

Rechtsprechung

Zivilrechtliche und strafrechtliche Entscheidungen

Bearbeitet von
RA Univ.-Prof. Dr. Raimund Bollenberger,
unter Mitarbeit von
RAA Mag. Markus Kellner

OGH-Entscheidungen

1564.

§§ 1029, 1431 ff ABGB. Die Wirksamkeit der Kontogutschrift setzt einen gültigen Überweisungsauftrag voraus. Auf die im Wege des Online-Banking erfolgte Verwendung von Kontodaten durch Unbefugte, die diese durch „Phishing“ erlangt haben, finden die Grundsätze der Anscheinsvollmacht keine Anwendung. Eine davon unabhängige Rechtsschein- bzw Risikozurechnung kommt beim „Phishing“ allenfalls bei ganz erheblicher Sorglosigkeit des Kontoinhabers in Betracht.

OGH 24. 2. 2009, 9 Ob 3/08v

Aus den Entscheidungsgründen:

Der Beklagte war mit der Klägerin einen Kooperationsvertrag als Kreditvermittler eingegangen. So sollte der Beklagte für vermittelte Kreditbeträge 50 % der Bearbeitungsgebühren und außerdem € 25 für jedes vermittelte Konto erhalten. In diesem Zusammenhang wurde über sein Ersuchen bei der Klägerin ein Privatgirokonto eröffnet. Dieses sollte laut Kontoeröffnungsantrag ausschließlich für Zahlungsbewegungen auf eigene Rechnung dienen. Der Beklagte erklärte sich mit der Geltung der „Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank“ (ident mit den ABB) einverstanden. Ein Überziehungsrahmen wurde zwischen den Streitparteien nicht vereinbart, es wäre dem Beklagten auch nicht gestattet worden, sein Konto zu überziehen. Auf diesem Girokonto gingen in der Folge Provisionen ein, welche von der Klägerin stammten. Neben seiner geschäftlichen Beziehung zur Klägerin ging der Beklagte auch eine Geschäftsbeziehung zu einem Unternehmen „E-Joes Investments“ ein. Per E-Mail wurde dem Beklagten von diesem Unternehmen (idF „Gesellschaft“ genannt) mitgeteilt, daß es für Kunden im europäischen Raum Geldtransfers durchführe und hierfür Finanzdienstleister brauche. Die Kunden gäben der Gesellschaft den Auftrag, die Gesellschaft mache den Geldtransfer via Bank auf das Konto des Beklagten und dieser habe das Geld

dann per Geldtransfer weiterzuleiten. Dieser Vorgang wurde damit erklärt, daß manchmal in Länder überwiesen werden müßte, in welchen der Kunde zwar kein Konto habe, aber über eine Codennummer an das transferierte Geld herankomme. Der Beklagte sagte zu, die Tätigkeit in der Form zu übernehmen, daß er sein Konto für Zahlungseingänge zur Verfügung stellt und dann nach Aufforderung durch die „Gesellschaft“ den eingegangenen Betrag abzüglich der ihm zustehenden Provision bar abhebt und mittels Transfer auf ein von der Gesellschaft bekanntgegebenes Konto einzahlt.

In der Folge wurden dem Beklagten Geldeingänge binnen drei Tagen avisiert, mittels E-Mail wurde er davon informiert, wohin er das Geld übermitteln solle. Tatsächlich handelte es sich bei den angeblich einzahlenden „Kunden“, von deren Konten Beträge auf das Konto des Beklagten gelangten, um Opfer einer „Phishing“-Aktion, an der die „Gesellschaft“ beteiligt war. Kunden, die bei der Klägerin Kontos unterhielten, wurden in offensichtlich betrügerischer Weise die für Telebanking erforderlichen „TANs“ (= Transaktionsnummern) herausgelockt, die dann für angebliche Überweisungsaufträge der Kontoinhaber gegenüber der Klägerin auf das Konto des Beklagten benutzt wurden. So wurden vom Konto des Jürgen C Beträge von € 5.541,37 und € 6.107,83 sowie vom Konto der Nereida J € 4.500,71 abgehoben und auf das Konto des Beklagten transferiert, der die Beträge abzüglich seiner Provision weiterleitete. Es konnte nicht festgestellt werden, daß der Beklagte von einer „Phishing-Aktion“ Bescheid wußte oder gar wissentlich an dieser beteiligt war.

Sowohl Jürgen C als auch Nereida J überzeugten die Klägerin, daß sie keine Überweisungsaufträge bezüglich der genannten Beträge erteilt haben. Aufgrund dessen schrieb die Klägerin die von deren Konten erfolgten Abbuchungen wieder gut und stornierte die diesbezüglichen Gutschriften auf dem Konto des Beklagten. In den dem Vertragsverhältnis zwischen den Streitparteien zu Grunde liegenden AGB (= ABB) heißt es in Z 40 Abs 2: „Das Kreditinstitut kann Gutschriften, die es aufgrund des eigenen Irrtums vorgenommen hat, jederzeit stornieren. In anderen Fällen wird das Kreditinstitut die Gutschriften nur dann stornieren, wenn ihm die Unwirksamkeit des Überweisungsauftrages eindeutig nachgewiesen wurde. Durch einen zwischenzeitlichen Rechnungsabschluß wird das Recht zum Storno nicht beseitigt. Besteht das Recht zum Storno, kann das Kreditinstitut die Verfügung über die gutgeschriebenen Beträge verweigern.“

Die Klägerin begehrt den Betrag von € 15.887,69 sA mit der Begründung, daß

den Überweisungen auf das Konto des Beklagten keine wirksamen Aufträge der Inhaber der Kontos, von denen die Abbuchungen erfolgt sind, zu Grunde gelegen seien, sodaß auch die Gutschriften eines Rechtsgrundes entbehrten. Wenn der Beklagte, welcher wissen hätte müssen, daß ihm diese Beträge nicht zustehen, dennoch darüber disponiert habe, müsse er sich die Rückforderung durch die Klägerin gefallen lassen. Die Klägerin stützte sich ausdrücklich auf die Bestimmung der Z 40 Abs 2 der ABB.

Der Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Er sei berechtigt gewesen, die auf sein Konto eingegangenen Zahlungen weiterzuleiten, das Konto sei ausgeglichen gewesen. Ohne sein Einverständnis habe die Klägerin das Konto nachträglich mit dem Klagebetrag belastet und mitgeteilt, daß die Eingänge auf strafbare Handlungen zurückzuführen gewesen seien, weshalb sie zur Rückzahlung verpflichtet gewesen sei. Demgegenüber habe der Beklagte aber weder arglistig noch sonst schuldhaft gehandelt, sondern im guten Glauben die ihm übertragenen Aufgaben durchgeführt. Die Klägerin sei nicht berechtigt, ihr Risiko einer Fehlüberweisung auf den Beklagten zu überwälzen.

Das *Erstgericht* wies das Klagebegehren ab. Es vertrat die Auffassung, daß die Gutschriften auf dem Konto des Beklagten zu Recht und wirksam erfolgt seien. Wenngleich die Überweisungen selbst durch Erschleichung von Codennummern durchgeführt worden seien, könne dies nicht zu Lasten des gutgläubigen Beklagten gehen.

Das *Berufungsgericht* änderte das Ersturteil über Berufung der Klägerin dahin ab, daß es dem Klagebegehren zur Gänze stattgab. Es vertrat die Rechtsauffassung, daß den von der Klägerin durchgeführten Überweisungen auf das Konto des Beklagten keine von den Berechtigten stammenden Überweisungsaufträge zu Grunde lagen, diese seien daher auch nicht wirksam gewesen. Liege aber kein gültiger Überweisungsauftrag vor, gehe die Gutschrift auf dem Konto des Überweisungsempfängers ins Leere und sei daher wirkungslos. Das nach Z 40 Abs 2 der AGB vereinbarte Stornorecht stelle ein auf vertraglicher Grundlage bestehendes Gestaltungsrecht dar, welches dem Umstand Rechnung trage, daß kein wirksamer Überweisungsauftrag bestehe. Auch wenn der Beklagte zur Weiterleitung des Geldes an einen Dritten verpflichtet gewesen sei, stehe dies nicht dem Stornorecht der Bank entgegen. Im übrigen sei der Beklagte nicht schutzwürdig:

Insbesondere hätte er argwöhnisch sein müssen, wenn er durch die bloße Zurverfügungstellung eines Kontos und die Weiterleitung überwiesener Gelder eine

Provision von 10 % der überwiesenen Beträge vereinnahmen sollte. Schutzwürdig seien vielmehr die Opfer der „Phishing-Aktion“, denen die für eine Überweisung notwendigen Codes herausgelockt worden seien.

Das Berufungsgericht sprach aus, daß die Revision zulässig sei, weil zur Frage des „Phishings“ Rechtsprechung fehle.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die *Revision* des Beklagten aus dem Grund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, daß das Urteil des Erstgerichts wiederhergestellt werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Revision ist zulässig; sie ist aber nicht berechtigt. Das Schwergewicht der Revision liegt darauf, daß Z 40 Abs 2 der AGB hier nicht anwendbar sei. Wenn unvorsichtigen Kontoinhabern die „TANs“ herausgelockt worden und damit Telebanking-Anweisungen erfolgt seien, gehe dies ausschließlich zu Lasten dieser Personen. Die analoge Anwendung der Regeln über die Anscheinsvollmacht habe die angewiesene Bank zur Vornahme der Überweisung, nämlich der Buchung von Gutschriften auf dem Konto des Beklagten legitimiert. Damit fehle es an einem Rechtsgrund der Kontoinhaber zur Rückforderung (Rückbuchung) der überwiesenen Beträge. Mangels einer solchen Verpflichtung könne daher die klagende Bank die von ihr dennoch durchgeführten Rückbuchungen nicht auf den gutgläubig agierenden Beklagten überwälzen.

Der zweite Senat hatte jüngst zu 2 Ob 107/08m [1] einen im wesentlichen gleich gelagerten Sachverhalt zu beurteilen, bei dem die scheinbar mit Telebanking – unter nicht erkennbarer mißbräuchlicher Verwendung eines herausgelockten „TANs“ – angewiesene Bank auf dem Konto einer Kundin eine Gutschrift ausgeführt hatte, worauf diese Kundin als „Kurier“ offensichtlich betrügerisch agierender Täter die Gutschrift ausnützend eine Weiterüberweisung veranlaßte und dann von der Bank auf Zahlung in Anspruch genommen wurde. Der Klage der Bank wurde stattgegeben. Der 2. Senat legte seiner Entscheidung vom 19. 2. 2009 insbesondere folgende Erwägungen zu Grunde [2]: [...]

Die Erwägungen über das Fehlen einer Anscheinsvollmacht treffen auch auf den hier zu beurteilenden Fall zu. Eine (ana-

loge) Anwendung der Regeln über die Anscheinsvollmacht ist daher auch hier nicht vorzunehmen.

Auf die in der Vorentscheidung aufgeworfene Frage einer von einer Anscheinsvollmacht unabhängigen Rechtsschein- (Risiko-)zurechnung muß auch bei der hier gegebenen Fallkonstellation nicht weiter eingegangen werden. Wie in dem vom 2. Senat entschiedenen Verfahren wurden die Inhaber der mit den Überweisungen an den Beklagten belasteten Konten Opfer einer sogenannten „Phishing“-Aktion, das heißt, es wurden ihnen die für die Überweisung erforderlichen „TANs“ betrügerisch herausgelockt. Eine von einer Anscheinsvollmacht unabhängige Risikozurechnung käme aber – wenn überhaupt – nur im Falle einer ganz erheblichen Sorglosigkeit des Inhabers des belasteten Kontos in Betracht. Eine solche erhebliche Sorglosigkeit kann aber ohne näheres Sachvorbringen dem Opfer einer „Phishing“-Aktion selbst dann nicht ohne weiteres unterstellt werden, wenn der getäuschte Kontoinhaber aufgrund der (gelungenen) betrügerischen Aktion den „Tan-Code“ – wie hier festgestellt – „herausgegeben“ hat.

Lag aber, wie sich aus den vorzitierten Erwägungen ergibt, kein gültiger Überweisungsauftrag vor, war die klagende Bank gemäß Z 40 Abs 2 der AGB zum Sorno der Gutschrift auf dem Konto des Beklagten berechtigt. Da das Konto des Beklagten durch seine Ausnützung ins Debet geriet, steht der Klägerin ein Bereicherungsanspruch gegen den Beklagten zu.

Anmerkung

1. Bereits fünf Tage nach der ersten Phishing-Entscheidung des 2. Senats (2 Ob 107/08m v. 19.2.2009, ÖBA 2009, 457 mit Anm von P. Bydliński) hat sich auch der 9. Senat zu dieser Problematik geäußert. Allerdings besteht seine Begründung beinahe ausschließlich in einer Wiedergabe der Argumentation des 2. Senats. Darüber hinaus geht bloß die Positionierung zu einer von der Anscheinsvollmacht angeblich unabhängigen *Rechtsschein- bzw Risikozurechnung*. Ohne Begründung und ohne ein Zitat aus Judikatur und Lehre stellt der 9. Senat die Behauptung auf, eine solche Zurechnung „*käme – wenn überhaupt – nur im Falle einer ganz erheblichen Sorglosigkeit des Inhabers des belasteten Kontos in Betracht*“. Eine solche erhebliche Sorglosigkeit sei aber ohne näheres Sachvorbringen „*selbst dann nicht ohne weiteres*“ zu unterstellen, wenn der Kontoinhaber wie im vorliegenden Fall den TAN-Code „herausgegeben“ hat.

2. Bereits zur ersten Entscheidung habe ich darauf hingewiesen, daß die An-

scheinsvollmacht gerade nicht unabhängig neben den anerkannten Grundsätzen der Rechtsscheinzurechnung steht, sondern bloß eine ihrer Erscheinungsformen darstellt (ÖBA 2009, 461 unter 5.). Doch auch ganz abgesehen davon ist nicht nachzuvollziehen, warum der 9. Senat für eine solche Zurechnung eine „*ganz erhebliche Sorglosigkeit*“ des bephishigten Kontoinhabers, also offenbar *grobes Verschulden* verlangt. Vielmehr wird als eine Voraussetzung der Zurechnung höchstens postuliert, der Betroffene hätte den Rechtsschein vermeiden können, was mit (schlichter) Fahrlässigkeit gleichzusetzen ist (vgl zu Fragen der Zurechnung eines Rechtsscheins etwa einerseits F. Bydliński, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes [1967] 155 ff mit der Tendenz zum Erfordernis subjektiver Sorgfaltswidrigkeit, andererseits Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht [1971] 473 ff und Singer, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen [1995] 184 ff [jeweils mwN], die im Grundsatz von einem verschuldensunabhängigen Risikoprinzip ausgehen). Rechtsscheinnormen wie zB § 367 Fall 3 ABGB verlangen jedenfalls nicht einmal leichte Fahrlässigkeit, sondern begnügen sich mit adäquater Verursachung (Anvertrauen), so daß die – speziell für das Phishing aufgestellte? – These vom Erfordernis groben Verschuldens nirgendwo ihre Stütze findet.

3. In der Sachverhaltserzählung zu dieser zweiten Entscheidung ist ebenfalls bloß von einer „Phishing-Aktion“ und einem „Herauslocken“ der Transaktionsnummern die Rede; ohne Hinweise darauf, wie der Täter zu allen von ihm für die Online-Überweisungen benötigten Daten gekommen ist. Im Unterschied zur Vorentscheidung des 2. Senats ist allerdings etwas versteckt in den rechtlichen Ausführungen davon die Rede, daß der Kontoinhaber den TAN-Code „herausgegeben“ hat. Warum dieses Wort in der OGH-Entscheidung unter Anführungszeichen gesetzt wurde, ist nicht ganz klar. Möglicherweise ist es ein wörtliches Zitat aus den Feststellungen des Erstgerichts und der 9. Senat war sich vielleicht selbst nicht ganz sicher, was damit ausgedrückt werden sollte. Aus meiner Sicht legt das Wort „herausgeben“ die *freiwillige* Weitergabe der Daten jedoch zumindest sehr nahe; ein Umstand, der im Regelfall zur *Erklärungsfahrlässigkeit* und damit zu einer Zurechnung des Überweisungsauftrags an den Kontoinhaber nach rechtsgeschäftlichen Grundsätzen führt (vgl P. Bydliński, ÖBA 2009, 461 f mwN).

4. Diese zweite Anmerkung zur Phishing-Problematik gibt mir schließlich Gelegenheit, kurz auf eine ganz andere *Risikohaftung*, nämlich auf die verschul-

[1] ÖBA 2009, 457 mit Anm von P. Bydliński.

[2] Die folgende, hier nicht wiedergegebene Passage zitiert wörtlich die Punkte 1. bis 6. der Entscheidungsgründe aus 2 Ob 107/08m (= ÖBA 2009, 457 mit Anm von P. Bydliński).

densunabhängige Ersatzpflicht des Auftraggebers für auftragserfüllungstypische Schäden gemäß § 1014 ABGB einzugehen. Diese Norm wird ja von manchen für einen Anspruch der Bank gegen den Inhaber des bephisheten Kontos ins Treffen geführt, wenn die Unwirksamkeit des Überweisungsauftrags für die kontoführende Bank unerkennbar war (in diesem Sinn insb *Iro/Koziol*, ÖBA 2003, 129; ferner etwa – mit einem Überblick über die relevante Judikatur – *Gerhartinger*, ÖBA 2008, 329). Das Problem ist bereits breit diskutiert (ausführlich und mit reichen Nachweisen dazu jüngst *Freudenthaler*, Die Giroüberweisung beim Online Banking [2009] 118 ff, der sich selbst gegen eine solche Haftung ohne Verschulden ausspricht), weshalb hier nur einige wenige Hinweise genügen sollen. Zum ersten geht die Thematik selbstverständlich weit über den Drittmißbrauch beim Online-Banking hinaus; so stellt sich die Zurechnungs- und Haftungsfrage etwa bei unerkennbar gefälschten Überweisungsaufträgen (präzise: Überweisungsweisungen) nicht anders. Zum zweiten scheint der OGH dem genannten Ansatz wenig abzugewinnen. So erwähnt er § 1014 ABGB in den beiden Phishing-Entscheidungen mit keinem Wort. Dies allein läßt zwar noch keine zwingenden Schlüsse zu; möglicherweise wurde dieser Ansatz – etwa mangels Vorbringens im Prozeß – einfach übersehen. In der aufgrund einer Verbandsklage ergangenen „Klauselentscheidung“ 4 Ob 179/02f (ÖBA 2003, 141) hat der OGH aber sogar die Verwendung einer AGB-Klausel wegen gröblicher Benachteiligung des Bankkunden verboten, die den Kunden zum Aufwandsersatz verpflichtete, wenn die Bank irrig, aber ohne Verschulden von einem Auftrag des Kontoinhabers ausging und diesen daher durchführte. Dabei hat das Höchstgericht den Ansatz über § 1014 ABGB wegen mangelnden Bezugs des eingetretenen Schadens zum übernommenen Auftrag ausdrücklich verworfen: Es sei auf den konkreten, hier gerade ungültigen Überweisungsauftrag und nicht auf den Girovertrag abzustellen (in diesem Sinn auch 4 Ob 221/06p, ÖBA 2007, 981; siehe ferner 2 Ob 133/99v, ÖBA 2001, 250 mit Anm von *Koziol* zum Mißbrauch einer Bankomatkarte, wo der OGH jedenfalls nach dispositivem Recht keine Grundlage für eine verschuldensunabhängige Haftung sah). In diesem Punkt ambivalent ist demgegenüber die „PIN-Ausspähungsentscheidung“ 3 Ob 248/06a (ÖBA 2007, 568). Dort (aaO 571) ging das Höchstgericht von einer Abbedingung bzw Modifizierung des § 1014 ABGB aus, was dafür sprechen könnte, daß die Norm ansonsten Anwendung hätte finden können. Da die AGB ausdrücklich auf Verschulden des Kunden abstellten, hat sich der 3. Senat

mit der Reichweite des § 1014 ABGB jedoch nicht näher befaßt (gegen eine Anwendbarkeit in diesem Fall insb *Graf*, ÖBA 2003, 531, 533 f; siehe ferner etwa auch *Apathy*, ÖBA 2003, 177 ff, jeweils mwN).

Hier ist nicht der Platz, die Diskussion um die (Nicht-)Anwendbarkeit des § 1014 ABGB auf unwirksame Überweisungen im Detail aufzugreifen. Dies dürfte auch deshalb verschmerzbar sein, weil der Zug zum dritten gerade im Bereich des Zahlungsverkehrs in eine andere, „bankkundenfreundlichere“ Richtung zu fahren scheint. So existiert für den Bereich des Fernabsatzes mit § 31a *KSchG* bereits seit dem Jahre 2000 eine zwingende Regelung, wonach ein Berichtigungs- bzw Erstattungsanspruch des „berechtigten Inhabers“ einer Zahlungskarte besteht, wenn diese Karte oder deren Daten von einem Dritten mißbräuchlich verwendet wurden und es trotzdem zu einer Belastung des Kartenberechtigten kam (näher dazu – nicht zuletzt zur Bedeutung der Norm für den Anspruch gemäß § 1014 ABGB – *Freudenthaler*, Giroüberweisung beim Online Banking 126 ff). Und in wenigen Monaten wird das österreichische Recht eine deutlich weiter reichende Vorschrift enthalten, die mit einem verschuldensunabhängigen Anspruch der beauftragten kontoführenden Bank gemäß § 1014 ABGB nicht zu vereinbaren ist. *Art 61* der bis zum 1.11.2009 umzusetzenden *Zahlungsdienste-Richtlinie* (2007/64/EG vom 13.11.2007, ABl L 319) macht für die Haftung des „Zahlers“ bei nicht autorisierter Nutzung bestimmter Zahlungsinstrumente, zu denen selbstverständlich auch die Online-Überweisung gehört, nämlich – kurz gefaßt – folgende Vorgaben, die zu Lasten des „Zahlers“ nicht verschärft werden dürfen: Der „Zahler“ trägt den Schaden bis höchstens € 150, wenn er die personalisierten Sicherheitsmerkmale nicht sicher aufbewahrt hat. Bei sicherer Aufbewahrung ist seine Haftung also vollkommen ausgeschlossen. Über den Betrag von € 150 hinaus kommt eine Haftung nur bei *grob* schuldhafter Verletzung bestimmter Pflichten in Betracht. (Für Details zur Umsetzung dieser Vorgaben in Österreich siehe § 44 ZahlungsdiensteG, zitiert nach der RV 207 B1gNR 24. GP 35.) Damit scheint bei bloß leichtem Verschulden in Zukunft auch der Weg über die Zurechnung qua Erklärungsfahrlässigkeit ins Wanken zu geraten; und zugleich könnte man die Position des 9. Senats (zumindest grobes Verschulden für Risiko- bzw Rechtsscheinhaftung nötig) damit charakterisieren, daß er bloß seiner Zeit voraus war.

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