

Rechtsprechung

Zivilrechtliche und strafrechtliche Entscheidungen

Bearbeitet von
Univ.-Prof. i.R. Dr. Dr. h.c. Helmut Koziol,
Fachvorsitzender des
Forums für Bankrecht

OGH-Entscheidungen

1551.

§§ 1029, 1431 ff ABGB. Die Wirksamkeit der Gutschrift setzt einen rechtsgültigen Überweisungsauftrag voraus. Mangels Überweisungsauftrags ist die Gutschrift auch einem gutgläubigen Empfänger gegenüber unwirksam. Eine unwirksame Gutschrift kann von der Bank gemäß Z 40 Abs 2 ABB storniert werden. Werden einem Kontoinhaber die zur Nutzung des Online-Banking nötigen geheimen Zugangs- bzw Transaktionsdaten durch „Phishing“ herausgelockt und von Unbefugten verwendet, finden auf diese Benutzung die Grundsätze der Anscheinsvollmacht keine Anwendung.

OGH 19. 2. 2009, 2 Ob 107/08m

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Beklagte eröffnete im Jahr 1999 bei der Rechtsvorgängerin der klagenden Bank ein „Privatkonto“. Der Kontoverbindung lagen zuletzt die AGB 2003 zugrunde. Gemäß Punkt IV („Giroverkehr“) Abschnitt B („Gutschriften und Stornorecht“) Z 40 Abs 2 der AGB kann das Kreditinstitut Gutschriften, die es aufgrund eines eigenen Irrtums vorgenommen hat, jederzeit stornieren. In anderen Fällen besteht diese Möglichkeit für das Kreditinstitut nur dann, „wenn ihm die Unwirksamkeit des Überweisungsauftrags eindeutig nachgewiesen wurde“.

Im August 2006 bewarb sich die Beklagte im Internet über eine Jobbörse um eine Teilzeitbeschäftigung im Ausmaß von zwei bis drei Stunden pro Tag. Dabei gab sie ihren Namen, ihr Alter, den Familienstand sowie ihren erlernten Beruf bekannt. Am 14.8.2006 erhielt sie von der Agentur „S“ per E-mail ein entsprechendes Angebot mit der Einladung, ein kurzes Bewerbungsschreiben zu übersenden. Gleichzeitig wurde ihr ein monatlicher Verdienst von € 5.000 bis 10.000 in Aussicht gestellt. Die Beklagte sandte daraufhin ein Bewerbungsschreiben an die erwähnte Agentur, worauf sie am 16.8.2006 per E-mail Informationen über ihre zukünftige Tätigkeit als „Distanzmit-

arbeiterin“ eines englischen Unternehmens erhielt. Es wurde ihr erklärt, daß ein in England gegründetes Unternehmen im Ausland kein Konto eröffnen dürfe und deshalb Mitarbeiter in Österreich notwendig wären, um Zahlungen von österreichischen Kunden des Unternehmens annehmen zu können. Nachdem die Beklagte auch dem Ersuchen um Bekanntgabe ihrer Telefonnummer nachgekommen war, erhielt sie noch am selben Tag einen Anruf, bei dem ihr die Anruferin, die sich „Emma K“ nannte, mitteilte, daß sie das Konto der Beklagten zur Erfüllung von Kundenaufträgen benötigen würde.

Am 17.8.2006 wurde die Beklagte von „Emma K“ sowohl telefonisch als auch per E-mail davon informiert, daß ein Kunde des englischen Unternehmens, Mag Josef M, einen Betrag von € 8.400 auf ihr Konto überwiesen habe. Sie wurde angewiesen, diese Summe in zwei Teilbeträgen via „Western-Union“ an zwei Endkunden in Lettland weiter zu transferieren. Dafür sollte sie als „Lohn“ € 420 erhalten. Die Beklagte begab sich noch am selben Tag zu „ihrer“ Filiale der klagenden Partei, wo sie auf Anfrage die Bestätigung erhielt, daß ein Betrag von € 8.400 auf ihrem Konto gutgebucht worden sei. Daraufhin hob sie die Barbeträge von € 8.380 und € 1.000 und veranlaßte die angeordneten Barüberweisungen „unter Berücksichtigung der dafür aufgelaufenen Spesen“. Weiters behielt sie sich die versprochene Provision von € 420 ein.

Auch Mag Josef M unterhielt ein Konto bei der klagenden Partei, von dem die Überweisung auf das Konto der Beklagten vorgenommen worden war. Diese Überweisung geschah jedoch ohne Wissen und Mitwirkung des Kontoinhabers, sondern über Veranlassung eines unbekanntes Dritten, der sich die Zugangsdaten zu diesem Konto im Wege des sogenannten „Phishing“ illegal beschafft hatte. Am 18.8.2006 wurde Mag Josef M durch eine Mitarbeiterin der klagenden Partei von dem Überweisungsvorgang telefonisch in Kenntnis gesetzt. Nach ausführlicher Erörterung, wie es zu der von ihm nicht beauftragten Überweisung kommen konnte, erstattete er noch am selben Tag Anzeige gegen unbekannte Täter wegen des Verdachts des schweren Betrugs. Ebenfalls noch am selben Tag stornierte die klagende Partei die Gutschrift von € 8.400 auf dem Konto der Beklagten, sodaß dieses am 21.8.2006 mit € 8.384,91 im Debet war. Mit Schreiben ihres Rechtsvertreters vom 24.8.2006 erhob die Beklagte gegen diese Vorgangsweise Einwendungen. Am 14.12.2006 wies das Konto aufgrund weiterer Zinsenbelastungen einen Debetsaldo von € 8.756,63 auf.

Die klagende Partei begehrt mit der vorliegenden Klage Zahlung von

€ 8.756,63 sA. Die Beklagte habe den aushaftenden Saldo trotz mehrfacher Mahnung und Nachfristsetzung nicht bezahlt. Die klagende Partei sei nach Z 40 Abs 2 ihrer AGB zur Stornierung der Gutschrift von € 8.400 berechtigt gewesen, weil ihr die Unwirksamkeit des Überweisungsauftrags eindeutig nachgewiesen worden sei.

Die Beklagte wandte ein, für sie sei nicht erkennbar gewesen, Teil eines „Phishing“-Plans gewesen zu sein. Infolge des fahrlässigen Verhaltens des Mag Josef M sei bei ihr der Eindruck entstanden, es handle sich um eine rechtswirksame und gewollte Überweisung. Die klagende Partei sei zur Stornierung der Gutschrift nicht berechtigt gewesen.

Das *Erstgericht* gab dem Klagebegehren statt.

Das *Berufungsgericht* bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, daß die ordentliche Revision zulässig sei.

Gegen dieses Berufungsurteil richtet sich die *Revision* der Beklagten. Die *Revision* ist nicht berechtigt.

Die Beklagte steht auf dem Standpunkt, Z 40 Abs 2 der AGB regle nur die Stornoberechtigung gegenüber dem Auftraggeber eines Überweisungsauftrags. Die Stornierung sei im Verhältnis zur Beklagten daher unzulässig und auch bei eindeutigem Nachweis der Unwirksamkeit des Überweisungsauftrags überdies nur dann möglich, wenn auf dem Konto der Beklagten noch ein entsprechendes Guthaben vorhanden gewesen wäre. Dem Angewiesenen komme ferner bei einem Mangel des Deckungsverhältnisses kein Kondiktionsanspruch gegen den Anweisungsempfänger zu. Dies gelte auch für den Fall, daß die Anweisung selbst ungültig gewesen sei. Ein Bereicherungsanspruch würde allenfalls dem Anweisenden zustehen. Diesem sei allerdings die mißbräuchliche Verwendung seiner Zugangsdaten durch dritte Personen zuzurechnen. Durch die Herausgabe des TAN-Codes im Zuge der „Phishing“-Attacke habe er sowohl bei der klagenden Partei als auch der Beklagten den Anschein erweckt, die Überweisung selbst veranlaßt zu haben. Die Beklagte sei zum Zeitpunkt des Empfangs der Geldleistung hingegen gutgläubig und im Zeitpunkt der Stornierung nicht mehr bereichert gewesen. Aus all diesen Gründen liege kein Rückforderungsanspruch der Bank gegen die Beklagte vor.

Hiezu wurde erwogen:

1. Allgemeines zu Überweisungsauftrag und Gutschrift:

1.1 Der an eine Bank erteilte Überweisungsauftrag gilt als Sonderfall der bürgerlich-rechtlichen Anweisung (6 Ob 204/02x = ÖBA 2004, 550;

2 Ob 196/03t = ÖBA 2004, 474 [Bollenberger] mwN; RIS-Justiz RS0109095, RS0019656 [T2 und T3]). Er ist kein Auftrag im technischen Sinn, sondern eine einseitige, nicht zustimmungsbedürftige Weisung des Kunden an die Bank im Rahmen des – im Regelfall bestehenden – Girovertrags (2 Ob 576/95 = SZ 70/80; 6 Ob 204/02x; 2 Ob 196/03t; 6 Ob 8/07f = ÖBA 2007, 912; 9 Ob 9/07z = ÖBA 2007, 830; RIS-Justiz RS0017140; *Koziol/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht III² [2008] Rz 1/30; *Neumayr* in *KBB*² § 1400 Rz 5). Die im Girovertrag vereinbarte grundsätzliche Verpflichtung der Bank, den bargeldlosen Zahlungsverkehr abzuwickeln, wird durch den Überweisungsauftrag des Kunden konkretisiert (2 Ob 196/03t; RIS-Justiz RS0032931; *Koziol/Koch* aaO Rz 1/6 und 1/30; *Janisch*, Online Banking [2001] 66). Der Überweisungsempfänger erwirbt aufgrund eines derartigen Überweisungsauftrags noch keinen unmittelbaren Rechtsanspruch gegen die Bank (6 Ob 218/05k = ÖBA 2006, 516 [Dullinger]; 6 Ob 8/07f; 3 Ob 166/08w; RIS-Justiz RS0017140; *Neumayr* aaO § 1400 Rz 5; *Janisch* aaO 66).

1.2 Ein solcher Anspruch entsteht erst mit der Gutschrift auf dem Konto des Überweisungsempfängers, die ein abstraktes Schuldversprechen der Bank begründet (6 Ob 550/95 = SZ 68/59; 2 Ob 95/02p = SZ 2002/62; *Koziol/Koch* aaO Rz 1/83; *Janisch* aaO 69) und nach herrschender Auffassung als zugangsbedürftige Annahme der Anweisung zu verstehen ist (*Koziol/Koch* aaO Rz 1/81; *Neumayr* aaO § 1400 Rz 5 und § 1402 Rz 1; vgl auch *Heidinger* in *Schwimann*, ABGB³ VI § 1400 Rz 20; *Ertl* in *Rummel*, ABGB³ II/3 § 1400 Rz 5). Sie ist jedenfalls ab dem Zeitpunkt unwiderruflich, in dem nach dem Willen der Bank die Daten der Gutschrift zur vorbehaltlosen Bekanntgabe an den Überweisungsempfänger zur Verfügung gestellt werden, sodaß der jeweilige Kontostand vom Kunden – auf welchem Wege auch immer – in Erfahrung gebracht werden und der Kunde über den gutgeschriebenen Betrag verfügen kann (2 Ob 20/03k = SZ 2004/51).

1.3 Im vorliegenden Fall lag eine eingliedrige (innerbetriebliche) Überweisung im dreipersonalen Verhältnis vor, bei der die angewiesene Bank das kontoführende Institut sowohl der (scheinbar) Überweisenden als auch des Überweisungsempfängers ist. Das durch die Gutschrift abgegebene Schuldversprechen der klagenden Partei war – vorbehaltlich der noch folgenden Ausführungen – spätestens am 17.8.2006 wirksam, als die Beklagte über die ihr gutgeschriebenen Beträge bereits verfügen konnte und von dieser Möglichkeit durch Barabhebung auch Gebrauch gemacht hat.

2. Rechtsfolgen der Gutschrift trotz Fehlens eines gültigen Überweisungsauftrags:

2.1 Die Wirksamkeit der Gutschrift setzt einen rechtsgültigen Überweisungsauftrag voraus (*Koziol/Koch* aaO Rz 1/91 mwN; ebenso *Koziol* in *KBB*² Vor §§ 1431 bis 1437 Rz 6). Fehlt es an einem solchen Überweisungsauftrag, geht auch die Annahmeerklärung der Bank, also die Gutschrift, ins Leere und ist daher wirkungslos (*Koziol/Koch* aaO Rz 1/91). Der OGH hat in zahlreichen Entscheidungen bei Fehlen eines Überweisungsauftrags einen Bereicherungsanspruch der Bank gegen den unberechtigten Leistungsempfänger bejaht; dabei wurde dem gänzlichen Fehlen der Anweisung auch deren Fälschung und (sonstige) Ungültigkeit gleichgestellt (vgl SZ 54/2; SZ 54/162; SZ 54/187; SZ 60/272; 6 Ob 204/02x; 2 Ob 196/03t; RIS-Justiz RS0032947, RS0020125). In diesen Fällen kann dem scheinbar Überweisenden die Leistung nicht zugerechnet werden. Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung findet daher zwischen der vermeintlich angewiesenen Bank und dem Überweisungsempfänger statt (SZ 54/2; SZ 54/187; SZ 60/272; 6 Ob 204/02x; vgl *Koziol/Koch* aaO Rz 1/115; *Koziol* aaO Vor §§ 1431 bis 1437 Rz 5).

2.2 Auch der gutgläubige Überweisungsempfänger, der auf die Gültigkeit der Überweisung berechtigt vertraute, wird vor der Kondiktion der vermeintlich angewiesenen Bank grundsätzlich nicht geschützt, weil dem die schutzwürdigen Interessen des scheinbar Überweisenden entgegenstehen (vgl SZ 60/272; 6 Ob 204/02x; *Koziol/Koch* aaO Rz 1/115). Von diesem Grundsatz wurde nur dort eine Ausnahme gemacht, wo der scheinbar Überweisende dem Empfänger gegenüber in zurechenbarer Weise den Anschein einer – im Augenblick der Zahlung noch gültigen – Anweisung erweckt (und nicht rechtzeitig zerstört) hat und der redliche Überweisungsempfänger infolgedessen die Zahlung „kraft Rechtsscheins“ dem scheinbar Überweisenden als dessen Leistung zurechnen und sich daher nur an ihn halten kann (SZ 60/272 mwN; 6 Ob 204/02x; *Koziol/Koch* aaO Rz 1/116; *Koziol* aaO Vor §§ 1431 bis 1437 Rz 5). Dies wurde insbesondere dann angenommen, wenn der Überweisende den Auftrag erteilte, dann widerrief und die Bank dem Empfänger den Überweisungsträger ausgehändigt hatte (SZ 60/272).

2.3 Im vorliegenden Fall beruhte das Vertrauen der Beklagten auf die Rechtsgültigkeit der Überweisung nicht auf einem Verhalten des scheinbar Überweisenden, sondern ausschließlich auf den Versprechungen, die sie von dritter Seite erhielt. Der angeblich Überweisende war ihr hingegen völlig unbekannt. Es bestand

keinerlei Rechtsbeziehung zwischen der Beklagten und ihm (kein „Valutaverhältnis“), aus der sie eine Zahlung erwarten konnte. Selbst wenn ihm eine fahrlässige Ermöglichung der „Phishing“-Angriffe vorzuwerfen wäre – wofür sich aus den Feststellungen der Vorinstanzen kein Anhaltspunkt ergibt –, ist das Vertrauen der Beklagten, die sich leichtfertig auf ein für sie erkennbar zweifelhaftes und riskantes Angebot eines unbekanntem Geschäftspartners eingelassen hat, unter den konkreten Umständen nicht schützenswert. Inwieweit ein dem scheinbar Überweisenden im Verhältnis zur klagenden Partei allenfalls zurechenbarer Rechtsschein für die Lösung des Falles relevant sein könnte, wird im folgenden noch näher zu erörtern sein.

Als weiteres Zwischenergebnis ist somit vorerst festzuhalten, daß die Beklagte, mag sie auch gutgläubig gewesen sein, keinen Vertrauensschutz im Sinne der erörterten Rechtsprechung genießt.

3. Zur Stornoberechtigung nach Z 40 Abs 2 AGB:

3.1 Die klagende Partei stützt ihre Berechtigung zur Stornierung der erteilten Gutschrift auf die Regelung in Z 40 Abs 2 ihrer AGB, deren Geltung zwischen den Streitparteien nicht strittig ist, und die in ihrem Wortlaut Z 40 Abs 2 der Allgemeinen Bedingungen für Bankgeschäfte (ABB) entspricht. Diese Bestimmung betrifft entgegen der Rechtsansicht der Beklagten das Verhältnis zwischen der Bank und jenem Kunden, dessen Konto sie aufgrund eines (vermeintlichen) Überweisungsauftrags einen Betrag gutgeschrieben hat (4 Ob 129/06h = ÖBA 2007, 222 [*Koziol*]), hier also das Verhältnis zwischen der klagenden Partei und der Beklagten. Sie regelt ferner nur die Stornoberechtigung gegenüber dem Kontoinhaber, nicht aber die Frage, wann das Kontoinstitut gegenüber dem Auftraggeber zum Storno einer Gutschrift verpflichtet ist. Eine derartige Verpflichtung besteht auch bei eindeutigem Nachweis der Unwirksamkeit des Überweisungsauftrags nur dann, wenn auf dem Empfängerkonto ein Guthaben vorhanden bzw ein gewährter Kreditrahmen noch nicht voll ausgenutzt ist (vgl 4 Ob 129/06h; *Koziol/Koch* aaO Rz 1/105 FN 361; *Koziol* in *Iro/Koziol*, Allgemeine Bedingungen für Bankgeschäfte [2001] Z 40 Rz 5).

3.2 Der OGH billigte in der zuletzt zitierten Entscheidung auch die an die Unwirksamkeit der Gutschrift bei Fehlen eines gültigen Überweisungsauftrags anknüpfende Auffassung *Koziols* (aaO Z 40 Rz 5), dem Storno komme bloß deklaratorische Bedeutung zu. Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß im Falle der Unwirksamkeit der in der erteilten Gutschrift zum Ausdruck gebrachten abstrakten Verpflichtung so lange noch keine un-

gerechtfertigte Vermögensverschiebung eingetreten ist, als der Überweisungsempfänger über den gutgeschriebenen Betrag noch nicht verfügte; mit der Stornierung wird der Überweisungsempfänger von der Unwirksamkeit der Gutschrift bloß in Kenntnis gesetzt (vgl. *Koziol/Koch* aaO Rz 1/97, 105 und 118). Zu einer nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen ausgleichenden Vermögenszuwendung der Bank an den Empfänger kommt es deshalb nur dann, wenn die Bank wegen der in Wahrheit unwirksamen Gutschrift eine Barauszahlung vornahm oder eine Verfügung des Kontoinhabers durchführte, auf die dieser in Wahrheit keinen Anspruch hatte, weil ein von der Bank allenfalls eingeräumter Überziehungsrahmen durch die Unwirksamkeit der Gutschrift überschritten wird (*Koziol/Koch* aaO Rz 1/118).

3.3 Im vorliegenden Fall hat die Beklagte nicht behauptet, daß ihr von der klagenden Partei ein Überziehungsrahmen eingeräumt worden wäre. Nach den Feststellungen der Vorinstanzen hat sie schon vor der Stornierung der Gutschrift über den gutgeschriebenen Betrag mittels Barabhebung verfügt. Danach wies das Konto der Beklagten einen Debetsaldo von € 8.384,91 auf, der sich in der Folge noch um die angefallenen Zinsen auf den Klagsbetrag erhöhte. War die Überweisung tatsächlich rechtmäßig, steht der klagenden Partei in diesem Umfang nach den bisher dargelegten Grundsätzen ein Bereicherungsanspruch gegen die Beklagte zu.

4. Grundsätzliches zum Online-Banking:

4.1 Die Nutzung der Bankdienstleistung Online-Banking setzt nach allgemeiner Auffassung eine gesonderte Vereinbarung zwischen der Bank und dem Kunden als unselbständige Ergänzung zu einer bestehenden Grundvereinbarung, zB dem Girovertrag, voraus. Die vertragliche Leistung dieser Sondervereinbarung besteht typischerweise in der Berechtigung des Kunden, über Fernkommunikationsmittel mit dem Bankrechenzentrum in Verbindung zu treten und nach entsprechender elektronischer Autorisierung die gewünschten Transaktionen zu veranlassen bzw etwaige Informationen abzurufen. Derartige Teilnahmeverträge beziehen regelmäßig spezielle AGB ein, die spezifische Pflichten des Kunden und der Bank begründen und die jeweiligen Geschäftsbedingungen betreffend die Grundvereinbarung ergänzen (*Wiebe* in *Apathy/Iro/Koziol* aaO Rz 3/15; *Janisch* aaO 60 f).

4.2 Die Verwendung von PIN (persönliche Identifikationsnummer) und TAN (Transaktionsnummer) ist das am weitesten verbreitete Authentifizierungssystem im System des Online-Banking (vgl.

Wiebe aaO Rz 3/23). Die vom Kunden veranlaßten Aufträge werden mittels des TAN authentifiziert. Der Auftrag samt TAN wird an den Bankserver übermittelt, welcher nun die Validität der TAN und in der Regel auch die Deckung aus dem Kontensaldo oder der Kreditlinie überprüft (*Wiebe* aaO Rz 3/24; ebenso *Recknagel*, Vertrag und Haftung beim Internet-Banking 127).

5. Zur Zurechnung des Überweisungsauftrags nach einer „Phishing“-Angriffe:

5.1 Unter dem Kunstwort „Phishing“ – es setzt sich aus den Wörtern „Password“ und „Fishing“ zusammen – versteht man betrügerische Angriffe Dritter, bei denen Benutzern Zugangs- bzw Transaktionsdaten, insbesondere PIN- und TAN-Codes herausgelockt werden (*Wiebe* aaO Rz 3/34; *Recknagel* aaO 51). Im deutschen und im österreichischen Schrifttum wird in diesem Zusammenhang die Frage diskutiert, ob eine vertragliche Haftung des Kunden, der den Zugriff auf seine persönlichen Kenndaten schuldhaft ermöglicht hat, – ausgehend vom Rechtsinstitut des „Handelns unter fremdem Namen“ – gegenüber der Bank (auch) mit den Grundsätzen zur Anscheinsvollmacht begründet werden kann (vgl. *Janisch* aaO 163 ff). Obwohl diese Fragestellung an sich nur das Verhältnis zwischen dem „Phishing“-Opfer und der Bank (also das „Deckungsverhältnis“) betrifft, könnte sie auch für den Anspruch der Bank gegen den Überweisungsempfänger von Bedeutung sein: Die Anscheinsvollmacht steht in ihrer Wirkung einer rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht gleich (*P. Bydliński* in *KBB*² § 1029 Rz 6). Lägen die Voraussetzungen einer Anscheinsvollmacht vor, wäre die der Bank erteilte Weisung des „Phishers“ dem „Phishing“-Opfer zuzurechnen; es wäre daher von einem rechtswirksamen Überweisungsauftrag des Kontoinhabers auszugehen, der nach den dargelegten Grundsätzen sowohl der Stornoberechtigung als auch einem Bereicherungsanspruch der Bank gegenüber dem Überweisungsempfänger entgegenstände.

5.2.1 In Deutschland tritt insbesondere *Gößmann* (in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch³ I [2007] § 55 Rz 26; *derselbe* in *Langenbucher/Gößmann/Werner*, Zahlungsverkehr [2004] § 4 Rz 71) mit dem Hinweis auf den besonderen Sicherheitsstandard des PIN/TAN-Systems grundsätzlich für die Bindung des Kunden an die Erklärung des unberechtigten Handelnden nach Rechts-scheingrundsätzen ein.

Koch/Vogel (in *Langenbucher/Gößmann/Werner* aaO § 4 Rz 182) stellen hingegen darauf ab, ob der Kunde die mißbräuchliche Verfügung bei Anwendung der pflichtgemäßen Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können.

Auch *Schwintowski* (in *Schwintowski/Schäffer*, Bankrecht² [2003] § 12 Rz 58) schränkt die Anwendbarkeit der Grundsätze der Anscheinsvollmacht auf jene Fälle ein, in denen der Kunde die PIN und eine nicht verbrauchte TAN weitergegeben oder die Absicherung dieser Daten vor dem Zugriff Dritter nicht hinreichend vorgenommen hat. Verschaffe sich aber der unberechtigte Nutzer Zugang zur aktuellen Online-PIN und zu nicht verbrauchten TAN, so fehle es an einem dem Kunden zurechenbaren Rechtsscheintatbestand. In einem solchen Fall liege keine wirksame Weisung des Kunden vor.

Ebenso gelangt *Brückner* (Online Banking [2002] 83 ff) bei seiner Untersuchung zu dem Ergebnis, die Grundsätze der Anscheinsvollmacht seien auf das Online-Banking nur dann übertragbar, wenn auch das Merkmal des wiederholten Auftretens erfüllt sei. Für eine weitergehende Rechtsscheinhafung fehle es an der Zurechenbarkeit des Rechtsscheintatbestands.

Auch für *Borges* (Rechtsfragen des Phishing – Ein Überblick, *NJW* 2005, 3313 [3314]) ist Grundlage des Rechtsscheins (nur) die Untätigkeit des Kunden, der erfährt, daß er Opfer einer Phishing-Attacke geworden ist und dennoch nichts unternimmt.

Recknagel (aaO 138), *Wiesgickl* (Rechtliche Aspekte des Online-Banking, *WM* 2000, 1039 [1047]), *Erfurth* (Haftung für Mißbrauch von Legitimationsdaten durch Dritte beim Online-Banking, *WM* 2006, 2198 [2200]) und *Werner/Kind* (Rechte und Pflichten im Umgang mit PIN und TAN, *CR* 2006, 353) lehnen die Anwendung der Regeln der Anscheinsvollmacht auf Mißbrauchsfälle generell ab.

5.2.2 Vor dem Hintergrund dieser Lehrmeinungen hatte das OLG Hamburg im Jahr 2006 einen Sachverhalt zu beurteilen, der mit dem hier vorliegenden vergleichbar war. Auch dort hatte die Bank nach einer „Phishing“-Attacke auf das Konto eines Kunden Beträge auf dem Konto eines „Geldkuriers“ gutgeschrieben und nach deren Barbehebung und Weitertransfer die Gutschrift (unter Berufung auf Nr 8 Abs 1 AGB-Banken) storniert. Das OLG Hamburg verneinte den Anspruch des Überweisungsempfängers auf neuerliche Erteilung der Gutschrift und bejahte den bereicherungsrechtlichen Rückersatzanspruch der Bank (*ZIP* 2006, 1981 [*Borges*]).

Löhnig/Würdinger hoben in ihrer diesem Ergebnis zustimmenden Entscheidungsbesprechung (Zum Phishing-Risiko: Bereicherungsausgleich und Stornierungsrecht nach Art 8 Abs 1 AGB-Banken, *WM* 2007, 961) – soweit hier von Interesse – hervor, daß ein (nach deutscher Auf-

fassung erforderlicher) Überweisungsvertrag zwischen Bankkunden und Bank nicht zu Stande gekommen sei. Die Willenserklärung des „Phishers“ sei wie die eines Vertreters ohne Vertretungsmacht ohne Wirkung für und gegen den Kontoinhaber. Die überweisende Bank trage – bereicherungsrechtlich gesehen – das „Phishing“-Risiko; davon sei die Frage zu trennen, ob die Bank einen Schadenersatzanspruch gegenüber ihrem Kunden wegen einer Pflichtverletzung nach § 280 Abs 1 BGB hat. „Phishing“ sei bereicherungsrechtlich ebenso zu behandeln wie ein gefälschter Überweisungsauftrag (in diesem Sinne auch *Lorenz* in Staudinger, BGB [2007] § 812 Rz 51; vgl ferner die weiteren einschlägigen Entscheidungen deutscher Gerichte in MMR 2007, 462 [*Biallaß*], MMR 2008, 259 [*Borges*], 752 und 765 [*Mühlenbrock/Sesing*] sowie *jusIT* 2008, 218 [*Mader*]).

5.3 In Österreich halten vor allem *Graf* (Rechtsfragen des Telebanking [1997] 21 ff) und *Janisch* (aaO 167 ff; ferner: Die Risikoverteilung beim Überweisungsverkehr via Internet, ÖBA 2001, 853 [860]) die Anwendung der Regeln der Anscheinsvollmacht für sachgerecht. Hierfür müßten drei Voraussetzungen gegeben sein: Zunächst bedürfe es eines Sachverhalts, aus dem vom Erklärungsadressaten objektiv ein Wille auf Vollmachtserteilung erschlossen werden könne. Dieser Sachverhalt müsse weiters durch das Verhalten des Geschäftsherrn zurechenbar veranlaßt worden sein. Schließlich bedürfe es des Fehlens des Wissens bzw des Fehlens des fahrlässigen Nichtwissens auf Seite des Erklärungsadressaten um die Tatsache, daß der Geschäftsherr den Handelnden gar nicht bevollmächtigt habe.

Diese Kriterien stimmen mit der Rechtsprechung des OGH zur Anscheinsvollmacht überein (RIS-Justiz RS0020331; vgl ferner *P. Bydlinski* aaO § 1029 Rz 6). Die genannten Autoren gestehen jedoch zu, daß in den erörterten Mißbrauchsfällen schon die erste der drei Voraussetzungen „offensichtlich unmittelbar nicht gegeben“ sei: Die Bank verbiete nämlich dem Kunden die Weitergabe der Kennzahlen an dritte Personen und gehe bei deren Verwendung davon aus, daß ein Handeln des Kunden selbst vorliege. Deswegen könne in dieser Situation auch kein Sachverhalt verwirklicht sein, aus dem die Bank einen Willen auf Vollmachtserteilung erschließen könne. Da die Bank von einem Handeln des Kunden selbst ausgehe, erscheine sie aber noch schutzwürdiger als in der Konstellation, in der ihr in einer für sie erkennbaren Weise ein Dritter gegenüber trete, da sie nicht einmal den Bedarf nach einer Bevollmächtigung des Handelnden erkenne. Das erste Kriterium sei damit „mittelbar als erfüllt anzusehen“. Zur Erfüllung der zweiten Voraussetzung

reiche eine fahrlässige Veranlassung aus. Schließlich sei auch die dritte Voraussetzung erfüllt: Das Kreditinstitut wisse im Regelfall nicht und müsse es auch nicht wissen, daß es nicht der Kunde selbst sei, der mit seinen Identifikationsmerkmalen Überweisungsaufträge erteile.

Wiebe (aaO Rz 3/39) lehnt diese Konstruktion als zu weitgehend, weil das Rechtsinstitut der Anscheinsvollmacht überdehnend ab, es liege kein erkennbares Dritthandeln vor.

5.4 Der erkennende Senat pflichtet jenen Lehrmeinungen bei, welche die Zurechnung von Willenserklärungen des unberechtigt Handelnden nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht ablehnen. Nach der Rechtsprechung des OGH wird der Dritte in seinem Vertrauen auf den Rechtsschein nur dann geschützt, wenn für ihn die Herstellung des Rechtsscheins kausal für den Geschäftsabschluß (hier: Zugang des Überweisungsauftrags) war, wozu auch gehört, daß ihm zu diesem Zeitpunkt das den Rechtsschein auslösende Verhalten des Machtgebers überhaupt bekannt war (RIS-Justiz RS0019490; *P. Bydlinski* aaO § 1029 Rz 7). Selbst wenn man die (fahrlässige) Ermöglichung des Zugriffs auf seine persönlichen Kenndaten als ein den Rechtsschein begründendes Verhalten des Kontoinhabers anerkennen wollte, wird es der Bank bei Zugang des Überweisungsauftrags regelmäßig an der Kenntnis hievon fehlen.

Auch im vorliegenden Fall war der klagenden Partei bei Zugang des Überweisungsauftrags ein den Rechtsschein begründendes Verhalten des scheinbar überweisenden Kontoinhabers nicht bekannt. Abgesehen davon, daß sich aus den Feststellungen – wie dies bereits in Punkt 2. angeklungen ist – für ein fahrlässiges oder auch nur ursächliches (vgl *P. Bydlinski* aaO § 1029 Rz 8) Verhalten kein Anhaltspunkt ergibt, kommt somit die Anwendung der Regeln der Anscheinsvollmacht nicht in Betracht. Im übrigen besteht, wie gerade der Anlaßfall zeigt, im Verhältnis zum unberechtigten Überweisungsempfänger kein Bedürfnis nach einer ausdehnenden Interpretation der Regeln zur Anscheinsvollmacht wegen einer angeblich besonderen Schutzwürdigkeit der Bank.

5.5 Regelmäßig wird die Bank in „Phishing“-Fällen aber ohnedies nicht vom Handeln eines Bevollmächtigten, sondern vom Handeln des Kontoinhabers selbst ausgehen. Da im vorliegenden Fall kein Verhalten des Kontoinhabers (wie etwa unzureichende Geheimhaltung von PIN und TAN) festgestellt wurde, das zum Anschein beigetragen haben könnte, er habe selbst gehandelt, kann es auf sich beruhen, ob eine vom Rechtsinstitut der Anscheinsvollmacht unabhängige Rechtszurechnung (oder Risikozurechnung)

zu Lasten des „Phishing“-Opfers in Betracht kommen kann. Auch die Frage allfälliger Schadenersatzansprüche der Bank gegen einen sorglosen Kontoinhaber stellt sich im vorliegenden Fall nicht.

6. Ergebnis:

Diese Erwägungen führen zusammengefaßt zu der – auch mit der zitierten deutschen Rechtsprechung im Einklang stehenden – Beurteilung, daß der auf dem Konto der Beklagten erteilten Gutschrift kein gültiger Überweisungsauftrag zu grundelag. Die klagende Partei war daher gemäß Z 40 Abs 2 ihrer AGB zur Stornierung berechtigt. Soweit das Konto der Beklagten dadurch ins Debet geriet, steht der klagenden Partei ein – von ihrem Klagebegehren umfaßter – Bereicherungsanspruch gegen die Beklagte zu. Deren Revision mußte daher erfolglos bleiben.

Anmerkung:

1. In der hier zu besprechenden Entscheidung erörtert der 2. Senat zwar ausführlich und unter sorgfältiger Verwertung des (österreichischen und deutschen) Schrifttums grundsätzliche Fragen des Überweisungsrechts, wofür er weitgehend Zustimmung verdient. Hinsichtlich eines – wohl sogar *des* – Kernproblems, dessen Lösung die Weichen für alles Übrige stellt, ist ihm hingegen nicht zu folgen (dazu unter 5.).

2. Bei komplizierten Betrugsfällen stellt sich aus zivilrechtlicher Sicht häufig die Frage, wen eigentlich in erster Linie der Vermögensnachteil aus dieser Straftat trifft. Übrig bleibt im Ergebnis regelmäßig jener, dem bloß Ansprüche gegen den – unerkannt bleibenden oder vermögenslosen – Betrüger zustehen. Im rechtsgeschäftlichen Bereich (und damit auch im vorliegenden Fall) kommt es für die Zuordnung von Vermögen und Schaden ganz zentral auf die Wirksamkeit bzw Unwirksamkeit der (vermeintlich) vorliegenden Rechtsgeschäfte an. Auf die hier entscheidenden (Überweisungsauftrag, Gutschrift, Auszahlung) seien nunmehr einige Blicke geworfen.

3. Es beginnt damit, daß bei der beide Konten führenden Bank ein E-Banking-Auftrag ihres Kunden A einlangt, € 8.400,- auf das Konto der Kundin B zu überweisen, was auch geschieht. Schon bald stellt sich allerdings heraus, daß der Auftrag nicht von A selbst stammte, sondern von einem unbekanntem Dritten, der sich PIN und TAN unrechtmäßig verschafft hatte. Der OGH sieht diesen *Überweisungsauftrag* daher als unwirksam an (weshalb etwa auch die Belastungsbuchung auf dem Konto von A rückgängig zu machen war). Für diese Lösung sprechen auf den ersten Blick zumindest zwei Argumente: Zum ei-

nen sind grundsätzlich nur Verfügungen durch den Kontoinhaber selbst wirksam; zum anderen wurde die Bank und nicht der Kunde A getäuscht: Dem Kreditinstitut wurde nämlich von einem Dritten das Vorliegen eines Kundenauftrags (genauer: einer Kundenweisung) vorgespiegelt. Allerdings darf nicht vernachlässigt werden, daß das Vertrauen der Bank, es mit einem Rechtsgeschäft des Kontoinhabers zu tun zu haben, aufgrund der Verwendung der richtigen PIN und TAN gut begründet war.

4. Der Ansatz des OGH findet sich in der Entscheidung unter 5.1: Der zweite Senat meint, bei Vorliegen der Voraussetzungen einer *Anscheinsvollmacht* wäre die eigentlich vom Betrüger („Phisher“) stammende, aber als Äußerung von A erscheinende Erklärung dem Kontoinhaber A zuzurechnen. Er lehnt eine solche Zurechnung aber schließlich – wenn ich es recht sehe – vor allem mit folgenden Argumenten ab (siehe insb 5.4 und 5.5 der E): Zum einen will er die Voraussetzungen der *Anscheinsvollmacht* offenbar 1:1 auf die hier vorliegende Konstellation („Scheineigenerklärung“) übertragen; so die Kenntnis der Bank vom den Rechtsschein auslösenden Verhalten des Machthabers. Fazit des OGH (offenbar auch für den Fall der Fahrlässigkeit des Kontoinhabers; siehe unter 5.4. Absatz 1 der E): Es bestehe „im Verhältnis zum unberechtigten Überweisungsempfänger kein Bedürfnis nach einer ausdehnenden Interpretation der Regeln zur *Anscheinsvollmacht* wegen einer angeblich besonderen Schutzwürdigkeit der Bank“. Zum anderen wird mehrfach betont, dem Kontoinhaber A sei keine Sorglosigkeit vorzuwerfen. Das gipfelt in der Behauptung, aus den Feststellungen ergebe sich „kein Anhaltspunkt für ein fahrlässiges oder auch nur ursächliches Verhalten“ des Kontoinhabers.

5. Diese hier geraffte Begründung ist auch in ihrer Original-„Langform“ mehrfach zu kritisieren. Ich beginne beim *Vergleich mit der Anscheinsvollmacht*. Dem OGH ist entschieden zu widersprechen, wenn er offenbar meint, es stelle sich methodisch die Frage einer ausdehnenden Interpretation von „Regeln“ (= Normen?) zur *Anscheinsvollmacht*. Vielmehr geht es von vornherein um eine Mehrzahl von Konstellationen, die alle eine Gemeinsamkeit aufweisen und daher schon aus rechtsprinzipiellen Gründen soweit wie möglich gleichsinnig behandelt werden müssen: Jemand vertraut gutgläubig auf eine bestimmte, tatsächlich aber (so) nicht bestehende Rechtslage, wobei dieses Vertrauen in einem (zurechenbaren) Verhalten desjenigen seine Ursache hat, der von dieser Schein-Rechtslage betroffen ist. Man denke nur an den Erwerb vom Nichtberechtigten gemäß § 367

ABGB in der Vertrauensmann-Variante oder an manche Vertrauensschutzregeln des § 15 UGB sowie des Grundbuchsrechts. Jeweils wird hier der Vertrauende geschützt; hingegen ist es dem Verursacher des Rechtsscheins verwehrt, sich auf die wahre Rechtslage zu berufen. Leider beschäftigt sich der OGH auch nicht ausdrücklich mit der – offenbar (zu) wenig bekannten, hier aber ganz besonders nahe liegenden – Rechtsfigur der *Erklärungsfahrlässigkeit* [dazu insb *F. Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (1967) 155 ff, der sich ausgehend vom damaligen Meinungsstand allerdings primär gegen das Ausreichen einer bloßen Verursachung des Rechtsscheins wendet und zusätzlich Sorgfaltswidrigkeit verlangt]. Beispiele dafür sind das offene Liegenlassen von blanko unterschriebenem Geschäftsbriefpapier oder – man beachte die Parallele zum vorliegenden Fall! – die schuldhafte Ermöglichung der Benutzung einer elektronischen Signatur durch einen Unbefugten [*P. Bydlinski*, Allgemeiner Teil⁴ (2007) Rz 6/42]. Daraus folgt: Die Lehre von der *Anscheinsvollmacht* – klare Regeln dazu finden sich im Gesetz gerade nicht (vgl aber immerhin die §§ 1029 f ABGB) – ist bloß *eine* von vielen Konkretisierungen allgemeiner Rechtsscheinzurechnungsgrundsätze [siehe nur die Kurzfassung bei *P. Bydlinski*, Allgemeiner Teil⁴ Rz 9/27; ausführlich etwa *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1971) 490 ff; *Mader*, Rechtsmißbrauch und unzulässige Rechtsausübung (1994) 268 ff]. Wie schon gesagt, verlangen nicht zuletzt Gleichbehandlungsüberlegungen ein Hinwegsetzen über die engen „Tatbestände“ der *Anscheinsvollmacht*. So referiert der OGH ohnehin selbst (unter 5.3) die ganz überzeugende Position von *Graf* und *Janisch*, wonach es – bei sonstiger Parallelität der Sachverhalte – keinen Unterschied machen dürfe, ob jemand auf die Vertretungsmacht eines im fremden Namen Auftretenden vertrauen oder (sogar) davon ausgehen darf, die ihm zugegangene Erklärung stamme von einer bestimmten Person (hier: seinem weisungsbefugten Konto-vertragspartner). Liegen die anerkannten, ohnehin sehr engen Rechtsscheinvoraussetzungen vor, treten dieselben Rechtswirkungen ein, wie wenn der Schein der Wirklichkeit entspräche. Daher gilt für den vorliegenden Fall: Durfte die Bank davon ausgehen, daß der Überweisungsauftrag vom Kontoinhaber A stammte, und hat A den entsprechenden Schein durch eigenes Verhalten zurechenbar – das heißt regelmäßig, sorglos und daher vermeidbar – verursacht, so muß er sich an der vom Betrüger stammenden Erklärung so festhalten lassen, als hätte er sie selbst abgegeben (wie hier unter

ausdrücklicher Bezugnahme auf die Erklärungs-fahrlässigkeit jüngst *Freudenthaler*, Die Giroüberweisung beim Online Banking [2009] 155 ff, 170 Fn 738).

[Da es dabei bloß um die Wirkung des Überweisungsauftrages gegenüber der Bank geht, ist nicht recht nachvollziehbar, warum der 2. Senat bei seinen Überlegungen zur „(Nicht-)Ausdehnung des Rechts der *Anscheinsvollmacht*“ das Verhältnis zum unberechtigten Überweisungsempfänger besonders betont. Dessen Position ist für die Frage nach der Wirksamkeit des Überweisungsauftrags ohne Belang. Besteht zwischen Überweisendem und Empfänger für die Zahlung kein Rechtsgrund, ist die Leistung ohnehin in diesem Verhältnis rückabzuwickeln.]

Damit komme ich zu einem zweiten zentralen Einwand. Der OGH leugnet ein fahrlässiges, ja sogar ein ursächliches *Verhalten des Kontoinhabers A* (wofür, bleibt etwas unklar; gemeint kann wohl nur Verschulden bzw Kausalität in Hinblick auf den Überweisungsauftrag und dessen Durchführung sein). Diese Position, die an keiner Stelle näher ausgeführt wird, verwundert. Zwar ist in den Feststellungen – überraschenderweise ohne weitere Details – nur von einer illegalen Verschaffung der Kontozugangsdaten durch „Phishing“ die Rede. Der 2. Senat beschäftigt sich (unter 5.1) aber ohnehin näher mit diesem Begriff. Dabei wird mE deutlich, daß Phishing immer die *aktive Beteiligung des Kontoinhabers* verlangt. Es wird also nicht ein fremder PC „geknackt“; vielmehr werden dem Kontoinhaber – mittels E-Mail-Anfrage, aber uU auch telefonisch – PIN und TAN betrügerisch herausgelockt, wobei sich der „Phisher“ etwa als Mitarbeiter der kontoführenden Bank ausgibt und Sicherheitskontrollzwecke vorgibt. Der Kontoinhaber A gibt die Geheimzahlen, mit deren Hilfe elektronische Überweisungsaufträge möglich sind, somit *freiwillig* heraus. (Warum der 2. Senat bei dieser Sachlage unter 5.5 meint, eine unzureichende Geheimhaltung von PIN und TAN durch den Kontoinhaber sei nicht festgestellt worden, bleibt rätselhaft.) Eine auch nur durchschnittlich sorgfältige Person hätte das nicht getan (für Fahrlässigkeit daher etwa *Wiebe* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht² III [2008] Rz 3/44). [Natürlich wurde – siehe jedoch in der E unter 2.3 – nicht die „Phishing“-Attacke als solche fahrlässig ermöglicht; Attacken kann man ja nicht verhindern, durchaus aber abwehren]. ME besteht bei dieser Sachlage daher kein Zweifel daran, daß es dem Kontoinhaber im Sinne der Rechtsscheinlehre zurechenbar ist, wenn nunmehr der Phisher diese Geheimzahlen nutzt, um damit eine Überweisungsweisung des Inhabers vorzutauschen. Zum gleichen Ergebnis gelangt man über die

Rechtsfigur des *Handelns unter fremdem Namen*: Kam es dem Erklärungsempfänger – wie hier – entscheidend auf die Person des Namensträgers an, greifen die Wertungen des Stellvertretungsrechts ein (statt vieler *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil⁴ [2007] Rz 9/17). Man fragt dann, ob der handelnde Dritte Vertretungsmacht hatte, wofür eine Anscheinsvollmacht selbstverständlich ausreicht.

6. Folgt man der vorstehenden Argumentation, so ist der tatsächlich von dritter, unbefugter Seite auf den Weg gebrachte Überweisungsauftrag rechtlich als solcher des Kontoinhabers A zu behandeln. *Damit erfolgte die Gutschrift auf dem Konto von B wirksam und (daher) ohne Stornomöglichkeit*. Wie schon angedeutet, besteht jedoch keinerlei Rechtsgrund für eine Zahlung von A an B, so daß der aus dem Betrug entstandene Nachteil auch am Ende dieses Begründungswegs bei B landet: Sie muß diese Summe (an A) zurückzahlen und kann sich nicht darauf berufen, den von A stammenden Betrag bereits ohne Zurückbleiben eines Vermögensvorteils weitergegeben zu haben. Klagelegitimiert (weil rechtsgrundlos entschert) wäre bei der hier favorisierten Lösung entgegen dem OGH jedoch A und nicht die im Verfahren – in allen drei Instanzen (!) erfolgreich – als Klägerin auftretende kontoführende Bank gewesen, sofern nicht eine (uU stillschweigende) Abtretung des Bereicherungsanspruchs von A an die Bank erfolgt ist, wobei diesem Aspekt hier nicht nachgegangen wird.

7. Aufgrund mancher Formulierungen, die unter 5. als nicht recht verständlich qualifiziert wurden, ist es allerdings auch denkbar, daß der 2. Senat seine Ausführungen anders verstanden wissen wollte. Möglicherweise wollte er nur von der Feststellung ausgehen, daß der Auftrag nicht von A stammte (wofür schon wegen der Ereignisse rund um die Überweisungsempfängerin B vieles spricht), wobei es offen blieb, wie sich die unbekanntenen Täter die Zugangsdaten von A's Konto verschafft hatten. Dazu müßte man den Begriff „Phishing“ allerdings in einem sehr weiten Sinn verstehen, der nicht zuletzt das „Pharming“ einschließt. Ebenso weit müßte dann das vom OGH in seiner Definition des Phishing (insb im Anschluß an *Wiebe* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht² III Rz 3/34, der aaO aber gerade deutlich zwischen den beiden genannten Formen unterscheidet) enthaltene *Herauslocken* verstanden werden: Während beim „Phishing“ die Geheimdaten ja ganz *bewußt einem anderen übermittelt* werden, glaubt der Kontoinhaber nach einer „Pharming“-Attacke, diese Daten *bestimmungsgemäß zu verwenden* (wo-

mit etwa die TAN endgültig „verbraucht“ wäre), da er – regelmäßig ohne Verschulden – davon ausgeht, sich auf der Website seiner Bank zu befinden. Daraus folgt eine unterschiedliche rechtliche Bewertung.

Allerdings könnte auch ein solches Verständnis der Ausführungen des 2. Senats gewisse Schwachstellen der Entscheidung nicht beseitigen. Bleibt bis zuletzt offen, auf welche konkrete Art und Weise der Täter an die an sich bloß dem Kontoinhaber zugänglichen Daten gekommen ist, hinge die Annahme, das sei jedenfalls ohne Verschulden des Inhabers passiert, in der Luft (das Erstgericht dürfte nach dem Referat des Sachverhalts durch den OGH auch keine Feststellung in diese Richtung getroffen haben; vielmehr scheint nur von einer Beschaffung der Zugangsdaten durch „Phishing“ die Rede zu sein). Da „Phishing“ i.e.S., wie unter 5. näher gezeigt, anders als „Pharming“ regelmäßig die Voraussetzungen der Rechtsscheinzurechnung erfüllt, hätten sich die Gerichte zumindest der *Beweislastfrage* zuwenden müssen: Wovon ist auszugehen, wenn nicht festgestellt werden kann, ob der unbefugte Dritte mit oder ohne Verschulden des Kontoinhabers an die für eine Überweisung per E-Banking nötigen Daten gelangt ist? In der Entscheidung ist dazu allerdings nichts zu finden (ausführlich zum Beweisaspekt *Freudenthaler*, Giroüberweisung 158 ff mwN, der einen – alternativen – Anscheinsbeweis dafür, daß der Kontoinhaber die Überweisung entweder selbst vorgenommen oder durch seine Fahrlässigkeit ermöglicht hat, davon abhängig machen will, ob Angriffe durch Pharming oder Keylogging mittels „Trojanern“ praktische Bedeutung haben und daher als reale Gefahr gelten müssen [170]; gegen einen solchen Anscheinsbeweis zulasten des Kontoinhabers für Deutschland etwa *Borges*, NJW 2005, 3313, 3317).

8. Gelangt man – etwa wegen der realistischen Möglichkeit einer erfolgten „Pharming“-Attacke – zum ersten Teilergebnis des OGH aus, wonach der *Überweisungsauftrag A nicht zuzurechnen* und daher *unwirksam* ist (was zB bei gewaltsamer Wegnahme der Geheimzahlen ohne Zweifel anzunehmen wäre), werfen die folgenden Rechtsgeschäfte keine ernstesten Probleme auf. Wie der 2. Senat richtig ausführt, erfolgte die *Gutschrift auf dem Konto von B* dann ohne entsprechende Weisung von A, sodaß sie nicht als forderungsbegründende Annahme einer Anweisung durch die Bank wirken konnte. Damit war die *Stornierung der Gutschrift*, die ja bloß deklaratorischer Natur ist, indem sie die Übereinstimmung von wahrer Rechtslage und den Kontobuchungen herbeiführt, trotz bereits er-

folgter „Verfügung“ von B über das eben bloß vermeintliche Kontoguthaben zulässig und wirksam. Kein Zweifel an der Wirksamkeit besteht schließlich hinsichtlich des *Auftrags von B* an die Bank, ihr eine bestimmte Summe ihres (angeblichen) Kontoguthabens auszubezahlen, weshalb die Bank eine entsprechende Belastungsbuchung vornehmen und Ausgleich des Kontosaldo verlangen durfte.

9. Abschließend soll eindringlich davor gewarnt werden, die hier besprochene Entscheidung in Zukunft als Leitentscheidung des OGH zur *Risikoverteilung beim (eigentlichen) „Phishing“* zu bezeichnen und zu behandeln. Wie gezeigt, hat der 2. Senat wohl manche notwendige Differenzierung unterlassen. Mehr verwirrend als förderlich ist in diesem Zusammenhang überdies seine mehrfache Bezugnahme auf die Position der „unberechtigten Überweisungsempfängerin“ B (so unter 2.3 und 5.4 aE). Wie gezeigt, spielt deren Stellung für die Frage, ob der Bank eine wirksame Weisung zur Überweisung von A's Konto erteilt wurde, überhaupt keine Rolle. Diese zentrale Frage (wirksame Weisung?) müßte nämlich auch in anderen Konstellationen parallel beantwortet werden; etwa dann, wenn B zahlungsunfähig wäre oder wenn der „Phisher“ von vornherein eine Überweisung auf das Konto eines später rasch untergetauchten Komplizen bei einer anderen Bank in die Wege geleitet hätte. Nach der Begründung des OGH hätte in allen genannten Fällen die gutgläubige Bank endgültig den Nachteil zu tragen, nicht hingegen der Kontoinhaber, der aktiv zum Erfolg der „Bepfishungsaktion“ beigetragen hat.

o.Univ.-Prof. Dr. Peter Bydlinski,
Graz