

Rechtsfolgen zu gewärtigen (vgl § 335 ABGB). Unterließe die Rückstellung, wäre das auch für den (redlichen) Vormann kein Problem (zu bedenken wäre aber § 471), könnte er doch unzweifelhaft dennoch gegenüber seinem Vormann wandeln (vgl die Parallele zum „Weiterfresser“ bei *P. Bydlinski*, Zak 2009/248). Die Auffassung des OGH könnte demgegenüber sogar dazu führen, dass der Käufer die Sache dem Dieb zurückzustellen hätte.

Damit ist freilich noch nicht entschieden, ob die Grundaussage der E über einen Vorrang der Eigentumsklage vor schuldrechtlichen Herausgabeansprüchen zu teilen ist. In Österreich gibt es nur vereinzelte Aussagen zu diesem Themenkreis (vgl jüngst zB *Iro* in *Apathy/Iro/Kozio*² Bankvertragsrecht II² Rz 4/19 f; *Griss* in *KBB*² § 973 Rz 2; *Karner* in *Kletečka/Schauer* [in Vorbereitung] § 961 Rz 5, § 973 Rz 2 mwN), in Deutschland findet sich freilich eine Diskussion, die sogar für namhafte Bearbeiter deutscher Großkommentare „sehr unübersichtlich und sehr kontrovers“ ist (*Gursky* in *Staudinger* [2006] § 985 Rz 168). Dies nicht zuletzt, weil sich zum materiellrechtlichen Problem noch prozessuale Fragen gesellen (vgl *Picker* in *FS Flume* I [1978] 649, der die Kollision nur über das Prozessrecht lösen will).

Vertreten wird beinahe alles: Vom Vorrang schuldrechtlicher Ansprüche vor der Eigentumsklage (von *Tuhr*, *Allgemeiner Teil* II/2 [1918] 579; *Wiegand* in *Staudinger* [2002] § 1223 Rz 15), über den Vorrang

der Eigentumsklage (in verschiedener Ausprägung, vgl etwa *Gursky* in *Staudinger* § 985 Rz 168, § 989 Rz 21 f; *Wolff/Raiser*, *Sachenrecht*¹⁰ [1957] § 171 I 3 e, IV (709 f); *Westermann*, *Sachenrecht*⁷ [1998] § 30 II 1 [189 f]) bis hin zur Gleichrangigkeit (vgl *Müller-Laube*, *AcP* 183 [1983] 215; *Oppermann*, *Die Kollision der Vindikation mit schuldrechtlichen Besitzübertragungsansprüchen* [2003]).

Der Vorrang des schuldrechtlichen Anspruchs überzeugt mE nicht (diese Skepsis teilt auch *P. Bydlinski*, Zak 2009/248). Ob wirklich die Abwicklung nach obligatorischen Rechtsbeziehungen iAR den Interessen der Parteien gerechter werde (so *Wiegand* in *Staudinger* § 1223 Rz 15), kann – besonders aus Perspektive des Eigentümers – durchaus kritisch gesehen werden. Dabei soll aber nicht verschwiegen werden, dass auch die dRsp bisweilen diesem Standpunkt zuneigt (RG JW 1925, 472 [*Raape*]; BGHZ 73, 317, 321 ff), wenngleich sie insgesamt ein äußerst uneinheitliches Bild liefert (vgl BGHZ 5, 337).

Eine endgültige Entscheidung zwischen Gleichrangigkeit und Vorrang der rei vindicatio bedürfte ausführlicherer Beschäftigung. Erwähnt sei freilich, dass die Unterschiede sich im Ergebnis oft in Grenzen halten, da bei einer Verletzung eines Primats der rei vindicatio das Verschulden des Inhabers ein Korrektiv wäre.

Martin Spitzer
Universität Wien



→ Überweisungsauftrag nach „Phishing“-Angriff

§ 1029 ABGB

Werden im System des Online-Bankings die Authentifizierungscodes eines Kontoinhabers („Phishing“-Opfer) unrechtmäßig in Erfahrung gebracht („Phishing“), sind ihm Überweisungsaufträge des unberechtigt Handelnden („Phisher“) an die konto-

führende Bank nicht nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht zuzurechnen. Mangels gültigen Überweisungsauftrags ist die Bank gem Z 40 Abs 2 der AGB berechtigt, Gutschriften auf dem Konto des Überweisungsempfängers („Geldkurier“) zu stornieren.

Sachverhalt:

Die Bekl eröffnete im Jahr 1999 bei der Rechtsvorgängerin der Kl ein „Privatkonto“. Der Kontoverbindung lagen zuletzt die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kl (AGB) 2003 zugrunde. Gem 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 Bekl 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 Bekl sandte daraufhin ein Be-

werbungsschreiben an die erwähnte Agentur, worauf sie am 16. 8. 2006 per E-Mail Informationen über ihre zukünftige Tätigkeit als „Distanzmitarbeiterin“ 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 österr Kunden des Unternehmens annehmen zu können. Nachdem die Bekl nach 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 Bekl zur Erfüllung von Kundenaufträgen benötigen würde.

Am 17. 8. 2006 wurde die Bekl 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 „Wes-

EvBI 2009/98

§ 1029 ABGB

OGH 19. 2. 2009,
2 Ob 107/08 m
(LG Wr Neustadt
17 R 378/07 w;
BG Wr Neustadt
7 C 45/07 v)

Der OGH beschäftigt sich in dieser E erstmals mit „Phishing“, somit dem Herauslocken der Authentifizierungscodes im System des Online-Bankings und der sich daraus ergebenden Frage der Schadenstragung.

tern-Union“ an zwei Endkunden in Lettland weiter zu transferieren. Dafür sollte sie als „Lohn“ € 420,- erhalten. Die Bekl begab sich noch am selben Tag zu „ihrer“ Filiale der Kl, wo sie auf Anfrage die Bestätigung erhielt, dass ein Betrag von € 8.400,- auf ihrem Konto gutgebucht worden sei. Daraufhin behob sie die Barbeträge 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 Kl, von dem die Überweisung auf das Konto der Bekl 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 Weg des sog „Phishing“ illegal beschafft hatte. Am 18. 8. 2006 wurde Mag. Josef M durch eine Mitarbeiterin der Kl 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 Kl die Gutschrift von € 8.400,- auf dem Konto der Bekl, sodass dieses am 21. 8. 2006 mit € 8.384,91 im Debet war. Mit Schreiben ihres Rechtsvertreters v 24. 8. 2006 erhob die Bekl gegen diese Vorgangsweise Einwendungen. Am 14. 12. 2006 wies das Konto aufgrund weiterer Zinsenbelastungen einen Debitsaldo von € 8.756,63 auf.

Die Kl begehrt mit der vorliegenden Klage Zahlung von € 8.756,63 sA.

Das ErstG gab dem Klagebegehren statt.

Das BerG bestätigte diese E. Der OGH gab der Rev der Bekl nicht Folge.

Aus den Entscheidungsgründen: [Überweisungsauftrag]

Der an eine Bank erteilte Überweisungsauftrag gilt als Sonderfall der bürgerlich-rechtlichen Anweisung (6 Ob 204/02 x ÖBA 2004, 550; 2 Ob 196/03 t ÖBA 2004, 474 [Bollenberger] mwN; RIS-Justiz RS0109095, RS0019656 [T 2 und T 3]). 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 204/02 x; 2 Ob 196/03 t; 6 Ob 8/07 f ÖBA 2007, 912; 9 Ob 9/07 z ÖBA 2007, 830; RIS-Justiz RS0017140; *Koziol/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht III² [2008] Rz 1/30; *Neumayr* in *KBB² § 1400 Rz 5*). Die im Girovertrag vereinbarte grundsätzliche Verpflichtung der Bank, den bargeldlosen Zahlungsverkehr abzuwickeln, wird durch den Überweisungsauftrag des Kunden konkretisiert (2 Ob 196/03 t; 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 218/05 k ÖBA 2006, 516 [Dullinger]; 6 Ob 8/07 f; 3 Ob 166/08 w; RIS-Justiz RS0017140; *Neumayr*, aaO § 1400 Rz 5; *Janisch*, aaO 66).

[Gutschrift]

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 95/02 p 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*, ABGB VI³ § 1400 Rz 20; *Ertl* in *Rummel*, ABGB II/3³ § 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 Weg auch immer – in Erfahrung gebracht werden und der Kunde über den gutgeschriebenen Betrag verfügen kann (2 Ob 20/03 k SZ 2004/51).

Im vorliegenden Fall lag eine eingliedrige (innerbetriebliche) Überweisung im dreipersonalen Verhältnis vor, bei der die angewiesene Bank das kontoführende Institut sowohl des (scheinbar) Überweisenden als auch des Überweisungsempfängers ist. Das durch die Gutschrift abgegebene Schuldversprechen der Kl war – vorbehaltlich der noch folgenden Ausführungen – spätestens am 17. 8. 2006 wirksam, als die Bekl über die ihr gutgeschriebenen Beträge bereits verfügen konnte und von dieser Möglichkeit durch Barabhebung auch Gebrauch gemacht hat.

[Gutschrift trotz ungültigen Überweisungsauftrags]

Die Wirksamkeit der Gutschrift setzt einen rechtsgültigen Überweisungsauftrag voraus (*Koziol/Koch*, aaO Rz 1/91 mwN; ebenso *Koziol* in *KBB² 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 E 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 204/02 x; 2 Ob 196/03 t; 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 204/02 x; vgl *Koziol/Koch*, aaO Rz 1/115; *Koziol*, aaO Vor §§ 1431 bis 1437 Rz 5).

[Gutgläubiger Überweisungsempfänger]

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 204/02 x; *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 204/02 x; *Koziol/Koch*, aaO Rz 1/116; *Koziol*, aaO Vor §§ 1431 bis 1437 Rz 5). Dies wurde insb dann angenommen, wenn der Überweisende den Auftrag erteilte, dann widerrief und die Bank dem Empfänger den Überweisungsträger ausgehändigt hatte (SZ 60/272).

Im vorliegenden Fall beruhte das Vertrauen der Bekl 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 Bekl und ihm (kein „Valutaverhältnis“), aus der sie eine Zahlung erwarten konnte. Selbst wenn ihm eine fahrlässige Ermöglichung der „Phishing“-Attacke vorzuwerfen wäre – wofür sich aus den Feststellungen der Vorinstanzen kein Anhaltspunkt ergibt –, ist das Vertrauen der Bekl, die sich leichtfertig auf ein für sie erkennbar zweifelhaftes und riskantes Angebot eines unbekanntes Geschäftspartners eingelassen hat, unter den konkreten Umständen nicht schützenswert. Inwieweit ein dem scheinbar Überweisenden im Verhältnis zur Kl allenfalls zurechenbarer Rechtsschein für die Lösung des Falls relevant sein könnte, wird im Folgenden noch näher zu erörtern ein.

Als weiteres Zwischenergebnis ist somit vorerst festzuhalten, dass die Bekl, mag sie auch gutgläubig gewesen sein, keinen Vertrauensschutz im Sinn der erörterten Rsp genießt.

[Stornoberechtigung nach Z 40 Abs 2 AGB]

Die Kl 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 Bekl das Verhältnis zwischen der Bank und jenem Kunden, dessen Konto sie aufgrund eines (vermeintlichen) Überweisungsauftrags einen Betrag gutgeschrieben hat (4 Ob 129/06 h ÖBA 2007, 222 [*Koziol*]), hier also das Verhältnis zwischen der Kl und der Bekl. 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 129/06 h; *Koziol/Koch*, aaO Rz 1/105 FN 361; *Koziol* in *Iro/Koziol*, Allgemeine Bedingungen für Bankgeschäfte [2001] Z 40 Rz 5).

[Das Storno]

Der OGH billigte in der zuletzt zitierten E 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 Fall der Unwirksamkeit der in der erteilten Gutschrift zum Ausdruck gebrachten abstrakten Verpflichtung so lange noch keine ungerechtfertigte 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, 1/105 und 1/118). Zu einer nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen auszugleichenden 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).

Im vorliegenden Fall hat die Bekl nicht behauptet, dass ihr von der Kl 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 Bekl einen Debitsaldo von € 8.384,91 auf, der sich in der Folge noch um die angefallenen Zinsen auf den Klagsbetrag erhöhte. War die Überweisung tatsächlich rechtsungültig, steht der Kl in diesem Umfang nach den bisher dargelegten Grundsätzen ein Bereicherungsanspruch gegen die Bekl zu.

[Online-Banking]

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 Teilnehmerverträge beziehen regelmäßig spezielle allgemeine Geschäftsbedingungen ein, die spezifische Pflichten des Kunden und der Bank begründen und die jeweiligen Geschäftsbedingungen betreffend die Grundvereinbarung ergänzen (*Wiebe* in *Apatky/Iro/Koziol*, aaO Rz 3/15; *Janisch*, aaO 60 f).

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 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 Kontosaldo oder der Kreditlinie überprüft (*Wiebe*, aaO Rz 3/24; ebenso *Recknagel*, Vertrag und Haftung beim Internet-Banking 127).

[„Phishing“-Angriffe]

Unter dem Kunstwort „Phishing“ – es setzt sich aus den Wörtern „Password“ und „Fishing“ zusammen – versteht man betrügerische Angriffe Dritter, bei denen Benützern Zugangs- bzw Transaktionsdaten, insb PIN- und TAN-Codes, herausgelockt werden (*Wiebe*, aaO Rz 3/34; *Recknagel*, aaO 51). Im deutschen und im österr 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. Bydlinski* in KBB² § 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 entgegenstünde. [...]

Der erkennende Senat pflichtet jenen Lehrmeinungen bei, welche die Zurechnung von Willenserklärungen des unberechtigten Handelnden nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht ablehnen. Nach der Rsp 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 Machtge-

bers 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 hiervon fehlen.

Auch im vorliegenden Fall war der Kl 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.

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 Rechtscheinzurechnung (oder Risikozurechnung) zulasten des „Phishing“-Opfers in Betracht kommen kann. Auch die Frage allfälliger Schadenersatzansprüche der Bank gegen einen sorglosen Kontoinhaber stellt sich im vorliegenden Fall nicht.

Diese Erwägungen führen zusammengefasst zu der – auch mit der zitierten deutschen Rsp im Einklang stehenden – Beurteilung, dass der auf dem Konto der Bekl erteilten Gutschrift kein gültiger Überweisungsauftrag zugrunde lag. Die Kl war daher gem Z 40 Abs 2 ihrer AGB zur Stornierung berechtigt. Soweit das Konto der Bekl dadurch ins Debet geriet, steht der Kl ein – von ihrem Klagebegehren umfasster – Bereicherungsanspruch gegen die Bekl zu. Deren Revision musste daher erfolglos bleiben.

Praxishinweis:

Einen nahezu identen Fall entschied der OGH zu 9 Ob 3/08 v. Die dort enthaltene Feststellung, der getäuschte Kontoinhaber habe aufgrund der gelungenen betrügerischen Aktion den TAN-Code herausgegeben, veranlasste zur Klarstellung, dass eine von einer Anscheinsvollmacht unabhängige Risikozurechnung – wenn überhaupt – nur im Fall ganz erheblicher Sorglosigkeit des Inhabers des belasteten Kontos infrage käme. Eine solche erhebliche Sorglosigkeit könne aber ohne näheres Sachvorbringen dem Opfer einer „Phishing“-Aktion nicht unterstellt werden.

EvBI Redaktion

Anmerkung:

Der OGH hatte die Frage zu entscheiden, ob die Bank eine Gutschrift auf dem Konto des (gutgläubigen) Überweisungsempfängers stornieren darf, wenn die Transaktion vom Überweisenden nicht gewollt war, sondern seine Daten von einem Dritten durch „Phishing“ in Erfahrung gebracht wurden. Da sich kein Anhaltspunkt für „fahrlässiges oder auch nur ursächliches Verhalten“ des scheinbar Überweisenden ergab, verneint der OGH die Wirksamkeit des Überweisungsauftrages und bejaht die Stornierung (bzw einen Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger). Das Ergebnis ist sachgerecht, zwei Aspekte der E sind in der Folge dennoch näher herauszugreifen:



1. Der OGH erwägt die Anwendung der Regeln der Anscheinsvollmacht, um zu einer Zurechnung an den „Überweisenden“ zu gelangen. Dabei greift er auf ein Argument von Frotz (Verkehrerschutz im Vertretungsrecht [1972] 301) zurück: Durch Anscheinsvollmacht sei nur geschützt, wer auf das den Rechtsschein auslösende Verhalten des Machtgebers vertraue. Da es der Bank regelmäßig an der Kenntnis von der Ermöglichung des Zugriffs eines Dritten auf die Kontodaten fehle, komme eine Zurechnung nicht in Betracht.

Das lässt konstruktive Zweifel aufkommen. Kenntnis eines Umstands, der Missbrauch nahelegt, ist erforderlich? Gerade diese Kenntnis würde das Vertrauen doch zerstören. Anhand eines Beispiels: Lässt der Kontoinhaber seine TAN-Briefe (besonders sorglos) frei herumliegen oder gibt sie an „jedermann“ weiter, kann es für den Vertrauensschutz der Bank gegenüber dem Kontoinhaber nicht darauf ankommen, dass sie von diesem Umstand Kenntnis hatte. Hatte sie diese ausnahmsweise, wird ihre Redlichkeit wegfallen. Die Anscheinsvollmacht wäre ein theoretisches, in praxi aber nicht zur Zurechnung führendes Konstrukt.

ME sind bereits an der Prämisse Zweifel anzumelden. Die in Österreich vor allem auf Graf (Rechtsfragen des Telebanking [1997] 20 ff) und Janisch (Online-Banking [2001] 163 ff) zurückgehende Lehre geht von „Handeln unter fremdem Namen“ (in casu des „Phishers“) aus und wendet daher (Anscheins-)Vollmachtsrecht an. Der „Phisher“ tritt gegenüber der Bank aber nicht selbst in Erscheinung, sondern er schiebt dem Kontoinhaber eine Erklärung unter, die dieser nicht abgeben wollte (zutreffend bereits Wiebe in Apathy/Iro/Kozioł, BVR III³ [2008] Rz 3/39: „verdeckte Blankettausfüllung“). Es handelt sich um eine Erklärung ohne Erklärungsbewusstsein. Voraussetzung der Zurechnung einer solchen ungewollten Erklärung an den scheinbar Erklärenden sind ein Vertrauen des Erklärungsempfängers und eine „Erklärungsfahrlässigkeit“ des Erklärenden (Überweisender; s insb F. Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden

Rechtsgeschäftes [1967] 155 ff). Auf die Kenntnis des Erklärungsempfängers vom fahrlässigen Verhalten, das den Rechtsschein auslöst, kommt es nicht an.

Für die Frage, ob eine solche Erklärungsfahrlässigkeit vorliegt, ist auf die verkehrsübliche Sorgfalt abzustellen. Im konkreten Fall war ein fahrlässiges Verhalten des Kontoinhabers zu verneinen, weshalb eine Zurechnung nicht in Betracht kam.

2. Nach dem OGH zeigt gerade der Anlassfall, dass „im Verhältnis zum unberechtigten Überweisungsempfänger kein Bedürfnis nach einer ausdehnenden Interpretation der Regeln zur Anscheinsvollmacht wegen einer angeblich besonderen Schutzwürdigkeit der Bank“ bestehe. Dieser Feststellung dürfte folgende Überlegung zugrundeliegen: Bejaht man den Vertrauensschutz der Bank (gegenüber dem Überweisenden), wäre von einem rechtswirksamen Überweisungsauftrag auszugehen, und die Bank könnte daher nichts vom Überweisungsempfänger (Beklagter) verlangen. Der „Anscheinsauftrag“ stünde dem „regulären“ Auftrag in seinen Wirkungen nämlich gleich, und die Gutschrift (= Annahme der Anweisung gegenüber dem Überweisungsempfänger) wäre damit wirksam geworden. Das würde aber zur Klagsabweisung gegenüber dem Überweisungsempfänger führen. Verneint man Vertrauensschutz hingegen, wäre die Rückförderung vom Überweisungsempfänger möglich, der Klage wäre stattzugeben. Die Bank steht so besser, als wenn ihr Vertrauensschutz gewährt worden wäre.

Um das zu vermeiden, muss man allerdings nicht den Vertrauensschutz zurückdrängen, sondern könnte man der Bank ermöglichen, auf ihren Vertrauensschutz gegenüber dem Überweisenden zu verzichten (zum Verzicht auf Rechtsscheintatbestände für Österreich grundlegend Fellner; Zum Verhältnis von Anscheinsvollmacht und falsus-procurator-Haftung; zwingender Vertrauensschutz oder Wahlrecht? JBl 2003, 621).

Stefan Pernert
Universität Wien



→ Deckungspflicht für sogenannte „unechte Eigenschäden“ des Kfz-Halters

§ 2 Abs 2 KHVG (§ 182 ZPO)

Hat der den Unfall verschuldende Lenker das Kfz mit Willen des Halters benützt, kann der Halter die erlittenen „unechten Eigenschäden“ gegenüber dem Haftpflichtversicherer erfolgreich geltend ma-

Sachverhalt:

Am 25. 12. 2001 um ca 4.20 Uhr früh kam es in G zu folgendem Verkehrsunfall: Ein Lenker, dessen Identität nicht festgestellt werden konnte, fuhr mit einem bei der Bekl haftpflichtversicherten Pkw, dessen Eigentümer und Halter der Kl war, mit 125 km/h in nördlicher Richtung. Aus ungeklärter Ursache wurde das Fahrzeug stark nach links gelenkt, geriet dadurch ins Schleudern und stieß gegen mehrere an beiden Straßenrändern abgestellte Kfz. Dadurch wurde der am Beifahrersitz mitfahrende Kl schwer verletzt.

chen. Der Umstand, dass der Halter am Beifahrersitz mitfuhr, spricht *prima facie* dafür, dass das versicherte Fahrzeug mit seinem Willen gelenkt wurde, auch wenn der Lenker (hier infolge einer retrograden Amnesie des Halters) unbekannt ist.

Der Kl begehrt von der Bekl aus der Haftpflichtversicherung Ersatz für seine unfallkausalen Schäden und die Feststellung der Haftung für alle künftigen Folgen aus dem Verkehrsunfall. Er stützte seine Ansprüche auf die Bestimmungen des EKHG und machte als mitversicherter Beifahrer sog „unechte Eigenschäden“ geltend.

Die Bekl wendete ein, der Kl sei kein schadenersatzberechtigter Dritter, weil ungeklärt geblieben sei, wer das Fahrzeug gelenkt habe.

EvBl 2009/99

§ 2 Abs 2 KHVG
(§ 182 ZPO)

OGH 30. 3. 2009,
7 Ob 289/08 p
(OLG Graz
3 R 137/08 d;
LG f ZRS Graz
18 Cg 237/03 b)