verändert auch die Zahlungsverkehrslandschaft und ermöglicht neue Zahlungsanwendungen³.

In den letzten fünf Jahren sind neue Arten von Zahlungsdiensten entstanden, vor allem im Bereich der Internetzahlungen. Insbesondere gibt es nunmehr dritte Zahlungsdienstleister, die Verbrauchern und Händlern sogenannte „zahlungsauslösende Dienste“ anbieten. Diese errichten eine Softwarebrücke zwischen der Webseite des beliebigen Händlers im Internet und der Online Banking Plattform des Verbrauchers.⁴

Diese Veränderungen sind ein Ergebnis der rasanten Entwicklung neuer Technologien und der Tatsache, dass sich Europa und die Welt, sowie die Art und Weise wie Waren und Dienstleistungen erworben werden, in einem grundlegenden Wandel befinden. Nicht nur werden Bürger und Unternehmen zunehmend außerhalb ihres Herkunftslands tätig, sondern

¹ Zeh/Buchinger, Tradition adé? ÖBA 2013, 166.

² Immer mehr Österreicher nutzen Online Banking, www.tt.com/home/7452242-91/jimmer-mehr-%C3%B6sterreicher-nutzen-online-banking.csp, 18.03.2014.

³ Grünbuch, Ein integrierter europäischer Markt für Karten-, Internet- und mobile Zahlungen, Europäische Kommission, KOM(2011) 941 endgültig, 2.

⁴ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2013/36/EU und 2009/110/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG, COM (2013) 547 final, 21.

verwenden und benötigen sie auch elektronische Zahlungsmittel, die auch über Grenzen hinweg reibungslos funktionieren sollen.⁵ Vor diesem Hintergrund gewinnt das Thema Verbraucherschutz in diesem Zusammenhang eine besondere Bedeutung.

Wenn man sich die rasante Entwicklung im skizzierten Gebiet vor Augen hält, verwundert es nicht, dass viele verbraucherschutzrechtliche Themen im Bereich des Mobile Banking noch nicht (ausreichend) gesetzlich geregelt sind. Darüber hinaus gibt es auch noch keinen ausreichenden rechtlichen Diskurs über die verbraucherschutzrelevanten Themen des Mobile Banking, obwohl diese sowohl für Verbraucher als auch für Banken, eine große Bedeutung haben. Mittlerweile ist man sich einig, dass gewisse Rechtsgebiete wie z.B. das Datenschutzgesetz (DSG)⁶ modernen Technologien nicht genügend Rechnung tragen. Das Ziel dieser Arbeit ist daher sich intensiv mit den bestehenden verbraucherschutzrechtlichen Vorschriften im Bereich des Mobile Banking zu beschäftigen, die in Vorbereitung und Umsetzung stehenden gesetzlichen Regelungen zu analysieren sowie eventuell vorhandenen weiteren Regelungsbedarf aufzudecken.

2. Überblick über die geltende Rechtslage und den Forschungsstand

Online Banking⁷ bezeichnet das über elektronische Netze (meist Internet) geführte Bankgeschäft⁸. Mobile Banking ist eine Variante des Online Banking die meist mit Hilfe von Apps durch mobile Endgeräte (Smartphones; Tablets) verwendet wird.

Beim Online und Mobile Banking ist die Erkenntnis wesentlich, dass es sich dabei nicht um ein gesondertes Bankprodukt handelt sondern, dass es einen anderen „Zugangsweg“ zum Girokonto des Kunden bietet. Aus diesem Grunde beruhen die Geschäftsvorfälle auf den gleichen Rechtsgrundlagen wie beim klassischen Bankgeschäft. Mobile Banking basiert somit auf der Rechtsgrundlage eines klassischen Girovertrages. Dieser ist nach hA ein Auftragsvertrag iSd §§ 1002 ff ABGB⁹. Im Rahmen des Abschlusses eines Girovertrages wird die Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank vereinbart. Für die

⁵ Grünbuch, Ein integrierter europäischer Markt für Karten-, Internet- und mobile Zahlungen, Europäische Kommission, KOM(2011) 941 endgültig, 2.

⁶ Leissler, Apps&Datenschutz, ipCompetence 2012 H 8, 46.

⁷ Es sind diverse Begriffe, wie Home Banking und Mobile Banking im Umlauf, die allesamt unter den Begriff des Online Bankings subsumiert werden können und nur nach der Art des benützten Endgerätes differieren. Unter Home Banking wird verstanden, dass gewisse Geschäfte von zu Hause aus erledigt werden können. Unter Mobile Banking wird hingegen verstanden, dass man die Abwicklung von Bankgeschäften über mobile Endgeräte erledigen kann; *Freudenthaler*, Die Giroüberweisung beim Online Banking, 2009, 77.

⁸ *Freudenthaler*, Die Giroüberweisung beim Online Banking, 2009, 77.

⁹ *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht III (2008) Rz 1/22.

Inanspruchnahme der Dienstleistungen des Mobile Banking muss zusätzlich ein „Mobile Banking Vertrag“ (der in der Regel ein Teil des Online Banking Vertrages ist) abgeschlossen werden, der eine selbstständige Nebenabrede zum betreffenden Girovertrag darstellt. Wesentlicher Zweck des Mobile Banking ist die Erteilung von Überweisungsaufträgen via Internet¹⁰. Aufgrund dieser Konstellation -Erteilung der Überweisungsaufträge auf elektronischem Wege- kommt es notwendigerweise zu Unterschieden gegenüber dem konventionellen Banking.

Besondere Konstellationen und Rechtsfragen ergeben sich auch bei eingangs erwähnten Fällen der zahlungsauslösenden Dienste. Hier führte die Tatsache, dass Dritte Zugriff auf die Zugangsdaten der Verbraucher zum Online Banking erhalten und dass diese neuen Dienstleistungen nicht vom bestehenden Rechtsrahmen erfasst werden, zu einer ganzen Reihe von Bedenken, welche in der ganzen EU zu neuen Regelungen führen werden.¹¹

Den allgemeinen Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr im Bankbereich stellt die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (RL 2000/31/EG) die im E-Commerce-Gesetz umgesetzt wurde sowie die Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher (RL 2002/65/EG) die im Fern-Finanzdienstleistungsgesetz umgesetzt wurde dar. In diesen sind insbesondere die allgemeinen und die vertraglichen Informationspflichten, Verbraucherschutzbestimmungen sowie gewisse Bestimmungen für den Vertragsabschluss im elektronischen Geschäftsverkehr vorgesehen. Die allgemeinen Fragen zum Vertragsabschluss an sich richten sich nach dem allgemeinen Zivilrecht und Bankvertragsrecht. Daneben gibt es zahlreiche Rechtsquellen, die den bankaufsichtsrechtlichen, konsumentenschutzrechtlichen und datenschutzrechtlichen Fragen Rechnung tragen.

Für den Bereich des Verbraucherschutzes im Finanzdienstleistungsbereich ist auch das Zahlungsdienstegesetz (mit welchem die Richtlinie 2007/64/EG in Österreich umgesetzt wurde) grundlegend. Die Überprüfung des auf europäischer Ebene bestehenden Rahmens und insbesondere der Zahlungsdiensterichtlinie sowie die im Jahr 2012 auf der Grundlage

¹⁰ *Freudenthaler*, Die Giroüberweisung beim Online Banking (2009) 5.

¹¹ Begleitunterlage zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2013/36/EU und 2009/110/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG und Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Interbankenentgelte bei kartengestützten Zahlungsvorgängen, /* SWD/2013/0289 final */, 2.1.4.

des Grünbuchs der Kommission mit dem Titel „Ein integrierter europäischer Markt für Karten, Internet- und mobile Zahlungen“ erfolgte Konsultation führten zu der Schlussfolgerung, dass weitere Maßnahmen und Aktualisierungen der Rechtsvorschriften, einschließlich Anpassungen der Zahlungsdiensterichtlinie, erforderlich sind, damit der Rechtsrahmen für Zahlungen den Erfordernissen eines effektiven europäischen Zahlungsmarkts besser gerecht werden und in vollem Umfang zu einem Zahlungsumfeld beitragen kann, das Wettbewerb, Innovation und Sicherheit fördert.¹² Am 24. Juli 2013 hat die Kommission daher einen Vorschlag für ein Gesetzespaket im Bereich des Europäischen Zahlungsverkehrs verabschiedet. Dieses Paket beinhaltet den Vorschlag für eine überarbeitete Richtlinie über Zahlungsdienste (ZDR 2) sowie für eine Verordnung über Multilaterale Interbankenentgelte (MIFs).

Ziel des Vorschlags ist es, die Entwicklung eines EU-weiten Marktes für elektronische Zahlungen weiter voranzubringen, der es Verbrauchern, Einzelhändlern und anderen Marktakteuren ermöglicht, die Vorteile des EU-Binnenmarkts in vollem Umfang zu nutzen. In den vorliegenden Richtlinien vorschlag ist die Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (die sogenannte „Zahlungsdiensterichtlinie“) eingegangen, die gleichzeitig aufgehoben werden sollte.¹³ Die geänderte Zahlungsdiensterichtlinie nimmt die Zahlungsauslösedienste in ihren Anwendungsbereich auf, enthält geänderte Haftungsbestimmungen bei Betrug und Missbrauch, stärkt Verbraucherrechte bei Überweisungen und Finanztransfers außerhalb der EU sowie bei Zahlungen in Nicht-EU-Währungen und fördert neue Anbieter und die Entwicklung innovativer Mobiltelefon- und Internetzahlungen.

3. Forschungsfragen-, -methoden und –ziele

3.1. Allgemeine Zielsetzungen

Vor dem Hintergrund der beschriebenen Situation sollen die primären Ziele der Dissertation darin liegen die meisten bestehenden und in Vorbereitung stehenden Rechtsquellen zu oben erwähnten Themen des Verbraucherschutzes im Mobile Banking zu erfassen, sie darzustellen und zu analysieren. Die älteren Rechtsquellen werden, um den technischen

¹² Vorschlag für eine RICHTLINIE DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2013/36/EU und 2009/110/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG, Begründung /* COM/2013/0547 final - 2013/0264 (COD) */

¹³ Vorschlag für eine RICHTLINIE DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2013/36/EU und 2009/110/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG, Begründung /* COM/2013/0547 final - 2013/0264 (COD) */

Entwicklungen und rechtlichen Änderungen Rechnung zu tragen auf ihre Aktualität zu überprüfen sein.

Die neuen Entwicklungen in diesem Bereich, insbesondere die Überarbeitung der Zahlungsdiensterichtlinie (ZaDiG)¹⁴ bedürfen einer nähren Auseinandersetzung. Es ist zu prüfen welche Auswirkungen die neuen Verbraucherschutzbestimmungen auf Banken aber auch Verbraucher haben werden. Diese Regelungen haben große Bedeutung und Signalwirkung für weitere rechtliche Entwicklungen.

Darüber hinaus ist es notwendig, die zwischenzeitig ergangene Judikatur im Bereich des Verbraucherschutzes zu berücksichtigen. Durch diese entstand wichtige Rechtsprechung zu Entgelt-, Haftungs- und anderen Vertragsbestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, die (auch) für das Thema des Verbraucherschutzes im Mobile Banking wesentlich ist.

Alle diese Anliegen sollen dazu führen, dass im Ergebnis eine übersichtliche Darstellung der verbraucherschutzrelevanten Themen des Mobile Banking entsteht, in welcher die offenen und strittigen Fragen durch einen wissenschaftlichen Betrag ergänzt werden.

3.2. Aufbau der Dissertation

Ausgangspunkt der Analyse von verbraucherschutzrelevanten Themen des Mobile Banking wird zunächst eine Darstellung von Begriff, Funktion, Eigenschaften und bisherigen Entwicklungen des Mobile Banking sein. Dieser Begriff wird dem Begriff des Online Banking bzw. dem von mobilen Zahlungen gegenübergestellt und es werden Unterschiede und Gemeinsamkeiten, die für die rechtliche Beurteilung wesentlich sind, herausgearbeitet.

Nach dem einleitenden Teil, welchem aufgrund seiner zentralen Bedeutung für die weiteren Ausführungen in der Dissertation eine besondere Aufmerksamkeit zu widmen sein wird, folgen Themen rund um das vertragliche Verhältnis beim Mobile Banking. Dabei werden auf der einen Seite die Aspekte, die Banken aus rechtlicher Sicht zu beachten haben bevor sie Mobile Banking anbieten und zum anderen die vertraglichen Beziehungen dargestellt. Unter dem Punkt „vertragliche Beziehungen“ werden die rechtlichen Beziehungen die typischerweise zwischen dem Kunden und seiner Bank beim Mobile Banking begründet werden beleuchtet. Dazu gehören der Kontoeröffnungsvertrag, Girovertrag und der Mobile Banking Vertrag und zwar immer unter besonderer Berücksichtigung von verbraucherschutzrelevanten Themen, aber auch Fragen, die sich im Rahmen eines laufenden Vertragsverhältnisses stellen. Thematisiert werden dabei die einzelnen wichtigen

¹⁴ In Umsetzung der Richtlinie über Zahlungsdienste (PSD), RL 2007/64/EG.

Fragen, wie z.B. die Erteilung und Ausführung von Aufträgen, Datenschutz, Sicherheit usw. Darüber hinaus werden auch die Besonderheiten die sich bei zahlungsauslösenden Diensten ergeben, berücksichtigt.

Im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss ist neben den allgemeinen Fragen wann Willenserklärungen als abgegeben bzw. empfangen gelten auch die Frage zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen Willenserklärungen im Rahmen des Mobile Banking abgegeben werden können. Außerdem ist der rechtliche Gehalt der Mitteilungen an Kunden über die Webseiten der Banken bzw. Social Media zu untersuchen. Beim Mobile Banking liegt eine neue Art der Kommunikation vor, die mit der herkömmlichen Kommunikation nicht vergleichbar ist. Einer nähren Untersuchung bedürfen somit auch die Fragen der Möglichkeiten, die Fehler die auf Willensmängel beruhen, zu beseitigen.

Den zweiten Themenblock sollen die allgemeinen und die spezifischen Vertragspflichten beim Mobile Banking bilden. Hierbei werden die allgemeinen Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten der Bank, sowie insbesondere die Informationspflichten aus dem ZaDiG und dem FernFinG behandelt aber auch die Sorgfaltspflichten des Kunden. Daneben sind auch die vertragsspezifischen Pflichten die sich aus den Sonderbedingungen für Mobile Banking ausgewählter österreichischer Kreditinstitute ergeben zu behandeln.

Mit dieser Frage verbunden und in diesem Zusammenhang unumgänglich ist auch die Behandlung von Drittmisbrauchsrisikofällen bzw. der Frage der Haftung beim Mobile Banking. Gegenstand der Arbeit wird daher die Untersuchung der Frage sein, wer das Drittmisbrauchsrisiko der Verwendung der Kundendaten durch einen unberechtigten Dritten unter Berücksichtigung der diesbezüglichen Regelungen des ZaDiG und des allgemeinen Zivilrechts zu tragen hat. Insbesondere zu behandeln ist die Frage der Haftung bei Einbindung eines „zahlungsauslösenden Dienstes“. Wesentlich ist auch die Frage welche drittmisbrauchsrisikominimierenden Maßnahmen einem Bankkunden auferlegt werden dürfen bzw. können. Anschließend ist auch die Frage der Haftung für das ordnungsgemäße Funktionieren der Mobil Banking Dienste wesentlich.

Im abschließenden Teil der Dissertation werden die Ergebnisse der Arbeit zusammengefasst und besprochen.

4. Vorläufige Gliederung

I Einleitung

- Definition des Mobile Banking
- Mobile Banking im Vergleich zum Online Banking
- Mobile Banking im Vergleich zu mobilen Zahlungen

II Vertragliche Aspekte

- Vertragliche Beziehungen
- Zustandekommen des Mobile Banking Vertrages
- Inhalte des Mobile Banking Vertrages
- Ausführung des Mobile Banking Vertrages
- Vertragliche Beziehungen bei "zahlungsauslösenden Diensten"

III Vertragspflichten

- Darstellung der Allgemeinen Vertragspflichten
- Darstellung der Mobile Banking spezifischen Vertragspflichten

IV Haftung beim Mobile Banking

V Zusammenfassung und Schlusswort

5. Vorläufiger Zeitplan

Bisher erarbeitet: Absolvierung der Lehrveranstaltungen der Studieneingangsphase;
Erstellung des Exposé

SS 2014: Einreichung des Antrages auf Genehmigung des Dissertationsvorhabens;

WS 2014/2015 und SS 2015: Absolvierung der fehlenden Lehrveranstaltungen, weitere Literaturrecherche, -aufarbeitung und -aufbereitung, Abfassen der Dissertation; Einreichung eines Erstentwurfes beim Betreuer

WS 2015/2016: Überarbeitung der Dissertation

SS 2016: Öffentliche Defensio

6. Ausgewählte Bibliographie (alphabetisch)

- Apathy/Iro/Koziol (Hrsg.), Österreichisches Bankvertragsrecht I (2007), II (2008) und III (2008).*
- Avancini/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht I (1987).*
- Bydlinski P., Die Rechtsfolgen des Phishing und ähnlicher Missbrauchformen, in Bergauer/Staudegger (Hrsg.), Recht und IT (2009)87.*
- Fallenböck, Die AGB am Handy-Display, MR 2004, 440.*
- Fletzberger/Schopper, Fernabsatz von Finanzdienstleistungen (2004).*
- Freudenthaler, Die Giroüberweisung beim Online Banking (2009).*
- Gelbmann/Jungwirth/Kolba, Konsumentenrecht und Banken (2011).*
- Graf, Bankvertragsrecht, Wien, (2011).*
- Graf/Gruber (Hrsg.), Rechtsfragen des Internetbanking (2002).*
- Hoffmann, Anbahnung und Abschluss der Verträge im Internet (2008).*
- Jahnel/Schramm/Staudegger, Informatikrecht (2003).*
- Janisch, Online Banking Rechtsfragen des elektronischen Überweisungsverkehrs (2001).*
- Janisch/Mader, E-Business⁴, Wien (2011).*
- Leissler/ Tichy, Rechtsfallen für Smartphone-User, Der Standard 2011/12/03.*
- Leissler, Apps & Datenschutz, ipCompetence H8, 46.*
- Maimer, Rücktrittsrecht bei App-Käufen?, MR 2012, 47.*
- Lucius (Hrsg.), Internetbanking - von der Euphorie zur Normalität (2002).*
- Recknagel, Vertrag und Haftung beim Internet-Banking (2005).*
- Mader, Neues zum Online-Banking, in Bergauer/Staudegger (Hrsg.), Recht und IT (2009)67.*
- Meister, Chancen und Risiken von Banking-Apps, ÖBA 8/13.*
- Schleicher, E-Commerce im Bankbereich (2007).*
- Tichy, Apps & Verträge, Ein Wegweiser durch den Dschungel, ipCompetence 2012 H8, 34.*
- Zaheadnik/Kremslehner, Aufsichtsrechtliche Aspekte des Internet-Banking, in: Lucius/Zakostelsky (Hrsg.), Internetbanking (2002) 172.*
- Zankl, E-Commerce-Gesetz (2002).*
- Zankl, IT Update 7.0., ecolex 2012, 600.*
- Zeh/Buchinger, Tradition adé? ÖBA 2013, 166 (166).*