

CyLaw-Report XIX: „Haftung von Finanzagenten bei Phishing“

Entscheidung des Hanseatischen OLG vom 02.08.2006 – 1 U 75/06

Das FÖR¹ an der Technischen Universität Darmstadt (Prof. Dr. Viola Schmid, LL.M. (Harvard)) ist verantwortlich für das SicAri-Teilprojekt* "Cyberlaw"². Mit den CyLaw-Reports soll das rechtswissenschaftliche Diskursangebot L.O.S. (Legal Open Source), das bisher nur Rechtsquellen (SicAri-Cyberlaw) enthält, um Rechtsprechung ergänzt werden. Die CyLaw-Reports-Idee ist es, auch Nicht-Juristen an grundlegender und/oder aktueller Cyberlaw-Rechtsprechung und juristischer Methodik fokussiert teilhaben zu lassen. Fragestellungen, die spezielles juristisches Wissen voraussetzen werden mit dem Kürzel „FEX“ (Für Experten) gekennzeichnet. Hintergrundwissen wird unter der Überschrift „FÖR-Glossar“ ergänzt. Aus Gründen der Präsentationsstrategie wird zwischen „clear cases“, die eine relativ einfache rechtliche Prüfung erfordern, und „hard cases“, die eine vertiefte Diskussion erfordern, unterschieden. In keinem Falle ist mit den CyLaw-Reports die Übernahme von Haftung verbunden. Hervorhebungen sind grundsätzlich durch die Verfasserin erfolgt.

Die Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichts befasst sich mit der Frage der zivilrechtlichen Haftung von „Finanzagenten“, die im Rahmen des sog. „Phishing“ erhaltene Gelder weiterleiten. Wie irreführend „Phishing-Techniken“ sein können, kann mit einem [Test](#) nachvollzogen werden. Die „Finanzagenten“ sind ein wesentlicher Bestandteil des „Phishing-Modells“, weil sie die durch Phishing erlangten Beträge abheben und bar an die Nutznießer auskehren. Von zentraler Bedeutung ist die

* Die Arbeiten am CyLaw-Report werden im Rahmen des Projektes SicAri vom Bundesministerium für Bildung und Forschung gefördert.

Beantwortung der Frage, ob der Kontoinhaber, die Bank oder der „Finanzagent“ **letztendlich** das Phishing-Risiko zu tragen haben. Das OLG Hamburg entscheidet sich³ für den „Finanzagenten“. Denkbar wäre – bei fahrlässiger Ermöglichung des Phishing durch den Kontoinhaber – eine Haftung des Kontoinhabers wegen Verletzung von Nebenpflichten (Vergleiche zur parallelen Problematik bei ec-Karten [CyLaw-Report V](#)). Es handelt sich um die erste und bislang einzige Entscheidung eines Oberlandesgerichts zu dieser Thematik, die allerdings die hier wesentlichen Fragestellungen nur sehr cursorisch behandelt.

A. Haftung von Finanzagenten bei Phishing	4
I. Sachverhalt	4
II. Anspruch des A gegen die P-Bank auf Gutschrift der 30.000,- € aus dem Girovertrag	5
III. Anspruch des A gegen die P-Bank auf Gutschrift der 30.000,- € aus Bereicherungsrecht	5
1. „etwas erlangt“ (durch Stornierung der Gutschriften)	6
2. „in sonstiger Weise“	6
3. „ohne rechtlichen Grund“	6
a. „fehlerhafte Gutschriften“	7
aa) Fehlerhaftigkeit wegen Verstoßes gegen das Kreditwesengesetz (KWG)	7
bb) Fehlerhaftigkeit der Gutschriften infolge von durch Phishing ermöglichter Überweisungen	8
b. „bis zum nächsten Rechnungsabschluss“ (Nr. 8 Ziffer 1 AGB)	9
c. Rückzahlungsanspruch der P-Bank (Nr. 8 Ziffer 1 AGB)	9
aa) „etwas erlangt“ (durch Gutschrift von 30.000,- €)	10
bb) „in sonstiger Weise“	10
(1) Leistung der Kontoinhaber an A?	10
(2) Leistung der P-Bank an A?	12
cc) „ohne rechtlichen Grund“	13
dd) „auf dessen Kosten“	13
ee) Rechtsfolge: Herausgabe des Erlangten	14
d. Ergebnis	14
IV. Exkurs: Schadensersatzanspruch der P-Bank gegen die Kontoinhaber	15
1. Bestehendes Schuldverhältnis	15
2. Pflichtverletzung	15
3. Vertretenmüssen	16
4. Ergebnis	17
B. Schlussfolgerungen aus der Entscheidung des OLG Hamburg	18

A. Haftung von Finanzagenten bei Phishing

I. Sachverhalt

Der Sachverhalt ist angelehnt an die Entscheidung des OLG Hamburg vom 02.08.2006.⁴

A ist ein so genannter „Finanzagent“ des Unternehmens U, das heißt er stellt sein Girokonto für fremde Überweisungen zur Verfügung. A verpflichtet sich, das auf sein Konto überwiesene Geld bar abzuheben und an das Unternehmen U weiterzuleiten. Dafür erhält A eine Provision in Höhe von 10 % des Überweisungsbetrages. Zur Ausführung seiner „Finanzagententätigkeit“ eröffnet A ein Konto bei der P-Bank, wobei A angibt, für eigene Rechnung zu handeln. Nr. 8 Ziffer 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der P-Bank, die rechtswirksam in den Vertrag einbezogen werden, lautet:

„Storno- und Berichtigungsbuchungen der Bank

Fehlerhafte Gutschriften auf Kontokorrentkonten (zum Beispiel wegen einer falschen Kontonummer) darf die Bank bis zum nächsten Rechnungsabschluss durch eine Belastungsbuchung rückgängig machen, soweit ihr ein Rückzahlungsanspruch gegen den Kunden zusteht (Stornobuchung), der Kunde kann in diesem Fall gegen die Belastungsbuchung nicht einwenden, dass er in Höhe der Gutschrift bereits verfügt hat.“

In der Zeit vom 04.10.2005 bis zum 06.10.2005 werden dem Konto des A Beträge in Höhe von insgesamt 30.000,- € gutgeschrieben. Diese Beträge stammen von Konten der P-Bank. Die Überweisungsaufträge wurden aber nicht von den Kontoinhabern erteilt, sondern von den Tätern mit im Wege des so genannten Phishing⁵ illegal beschafften Zugangsdaten per Online-Banking bewirkt.

A hebt die Beträge ab und leitet sie bar an U weiter. Als die P-Bank erfährt, dass die Überweisungen mittels ausgespähter Zugangsdaten bewirkt wurden, storniert sie am 07.10.2005 die Gutschriften und belastet das Konto des A in Höhe der abgehobenen 30.000,- €. A ist der Auffassung, dass er für die fehlerhaften Gutschriften nicht hafte und fordert im Wege der Klage von der P-Bank die erneute Gutschrift der 30.000,- €. Die P-Bank fordert im Wege der Widerklage von A die Zahlung der 30.000,- €.

II. Anspruch des A gegen die P-Bank auf Gutschrift der 30.000,- € aus dem Girovertrag

A könnte einen Anspruch gegen die P-Bank auf Wiedergutschrift der 30.000,- € haben (§ 676 f BGB).

§ 676f BGB [Vertragstypische Pflichten beim Girovertrag]

Durch den Girovertrag wird das Kreditinstitut verpflichtet, für den Kunden ein Konto einzurichten, eingehende Zahlungen auf dem Konto gutzuschreiben und abgeschlossene Überweisungsverträge zu Lasten dieses Kontos abzuwickeln. Es hat dem Kunden eine weitergeleitete Angabe zur Person des Überweisenden und zum Verwendungszweck mitzuteilen.

Zwischen A und der P-Bank besteht mit der Kontoeröffnung durch A ein Girovertrag.⁶ Daher ist die P-Bank verpflichtet, Überweisungen auf dem Konto des A gutzuschreiben (§ 676 f BGB). Die P-Bank hat die eingehenden Überweisungen in Höhe von 30.000,- € dem Konto des A gutgeschrieben. Damit hat die P-Bank ihre Pflicht zur Gutschrift erfüllt. A kann daher aus dem Girovertrag nicht die erneute Gutschrift verlangen.

III. Anspruch des A gegen die P-Bank auf Gutschrift der 30.000,- € aus Bereicherungsrecht

A könnte einen Anspruch gegen die P-Bank auf Wiedergutschrift der 30.000,- € aus Bereicherungsrecht haben.

FÖR-Glossar: Bereicherungsrecht

Das so genannte Bereicherungsrecht ist in den §§ 812 ff. BGB geregelt und dient der Abschöpfung ungerechtfertigter Vermögensvorteile.⁷ Dabei werden grundsätzlich zwei Arten von Bereicherungsansprüchen unterschieden:

- zum einen die Leistungskondiktion, deren Kennzeichen ist, dass die Vermögensverschiebung durch eine „Leistung“ zustande gekommen ist, und
- zum anderen die Nichtleistungskondiktion für die Fälle, in denen die Vermögensverschiebung in sonstiger Weise zustande gekommen ist.

A könnte einen Anspruch gegen die P-Bank auf Gutschrift der 30.000,- € aus § 812 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. BGB haben.

§ 812 BGB [Herausgabeanspruch]

(1) Wer durch die Leistung eines anderen oder **in sonstiger Weise** auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. (...)

Voraussetzung dieser Nichtleistungskondition ist, dass die P-Bank „etwas in sonstiger Weise auf Kosten des A ohne rechtlichen Grund“ erlangt hat.

1. „etwas erlangt“ (durch Stornierung der Gutschriften)

Die P-Bank müsste „etwas“, d.h. einen Vorteil erlangt haben, der ihr wirtschaftliches Vermögen vermehrt.⁸ Durch die Stornierung der Gutschriften in Höhe von 30.000,- € auf dem Konto des A hat die P-Bank einen Ausgleichsanspruch gegen A in Höhe dieser 30.000,- € erlangt.

2. “in sonstiger Weise“

Diesen Vermögensvorteil müsste die P-Bank „in sonstiger Weise“ erlangt haben (§ 812 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. BGB). „In sonstiger Weise“ ist etwas erlangt, wenn es dem Empfänger von niemandem geleistet worden ist, die Vermögensverschiebung also nicht „durch die Leistung eines anderen“ (§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB) erfolgte.⁹ Eine Leistung ist „jede Zuwendung, die bewusst und zweckgerichtet fremdes Vermögen vermehrt.“¹⁰ Die P-Bank hat den Vermögensvorteil durch die Stornierung der Gutschriften erlangt. Diese hat sie selbst vorgenommen. Eine Leistung eines anderen liegt nicht vor. Die P-Bank hat den Vermögensvorteil somit „in sonstiger Weise“ erlangt.

3. „ohne rechtlichen Grund“

Die P-Bank müsste den Vermögensvorteil „ohne rechtlichen Grund“ erlangt haben. Rechtlicher Grund könnte das Recht der P-Bank zu Stornobuchungen sein (Nr. 8 Ziffer 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen¹¹).

Nr. 8 Ziffer 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Fehlerhafte Gutschriften auf Kontokorrentkonten (zum Beispiel wegen einer falschen Kontonummer) darf die Bank bis zum nächsten Rechnungsabschluss durch eine Belastungsbuchung rückgängig machen, soweit ihr ein Rückzahlungsanspruch gegen den Kunden zusteht (Stornobuchung), der Kunde kann in diesem Fall gegen die Belastungsbuchung nicht einwenden, dass er in Höhe der Gutschrift bereits verfügt hat (...)

Von der wirksamen Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der P-Bank ist laut Sachverhalt auszugehen.¹²

a. „fehlerhafte Gutschriften“

Es müssten „fehlerhafte Gutschriften“ vorliegen. Zwischen dem 4. und dem 6.10.2005 wurden A 30.000,- € auf seinem Konto bei der P-Bank gutgeschrieben. Damit liegen Gutschriften vor (Nr. 8 Ziffer 1 AGB). Diese Gutschriften müssten „fehlerhaft“ sein.

aa) Fehlerhaftigkeit wegen Verstoßes gegen das Kreditwesengesetz (KWG)

Eine Fehlerhaftigkeit der Gutschriften könnte sich daraus ergeben, dass die Gutschriften an einen Finanzagenten (Finanzdienstleister) erfolgten, der eine Erlaubnis nach dem Kreditwesengesetz benötigt hätte (Verstoß gegen §§ 32 Abs. 1 S. 1; 1 Abs. 1a Nr. 6 KWG).¹³

§ 32 KWG [Erlaubnis]

(1) Wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen will, bedarf der schriftlichen Erlaubnis der Bundesanstalt; (...)

§ 1 KWG [Begriffsbestimmungen]

(1a) Finanzdienstleistungsinstitute sind Unternehmen, die Finanzdienstleistungen für andere gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbringen, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, und die keine Kreditinstitute sind. Finanzdienstleistungen sind

(...)

6. die Besorgung von Zahlungsaufträgen (Finanztransfersgeschäft),

(...)

Das LG Hamburg hat in der Vorinstanz einen Verstoß gegen das KWG angenommen und damit die Fehlerhaftigkeit der Gutschriften begründet:

LG Hamburg:

„Darüber hinaus waren die fraglichen Gutschriften auch deshalb fehlerhaft, weil sie unter Verstoß gegen das Kreditwesengesetz und entgegen den vertraglichen Grundlagen zwischen den Parteien nicht auf Rechnung der Klägerin erfolgten. Die Klägerin hatte ihr Konto gegen Entgelt Dritten zur Verfügung gestellt.“¹⁴

Allerdings nennt das LG Hamburg weder die Normen des KWG, gegen die A nach Auffassung des Gerichts verstoßen haben soll, noch erörtert das Gericht die Frage, ob allein aus einem Verstoß gegen das Genehmigungserfordernis des § 32 Abs. 1 KWG eine Fehlerhaftigkeit von Gutschriften resultieren kann.¹⁵ Es muss letztendlich nicht geklärt werden, ob der Verstoß gegen KWG zur Fehlerhaftigkeit der Gutschriften führt, wenn sich diese Fehlerhaftigkeit bereits aufgrund des Phishing begründen lässt.

bb) Fehlerhaftigkeit der Gutschriften infolge von durch Phishing ermöglichter Überweisungen

Zu prüfen ist, ob Überweisungen, die mit durch Phishing erlangten Daten (Passwörtern, PIN- und TAN-Nummern des Kontoinhabers) ausgeführt wurden, „fehlerhafte Gutschriften“ darstellen (Nr. 8 Ziffer 1 AGB).

Nr. 8 Ziffer 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Fehlerhafte Gutschriften auf Kontokorrentkonten (zum Beispiel wegen einer falschen Kontonummer) darf die Bank bis zum nächsten Rechnungsabschluss durch eine Belastungsbuchung rückgängig machen, soweit ihr ein Rückzahlungsanspruch gegen den Kunden zusteht (Stornobuchung), der Kunde kann in diesem Fall gegen die Belastungsbuchung nicht einwenden, dass er in Höhe der Gutschrift bereits verfügt hat (...)

Die AGB der P-Bank nennen als Beispiel für die Fehlerhaftigkeit von Gutschriften die Fehlerhaftigkeit „wegen einer falschen Kontonummer“. Darüber hinaus sind nach der Kommentarliteratur¹⁶ Gutschriften „fehlerhaft“, wenn ihnen kein entsprechender Auftrag zugrunde lag, sei es, dass

- ein Überweisungsauftrag gänzlich fehlt,
- die Gutschrift durch einen technischen Fehler bedingt ist,

- zunächst unbemerkt widerrufen wurde¹⁷ oder
- der entsprechende Auftrag gefälscht wurde.

Da die Gutschriften auf dem Konto des A nicht von den wahren Kontoinhabern veranlasst wurden, sondern mit durch Phishing erlangten Daten von Dritten bewirkt wurden, handelt es sich um gefälschte Aufträge.¹⁸ Danach waren die Gutschriften auf dem Konto des A „fehlerhaft“ (Nr. 8 Ziffer 1 der AGB) – so auch das durch die Entscheidung des OLG Hamburg bestätigte LG Hamburg:

LG Hamburg:

„Die hier streitgegenständlichen Gutschriften waren fehlerhaft, weil eine wirksame Überweisung nicht vorlag, denn die berechtigten Kontoinhaber hatten einen Überweisungsauftrag nicht erteilt.“¹⁹

Somit handelt es sich bei den auf Grund von Phishing bewirkten Überweisungen um „fehlerhafte Gutschriften“.²⁰

b. „bis zum nächsten Rechnungsabschluss“ (Nr. 8 Ziffer 1 AGB)

Eine Stornobuchung ist nur „bis zum nächsten Rechnungsabschluss“ möglich (Nr. 8 Ziffer 1 der AGB). Dies war hier der Fall, weil ein Rechnungsabschluss zum Zeitpunkt der Stornobuchung noch nicht erfolgt war.

c. Rückzahlungsanspruch der P-Bank (Nr. 8 Ziffer 1 AGB)

Der P-Bank müsste ein Rückzahlungsanspruch gegen A in Höhe der 30.000,- € zustehen (Nr. 8 Ziffer 1 der AGB). Hier zeigt sich die Relevanz dieser Entscheidung: Wer trägt das Risiko für Überweisungen infolge von Phishing? Ist es

- der Kontoinhaber, von dem abgebucht wird,
- die Bank, die „fehlerhaft“ überwiesen hat,
- der Finanzagent, der sich verpflichtet hat, sein Konto für Überweisungen zur Verfügung zu stellen und die überwiesenen Beträge bereits abgeführt hat?

Die P-Bank könnte einen Anspruch gegen A auf Rückzahlung der zunächst gutgeschriebenen und von A abgehobenen 30.000,- € aus Nichtleistungskondition (§ 812 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. BGB) haben.

§ 812 BGB [Herausgabeanspruch]

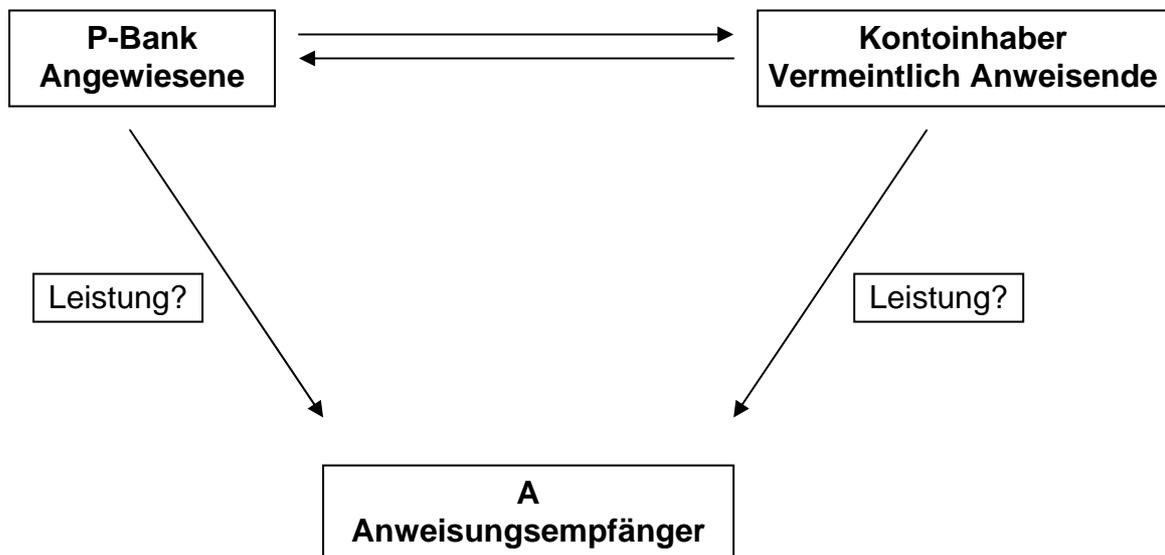
(1) Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. (...)

aa) „etwas erlangt“ (durch Gutschrift von 30.000,- €)

A müsste „etwas...erlangt“ haben. Durch die Gutschriften hat A zunächst einen Auszahlungsanspruch gegen die P-Bank und mit der Abhebung des Betrages die 30.000,- € in bar erlangt. Folglich hat A einen Vermögensvorteil und damit „etwas“ erlangt (§ 812 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. BGB).

bb) „in sonstiger Weise“

A müsste diesen Vermögensvorteil „in sonstiger Weise“ (§ 812 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. BGB) und nicht „durch die Leistung eines anderen“ (§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB) erlangt haben (s.o.). Dabei können die folgenden Rechtsbeziehungen unterschieden werden:



(1) Leistung der Kontoinhaber an A?

Es könnte eine Leistung der Kontoinhaber an A vorliegen. Leistung ist „jede Zuwendung, die bewusst und zweckgerichtet fremdes Vermögen vermehrt.“²¹ Eine bewuss-

te Zuwendung der Kontoinhaber an A liegt nicht vor, da die Überweisungen von Dritten veranlasst wurden, die die im Wege des Phishing ausgespähten Daten der Kontoinhaber missbrauchten.

Die Überweisungen könnten den Kontoinhabern aber nach den Grundsätzen der Rechtsscheinhaftung zuzurechnen sein, da sich aus Sicht des A die Überweisungen als Leistungen der Kontoinhaber dargestellt haben könnten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es aber nicht nur auf den so genannten **(1) Empfängerhorizont des gutgläubigen Anweisungsempfängers** an, sondern die vermeintlich anweisenden Kontoinhaber müssten diesen **(2) Rechtsschein auch in zurechenbarer Weise hervorgerufen** haben.²²

- Es erscheint zum einen bereits zweifelhaft, ob der Anweisungsempfänger A tatsächlich als gutgläubig anzusehen ist. Ihm ist für eine Tätigkeit, die weder einen besonderen Aufwand noch eine besondere Qualifikation verlangt, eine auffallend hohe Provisionssumme angeboten worden,²³ so dass bereits an der Gutgläubigkeit gezweifelt werden könnte.
- Inwieweit des Weiteren durch das Offenbaren von PIN- und TAN-Nummern oder Passwörtern durch die Kontoinhaber ein zurechenbarer Rechtsschein gesetzt wurde, wird vom OLG Hamburg nicht diskutiert. Nach einer Literaturmeinung soll ein zurechenbarer Rechtsschein nicht vorliegen, solange der Kunde nicht erkennt, dass er getäuscht wurde. Wer keine Möglichkeit zur Verhinderung des Missbrauchs habe,²⁴ der setze auch keinen Rechtsschein. Nach einer anderen Literaturmeinung soll dagegen mit der Weitergabe von PIN und TAN oder Passwörtern ein zurechenbarer Rechtsschein gesetzt werden, weil diese Offenbarungen im Widerspruch zu den Geheimhaltungspflichten²⁵ des Kunden stünden und so das Missbrauchsrisiko erheblich erhöht würde.²⁶ Auch diese Meinung beantwortet aber nicht eindeutig die Frage, ob die Offenbarung infolge von Phishing-Angriffen, bei denen der Kunde irrtümlich meint, der Bank nur bekannte Daten mitzuteilen, als Setzung eines Rechtsscheins zu qualifizieren ist.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Nach hier vertretener Auffassung stellt die Rechtsscheinhaftung kein adäquates Instrumentarium zum rechtlichen Umgang mit dem Phishingrisiko dar. Die Rechtsscheinhaftung ermöglicht es nicht, einzelne Phishing-Szenarien differenziert zu behandeln – etwa nach der Sophistikation des Phishing-Angriffs, der Sorgfalt des Kunden und des Vorverhaltens der Bank: also

- hat die Bank öfter das Layout ihres Internetportals geändert,²⁷
- mit den Kunden per E-Mail kommuniziert,²⁸
- war der Phishing-Angriff plump oder sophistiziert (vergleiche [Phishing-Test](#))
- und war der Kunde achtlos oder sicherheitsengagiert?

Diese Differenzierungen können im Rahmen der Prüfung der Verletzung von Nebenpflichten des Kunden (vergleiche [CyLaw-Report V](#)) und einem hierbei mitwirkenden Verschulden der Bank (§ 254 BGB) berücksichtigt werden – nicht aber bei der verhältnismäßig pauschalen Zurechnung eines Rechtsscheins. Eine Zurechnung der Überweisungen nach den Grundsätzen der Rechtsscheinhaftung scheidet daher nach hier vertretener Auffassung aus (FEX: anderes Ergebnis vertretbar). Eine Leistung der Kontoinhaber an A liegt demzufolge nicht vor.

(2) Leistung der P-Bank an A?

Es könnte eine Leistung der P-Bank an A vorliegen. Die Gutschrift und Auszahlung der 30.000,- € durch die P-Bank erfolgte bewusst, da die P-Bank glaubte, zur Vornahme der Überweisungen von den Kontoinhabern angewiesen worden zu sein.

Die Zuwendung müsste auch zweckgerichtet gewesen sein. Die P-Bank verfolgte aus ihrer Sicht mit der Gutschrift und der Auszahlung der 30.000,- € an A nicht den Zweck, eine eigene Leistung an A zu erbringen. Die P-Bank glaubte sich vielmehr von ihren Kunden zur Gutschrift angewiesen. Liegt tatsächlich eine Anweisung vor, leistet die Bank in derartigen Dreieckskonstellationen nach Ansicht des Bundesgerichtshofs²⁹ und weiter Teile der Literatur³⁰ mit der Gutschrift auf dem Konto des A an die Kontoinhaber als Kunden der Bank. Zugleich liegt nach dieser Auffassung in der Gutschrift eine Leistung der Kontoinhaber an den Empfänger der Gutschrift. Im Verhältnis zwischen der überweisenden Bank und dem Empfänger der Gutschrift

liegt danach nie – auch nicht bei tatsächlich erfolgter Anweisung – eine Leistung vor.³¹ Eine Leistung der P-Bank an A liegt demzufolge nicht vor – eine Bereicherung „in sonstiger Weise“ ist gegeben (§ 812 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. BGB).

cc) „ohne rechtlichen Grund“

A müsste den Vermögensvorteil „ohne rechtlichen Grund“ erlangt haben (§ 812 Abs. 1 S.1, 2. Alt. BGB). Ein Rechtsgrund ist nicht ersichtlich, da die 30.000,- € mit den durch Phishing-Angriffe erlangten Daten an A überwiesen wurden, ohne dass dem irgendeine rechtliche Beziehung zu den Kontoinhabern zugrunde lag. Ein Rechtsgrund ist daher nicht ersichtlich.

dd) „auf dessen Kosten“

Nach Auffassung des OLG Hamburg im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs³² sowie einer verbreiteten Literaturmeinung³³ hat die P-Bank einen Bereicherungsanspruch, weil der Eingriff - die Gutschrift der 30 000 € - auf ihre Kosten erfolgte.

OLG Hamburg:

„Der Beklagten stand ein Anspruch gegen die Klägerin auf Rückzahlung der ihrem Girokonto aufgrund von Überweisungen in der Zeit vom 4. bis zum 6. Oktober 2005 gutgeschriebenen Beträge (...) unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zu. Nimmt eine Bank eine Überweisung vor, ohne dass ein wirksamer Überweisungsauftrag vorliegt, so erwirbt sie einen Bereicherungsanspruch unmittelbar gegen den Zahlungsempfänger, ohne dass es auf dessen Kenntnis vom Fehlen des Überweisungsauftrags ankommt.“³⁴

Überweisungsaufträge, die mit durch Phishing ausgespähten Daten bewirkt wurden, seien wie gefälschte Überweisungsaufträge zu behandeln (s.o.).³⁵ Eine Fälschung des Überweisungsauftrags stelle sich als Unterfall des von Anfang an fehlenden Überweisungsauftrags dar.³⁶ Fehle ein wirksamer Überweisungsauftrag des Kontoinhabers an die Bank, könne eine Zahlung der Bank an den Empfänger nach Auffassung von Rechtsprechung und Schrifttum dem Kontoinhaber nicht als Leistung zugerechnet werden, da dieser die Zahlung nicht veranlasst habe.³⁷ Stattdessen sei die P-Bank Inhaberin des Bereicherungsanspruchs gegen A (§ 812 Abs. 1 S. 1, 2. Alt.

BGB). Daraus ergibt sich, dass zunächst die Bank das Fälschungsrisiko³⁸ und speziell auch das Phishingrisiko³⁹ trägt.

ee) Rechtsfolge: Herausgabe des Erlangten

Daher muss A der P-Bank das Erlangte herausgeben (§ 812 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. BGB).

§ 812 BGB [Herausgabeanspruch]

(1) Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. (...)

A hat 30.000,- € erlangt, zunächst als Gutschrift und mit der Abhebung sodann in bar (s.o.). Da A das Geld – abzüglich seiner Provision - mittlerweile an U weitergeleitet hat, könnte A argumentieren, dass er insoweit gar nicht mehr bereichert sei (§ 818 Abs. 3 BGB):

§ 818 BGB [Umfang des Bereicherungsanspruchs]

(3) Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist.
(...)

Dieser Einwand ist aber durch Nr. 8 Ziffer 1 der AGB ausgeschlossen:⁴⁰

Nr. 8 Ziffer 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Fehlerhafte Gutschriften auf Kontokorrentkonten (zum Beispiel wegen einer falschen Kontonummer) darf die Bank bis zum nächsten Rechnungsabschluss durch eine Belastungsbuchung rückgängig machen, soweit ihr ein Rückzahlungsanspruch gegen den Kunden zusteht (Stornobuchung), der Kunde kann in diesem Fall gegen die Belastungsbuchung **nicht einwenden, dass er in Höhe der Gutschrift bereits verfügt hat** (...)

Die P-Bank hat somit einen Anspruch gegen A auf Rückzahlung der gutgeschriebenen und von A abgehobenen 30.000,- € (§ 812 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. BGB).

d. Ergebnis

A hat keinen Anspruch gegen die P-Bank auf Gutschrift von 30.000,- € Vielmehr hat die P-Bank einen Anspruch auf Rückzahlung von 30.000,- € (§ 812 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. BGB). Diesen Anspruch durfte die P-Bank auch im Wege ihres Stornorechts (Nr. Ziffer 1 der AGB) geltend machen.

IV. Exkurs: Schadensersatzanspruch der P-Bank gegen die Kontoinhaber

Da nach der Rechtsprechung des OLG Hamburg zunächst die P-Bank das Fälschungs- wie das Phishingrisiko trägt, ist zu prüfen, ob die P-Bank gegebenenfalls einen Anspruch auf Ersatz des entstandenen Schadens gegen die Kontoinhaber hat. Diese Frage gewinnt insbesondere dann an praktischer Bedeutung, wenn A zahlungsunfähig ist. Die P-Bank könnte einen Schadensersatzanspruch gegen die Kontoinhaber haben (§ 280 Abs. 1 BGB), wenn diese am Phishing mitschuldig sind.

§ 280 Schadensersatz wegen Pflichtverletzung

(1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.
(...)

1. Bestehendes Schuldverhältnis

Zwischen der P-Bank und den Kontoinhabern müsste ein Schuldverhältnis bestehen. Der Kontoeröffnung dürfte jeweils ein Girovertrag oder ein ähnlicher Vertrag zugrunde gelegen haben, so dass ein Schuldverhältnis besteht (vergleiche [CyLaw-Report V: „Sicherheit von ec-Karten“](#)).

2. Pflichtverletzung

Die Kontoinhaber müssten eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt haben. Durch die Preisgabe von PIN und TAN oder Passwort im Rahmen des Phishing-Angriffs könnten die Kontoinhaber gegen ihre Geheimhaltungspflichten (vgl. Ziffer 7 (1) der „Bedingungen für die konto-/ depotbezogene Nutzung des Online-Banking mit PIN und TAN“⁴¹) verstoßen haben, wenn diese Bedingungen Vertragsbestandteil geworden sind.

Ziffer 7 der Bedingungen für die konto-/ depotbezogene Nutzung des Online-Banking mit PIN und TAN

[Geheimhaltung der PIN und der TAN]

(1) Der Nutzer hat dafür Sorge zu tragen, dass keine andere Person Kenntnis von der PIN und den TAN erlangt. Jede Person, die PIN und – falls erforderlich - eine TAN kennt, hat die Möglichkeit, das Online-Banking-Leistungsangebot zu nutzen. Sie kann zB Aufträge zu Lasten des Kontos/Depots erteilen. (...)

Die Weitergabe der Daten durch die Kontoinhaber an die Phishing-Angreifer war im vom OLG Hamburg zu entscheidenden Fall unstrittig.⁴² Wie sich aus den regelmäßig zugrunde liegenden „Bedingungen für die konto-/ depotbezogene Nutzung des Online-Banking mit PIN und TAN“ ergibt, ist in der Weitergabe der Daten eine Pflichtverletzung zu sehen. Auf die Frage, ob es sich dabei um eine bewusste Pflichtverletzung handelte (s.o.), kommt es hier nicht an.

3. Vertretenmüssen

Die Kontoinhaber müssten des Weiteren die Vertragsverletzung zu vertreten haben (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB). Zu vertreten haben die Kontoinhaber als Schuldner der Nebenpflicht Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 1 S. 1 BGB).

§ 276 BGB [Verantwortlichkeit des Schuldners]

(1) Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist. Die Vorschriften der §§ 827 und 828 finden entsprechende Anwendung.

(2) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.
(...)

Entscheidend ist, ob die Weitergabe von PIN und TAN bei einem Phishing-Angriff als fahrlässig anzusehen ist. Angesichts immer neuer und immer besserer Phishing-Methoden liegt dies keineswegs auf der Hand. Gegebenenfalls könnte auch die Bank ein Mitverschulden (§ 254 BGB) treffen, etwa wenn diese tatsächlich E-Mails zur Kommunikation mit ihren Kunden nutzt.⁴³

§ 254 BGB [Mitverschulden]

(1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Er-

satzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.
(...)

Festzuhalten ist, dass die Fahrlässigkeit jeweils im Einzelfall geprüft werden muss. Voraussehbar ist, dass sich hinsichtlich der Sorgfaltspflicht bei Phishing ähnliche Fragen wie beim ec-Karten-Szenario stellen werden (vergleiche [CyLaw-Report V](#)).

4. Ergebnis

Haben die Kontoinhaber fahrlässig ihre Geheimhaltungspflichten verletzt, hat die Bank einen Anspruch auf Ersatz des ihr dadurch entstandenen Schadens gegen die Kontoinhaber (§ 280 Abs. 1 BGB). Bei Verschulden haftet der Kontoinhaber also auch bei Phishing. Ohne Verschulden der Kontoinhaber bleibt es jedoch dabei, dass die Bank das Phishingrisiko zu tragen hat, wenn der Rückgriff auf den Finanzagenten wegen dessen fehlender Erreichbarkeit oder Liquidität nicht gelingt.

B. Schlussfolgerungen aus der Entscheidung des OLG Hamburg

- Zunächst tragen die Banken das Phishingrisiko.
- Der Bank steht aber ein Bereicherungsanspruch direkt gegen den Überweisungsempfänger – den Finanzagenten - auf Herausgabe des Erlangten zu (§ 812 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. BGB).
- Diesen Bereicherungsanspruch kann die Bank grundsätzlich – soweit die übrigen Voraussetzungen gegeben sind - im Wege des Stornorechts (Nr. 8 Ziffer 1 AGB-Banken) geltend machen. Bei im Wege von Phishing bewirkten Überweisungen handelt es sich um „fehlerhafte Gutschriften“ im Sinne der AGB der Banken.
- Die Kontoinhaber, von deren Konten das Geld mit durch Phishing ausgespähten PIN- und TAN-Nummern überwiesen wurde, haben diese Überweisungen nicht in zurechenbarer Weise hervorgerufen und haften daher nicht aufgrund der Rechts-scheinhaftung.
- Ist die Weitergabe von PIN und TAN oder Passwort im Rahmen des Phishing-Angriffs als fahrlässig anzusehen, können die Kontoinhaber aber einem Schadensersatzanspruch der Bank ausgesetzt sein (§ 280 Abs. 1 BGB).

¹ Informationen zu FÖR (Fachgebiet Öffentliches Recht) finden Sie unter <http://www.bwl.tu-darmstadt.de/jus4/?FG=jus>.

² Cyberlaw (in einer öffentlich-rechtlichen Betrachtung) ist ein Oberbegriff für Medien-, Telekommunikations-, Computer-, Internet-, Informations-, Datensicherheits- und Datenschutzrechte, die sich mit den Themen des Cyberspace und der Cyberworld befassen.

³ In der besonderen Konstellation, dass Kontoinhaber und Finanzagent Konten bei derselben Bank unterhalten.

⁴ Entscheidung des OLG Hamburg v. 02.08.2006, Az.: 1 U 75/06, ZIP 2006, 1981.

⁵ „Der Urheber einer Phishing-Attacke schickt seinem Opfer offiziell wirkende Schreiben als E-Mail, die es verleiten sollen, vertrauliche Informationen, vor allem Benutzernamen und Passwörter oder PIN und TAN von Online-Banking-Zugängen, im guten Glauben dem Täter preiszugeben. Übergibt der Besucher korrekte Daten, kann der Betrüger mit der abgefangenen PIN und TAN eine Geldüberweisung zulasten des Opfers tätigen.“ (Quelle: Wikipedia, <http://de.wikipedia.org/wiki/Phishing> ; abgerufen am 17.07.2007).

Weitere Informationen zum Thema Phishing sowie einen [Phishing-Test](#) finden Sie auf der [Phishing Site des Fraunhofer Instituts für Sichere Informationstechnologie](#) (abgerufen am 17.07.2007).

⁶ Zur Rechtsnatur des Girovertrages vergleiche [CyLaw-Report V: „Sicherheit von ec-Karten“](#), S. 4 f.

⁷ Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, 13. Aufl. 1994, § 67 I 1 a.

⁸ Palandt, BGB, 66. Aufl. 2007, § 812, Rn. 16.

⁹ Palandt, BGB, 66. Aufl. 2007, § 812, Rn. 10.

¹⁰ Palandt, BGB, 66. Aufl. 2007, § 812, Rn. 3.

¹¹ Nummer 8 Ziffer 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der P-Bank entspricht Nummer 8 Absatz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken (AGB-Banken), die vom Bundesverband Deutscher Banken erarbeitet werden, vgl. Bunte in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2001, § 4, Rn. 1 ff.

¹² In der durch Nr. 8 Ziffer 1 der AGB getroffenen Regelung liegt nach Auffassung des OLG Hamburg, Entscheidung v. 02.08.2006, Az.: 1 U 75/06, ZIP 2006, 1981, 1982 auch keine unangemessene Benachteiligung des Kunden (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB). So auch Borges, Anmerkung zu OLG Hamburg, ZIP 2006, 1983, 1985 m.w.N.

§ 307 BGB [Inhaltskontrolle]

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. (...)

¹³ Das LG Hamburg hat in seiner Entscheidung in der Vorinstanz ohne nähere Benennung oder Erläuterung einen Verstoß gegen das KWG angenommen, vgl. Entscheidung des LG Hamburg v. 18.05.2006, Az.: 334 O 10/06, CR 2006, 783, 783.

¹⁴ Entscheidung des LG Hamburg v. 18.05.2006, Az.: 334 O 10/06, CR 2006, 783, 783.

¹⁵ Zweifelnd insoweit auch Borges, Anmerkung zu OLG Hamburg, ZIP 2006, 1983, 1984.

¹⁶ Bunte in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2001, § 13, Rn. 9 f.; Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 31. Aufl. 2003, AGB-Banken 8, Rn. 2.

¹⁷ Teilweise wird bei Widerruf des Überweisungsauftrages das Bestehen eines Stornorechts nach Nummer 8 Ziffer 1 AGB-Banken verneint, da der Fehler hier im Verhältnis zwischen Bank und Auftraggeber wurzele, vgl. Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 31. Aufl. 2003, AGB-Banken 8, Rn. 2.

¹⁸ So auch Löhning/Würdinger, Zum Phishingrisiko: Bereicherungsausgleich und Stornierungsrecht nach Nr. 8 Abs. 1 AGB-Banken, WM 2007, 961, 962.

¹⁹ Entscheidung des LG Hamburg v. 18.05.2006, Az.: 334 O 10/06, CR 2006, 783, 783.

²⁰ So auch Löhning/Würdinger, Zum Phishingrisiko: Bereicherungsausgleich und Stornierungsrecht nach Nr. 8 Abs. 1 AGB-Banken, WM 2007, 961, 963.

²¹ Palandt, BGB, 66. Aufl. 2007, § 812, Rn. 3.

²² BGH, Urteil v. 20.03.2001, Az.: XI ZR 157/00, NJW 2001, 1855, 1856; Urteil v. 05.11.2002, Az.: XI ZR 381/01, NJW 2003, 582, 583; Urteil v. 21.06.2005, Az.: XI ZR 152/04, NJW 2005, 3213, 3214; Urteil v. 26.01.2006, Az.: I ZR 89/03, NJW 2006, 1731/1732 f.

²³ Bösgläubigkeit liegt bei Kenntnis oder grobfahrlässiger Unkenntnis vor, vgl. Palandt, BGB, 66. Aufl. 2007, § 932, Rn. 9 f. Ob grobe Fahrlässigkeit vorliegt, d.h. ob die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße verletzt wurde (Definition nach Palandt, BGB, 66. Aufl. 2007, § 932, Rn. 10) kann nur anhand der Umstände des Einzelfalls beurteilt werden. Vergleiche dazu auch AG Hamm, Urteil vom 05.09.2005, Az.: 10 Ds 101 Js 244/05-1324/05, CR 2006, 70 f., das sich im Rahmen einer strafrechtlichen Würdigung intensiv mit der Abgrenzung von bewusster Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz auseinandergesetzt hat.

²⁴ So Borges, Rechtsfragen des Phishing – Ein Überblick, NJW 2005, 3313, 3314.

²⁵ Vgl. die „Bedingungen für die konto-/ depotbezogene Nutzung des Online-Banking mit PIN und TAN“, abgedruckt in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2001, Anh. 6 zu §§ 52-55:

7. Geheimhaltung der PIN und der TAN

(1) Der Nutzer hat dafür Sorge zu tragen, dass keine andere Person Kenntnis von der PIN und den TAN erlangt. Jede Person, die PIN und – falls erforderlich - eine TAN kennt, hat die Möglichkeit, das Online-Banking-Leistungsangebot zu nutzen. Sie kann zB Aufträge zu Lasten des Kontos/Depots erteilen. (...)

(2) Stellt der Nutzer fest, dass eine andere Person von seiner PIN oder von einer TAN oder von beiden Kenntnis erhalten hat oder besteht der Verdacht ihrer missbräuchlichen Nutzung, so ist der Nutzer verpflichtet, unverzüglich seine PIN zu ändern bzw. die noch nicht verbrauchten TAN zu sperren. Sofern ihm dies nicht möglich ist, hat er als Kreditinstitut unverzüglich zu unterrichten. In diesem Fall wird das Kreditinstitut den Online-Banking-Zugang zum Konto/Depot sperren. Das Kreditinstitut haftet ab dem Zugang der Sperrnachricht für alle Schäden, die aus ihrer Nichtbeachtung entstehen.

²⁶ Gößmann in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2001, § 55, Rn. 26; Schwintowski, in: Schwintowski/Schäfer, Bankrecht, 2. Aufl. 2004, § 12, Rn. 58.

²⁷ Borges, Rechtsfragen des Phishing – Ein Überblick, NJW 2005, 3313, 3315.

²⁸ Borges, Rechtsfragen des Phishing – Ein Überblick, NJW 2005, 3313, 3315.

²⁹ BGH, Urteil v. 16.06.1983, Az.: VII ZR 370/82, NJW 1983, 2499, 2500; Urteil v. 31.05.1994, Az.: VI ZR 12/94, NJW 1994, 2357, 2357 f.; Urteil v. 05.11.2002, Az.: XI ZR 381/01, NJW 2003, 582, 583.

³⁰ Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, 13. Aufl. 1994, § 67 II 1 d; Meyer-Cording, Der Bereicherungsausgleich bei Gutschriften trotz Fehlens eines Überweisungsauftrages, NJW 1987, 940, 941; Palandt, BGB, 66. Aufl. 2007, § 812, Rn. 49.

³¹ Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, 13. Aufl. 1994, § 70 IV 2 e.

³² BGH, Urteil v. 31.05.1994, Az.: VI ZR 12/94, NJW 1994, 2357, 2358; Urteil v. 05.11.2002, Az.: XI ZR 381/01, NJW 2003, 582, 583; Urteil v. 21.06.2005, Az.: XI ZR 152/04, NJW 2005, 3213, 3214

³³ Borges, Anmerkung zu OLG Hamburg, ZIP 2006, 1983, 1984 f.; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, 13. Aufl. 1994, § 70 IV 2; Löhning/Würdinger, Zum Phishingrisiko: Bereicherungsausgleich und Stornierungsrecht nach Nr. 8 Abs. 1 AGB-Banken, WM 2007, 961, 962.

³⁴ Entscheidung des OLG Hamburg v. 02.08.2006, Az.: 1 U 75/06, ZIP 2006, 1981, 1982.

³⁵ So auch Borges, Anmerkung zu OLG Hamburg, ZIP 2006, 1983, 1984; Löhning/Würdinger, Zum Phishingrisiko: Bereicherungsausgleich und Stornierungsrecht nach Nr. 8 Abs. 1 AGB-Banken, WM 2007, 961, 962.

³⁶ BGH, Urteil v. 20.06.1990, Az.: XII ZR 93/89, WM 1990, 1280, 1281; Urteil v. 31.05.1994, Az.: VI ZR 12/94, NJW 1994, 2357, 2358; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, 13. Aufl. 1994, § 70 IV 2 a; Löhning/Würdinger, Zum Phishingrisiko: Bereicherungsausgleich und Stornierungsrecht nach Nr. 8 Abs. 1 AGB-Banken, WM 2007, 961, 962.

³⁷ BGH, Urteil v. 31.05.1994, Az.: VI ZR 12/94, NJW 1994, 2357, 2358; Urteil v. 05.11.2002, Az.: XI ZR 381/01, NJW 2003, 582, 583; Urteil v. 21.06.2005, Az.: XI ZR 152/04, NJW 2005, 3213, 3214; Borges, Anmerkung zu OLG Hamburg, ZIP 2006, 1983, 1984; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, 13. Aufl. 1994, § 70 IV 2; Löhning/Würdinger, Zum Phishingrisiko: Bereicherungsausgleich und Stornierungsrecht nach Nr. 8 Abs. 1 AGB-Banken, WM 2007, 961, 962.

³⁸ BGH, Urteil v. 20.06.1990, Az.: XII ZR 93/89, WM 1990, 1280, 1281; Löhning/Würdinger, Zum Phishingrisiko: Bereicherungsausgleich und Stornierungsrecht nach Nr. 8 Abs. 1 AGB-Banken, WM 2007, 961, 962.

³⁹ Löhning/Würdinger, Zum Phishingrisiko: Bereicherungsausgleich und Stornierungsrecht nach Nr. 8 Abs. 1 AGB-Banken, WM 2007, 961, 962.

⁴⁰ § 818 Abs. 3 BGB kann durch Allgemeine Geschäftsbedingungen wirksam ausgeschlossen werden, Palandt, BGB, 66. Aufl. 2007, § 818, Rn. 33.

⁴¹ abgedruckt in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2001, Anh. 6 zu §§ 52-55.

⁴² Entscheidung des OLG Hamburg v. 02.08.2006, Az.: 1 U 75/06, ZIP 2006, 1981, 1982. Andernfalls soll bei Nutzung der korrekten PIN und TAN im Online-Banking – ebenso wie dies beim Missbrauch von ec-Karten der Fall ist, vgl. [CyLaw-Report V: „Sicherheit von ec-Karten“](#) – ein Anscheinsbeweis dafür bestehen, dass die Transaktion entweder vom Kunden selbst veranlasst wurde oder dieser den Missbrauch ermöglicht hat; so Borges, Rechtsfragen des Phishing – Ein Überblick, NJW 2005, 3313, 3316 f. Phishing stellt dabei nach Borges, ebenda, einen anderen Geschehensablauf dar, der den Anscheinsbeweis erschüttert.

⁴³ So Borges, Rechtsfragen des Phishing – Ein Überblick, NJW 2005, 3313, 3314 f.