

Haftungsrechtliche Stellung der Bank bei Vollmachtsverhältnissen

Bundesgerichtsurteil 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019

(BGE 146 III 121)

Mit Bemerkungen von Sandro Bernet und Hans Caspar von der Crone*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte
 - 1. Urteil der *Cour de Justice du canton de Genève* vom 5. Juli 2018
 - 2. Urteil des Bundesgerichts vom 10. Dezember 2019
- III. Bemerkungen
 - 1. Ausgangslage
 - 2. Erfüllungsanspruch des Kunden bei auftragslosen Überweisungen
 - 3. Sorgfaltspflichten der Bank bei der Vollmachtenprüfung
 - 4. Schadenabwälzung mittels Risikotransferklausel
 - 5. Schadenersatzanspruch der Bank gegen den Kunden
- IV. Schlussbemerkungen

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

A. hatte die Verwaltung ihres Vermögens ihrem langjährigen Bekannten C. (nachfolgend «Vollmachtnehmer») anvertraut. Der Vollmachtnehmer eröffnete in den Jahren 2005 und 2007 zwei Konten im Namen der A. bei der in der Schweiz ansässigen Bank B., bei welcher er bereits über eigene Konten verfügte. Für diese beiden Konten erteilte A. dem Vollmachtnehmer eine allgemeine und unbeschränkte Vollmacht (gemäss Bankformular). Die Vollmacht beinhaltete insbesondere die Befugnis des Vollmachtnehmers, Handlungen zu seinen eigenen Gunsten vorzunehmen. In der Folge veruntreute der Vollmachtnehmer durch 14 Transaktionen in verschiedenen Währungen zu Gunsten seiner eigenen Konten (u.a. bei der Bank B.) sowie dem Konto seiner Frau (ebenfalls bei der Bank B.) einen Gesamtbetrag von rund EUR 13 Millionen. Anschliessend überwies er den grössten Teil dieser Gelder auf das Konto seiner Gesellschaft und erwarb damit eine Immobilie für CHF 12 Millio-

nen, zusammen mit Hypotheken, welche wiederum von der Bank B. gewährt wurden. In Zusammenhang mit den Transaktionen nahmen die Mitarbeitenden der Bank B. Rücksprache mit dem Vollmachtnehmer, nicht aber mit A. Nachdem A. von den Transaktionen erfahren hatte, reichte sie Strafanzeige gegen den Vollmachtnehmer ein. Dieser gab im Verlauf der Strafuntersuchung zu, das Vertrauen von A. und deren Familie getäuscht und zu deren Nachteil Gelder veruntreut zu haben, um den Erwerb und die Arbeiten an seinen Liegenschaften in der Schweiz zu finanzieren.

Am 23. März 2013 erhob A. (Kundin, Beschwerdeführerin) vor dem *Tribunal de première instance du canton de Genève* (Erstinstanz) Klage gegen die Bank B. (Bank, Beschwerdegegnerin) auf Zahlung von EUR 6 450 000, CHF 6 050 010 und USD 150 000 (entsprechend dem Gesamtbetrag der 14 strittigen Transaktionen). Sie machte in erster Linie einen vertraglichen Erfüllungsanspruch geltend, da die Bank ohne ihren Auftrag Auszahlungen an den Vollmachtnehmer vorgenommen habe, der seine Vertretungsbefugnisse erkennbar überschritten habe. Diese Klage wurde von der Erstinstanz mit Urteil vom 27. September 2017 abgewiesen. Die dagegen erhobene Berufung der Kundin wies die *Cour de Justice du canton de Genève* (Vorinstanz) mit Urteil vom 5. Juli 2018 ebenfalls ab. Daraufhin erhob die Kundin Beschwerde ans Bundesgericht, die mit dem vorliegenden Urteil gutgeheissen wurde.¹

II. Erwägungen der Gerichte

1. Urteil der *Cour de Justice du canton de Genève* vom 5. Juli 2018

Die Vorinstanz hatte den Einwand der Kundin zu beurteilen, wonach die Bank unter den konkreten Umständen nicht ohne weiteres auf die schriftliche Vollmacht habe vertrauen dürfen, sondern vor Vollzug der Transaktionen ihre ausdrückliche Zustimmung hätte einholen müssen.² Dazu umschrieb die Vorinstanz zunächst die Sorgfaltspflichten der Bank bei

* MLaw Sandro Bernet und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>. Ein Kurzvideo zu diesem Beitrag wird in Kürze auf www.aktienrechtplus.ch publiziert.

¹ Vgl. zum Ganzen die deutsche Übersetzung und Zusammenfassung von Martin Rauber, *swissblawg* vom 19. Juni 2020, abrufbar unter https://swissblawg.ch/2020/06/4a_504-2018-sorgfaltspflicht-von-banken-bei-vollmachtverhaeltnissen-amtl-publ.html.

² *Cour de Justice du canton de Genève* C/6670/2013 vom 5. Juli 2018, E. 2.

Handlungen auf Weisung eines Vertreters. Wenn der Kunde einem Dritten eine Vollmacht erteile, müsse die Bank sicherstellen, dass die Handlungen des Vertreters durch die Vollmacht gedeckt sind. Darüber hinaus liege es aber in der Verantwortung des Kunden, den Vertreter zu überwachen und, falls erforderlich, seine Befugnisse einzuschränken. Im Allgemeinen hafte die Bank nicht für Verluste, die dem Kunden durch die vom Vertreter veranlassten Transaktionen entstehen, solange dieser seine Vertretungsbefugnisse nicht überschreite. Wenn er die eingeräumten Befugnisse überschreite, aber gleichwohl innerhalb des der Bank mitgeteilten Vollmachtsumfangs handle, bestehe grundsätzlich ebenfalls keine Haftung der Bank. Die Bank habe nur dann einzugreifen, wenn der Vertreter eindeutig zum Nachteil des Kunden handle und sie dies ohne jeden Zweifel (*sans aucun doute*) wahrnehme. Dies sei nur in Ausnahmesituationen der Fall.³

Diesem Sorgfaltsmassstab entsprechend beurteilte die Vorinstanz den konkreten Fall. Sie hielt fest, dass der Kundin die Tragweite der Vollmacht, insbesondere die Befugnis des Vollmachtnehmers, Handlungen zu eigenen Gunsten vorzunehmen, bewusst gewesen sei. Dies sei ihr auch an einem Gespräch mit einem Mitarbeitenden der Bank, an welchem auch der Vollmachtnehmer anwesend war, erläutert worden.⁴ Der Vollmachtnehmer sei der Bank als langjähriger Freund und Vertrauensperson der Kundin vorgestellt worden, was ein örtlicher Anwalt bestätigt habe. Angesichts dieses Vertrauensverhältnisses habe die Bank darauf abstellen dürfen, dass plausible Gründe für die Transaktionen bestanden, bspw., so die Vorinstanz, dass die Kundin in Bezug auf bestimmte Zahlungen betreffend Immobilien im Ausland nicht als direkte Schuldnerin habe auftreten wollen oder dass es sich um Darlehen zur Immobilienfinanzierung handelte, die der Vollmachtnehmer der Kundin anlässlich des Verkaufs anderer in seinem Eigentum stehender Liegenschaften zurückzahlen würde. Daran hätten auch einzelne Zweifel von Mitarbeitenden der Bank nichts geändert, da jedenfalls nicht zweifellos ersichtlich gewesen sei, dass der Vollmachtnehmer gegen die Interessen der Kundin

handelte.⁵ Schliesslich habe sich die Bank auch nicht in einem Interessenkonflikt befunden, da nicht nachgewiesen worden sei, dass der Vollmachtnehmer die veruntreuten Beträge zur Rückzahlung der ihm von der Bank gewährten Hypotheken oder für die Tilgung von darauf anfallenden Zinsen verwendet hätte.⁶

In Bezug auf den Einwand, dass es sich bei den Veruntreuungen zudem um unzulässige Insihgeschäfte gehandelt habe, verwies die Vorinstanz auf Lehrmeinungen, wonach Eigentransaktionen eines Vermögensverwalters aufgrund der besonderen Natur des Bankgeschäfts grundsätzlich zu akzeptieren seien, soweit kein konkreter Missbrauchsverdacht bestehe.⁷ Im Ergebnis sei die Bank ordnungsgemäss ihren vertraglichen Pflichten nachgekommen, indem sie sämtliche Transaktionen gemäss den Weisungen des Vollmachtnehmers ausgeführt hatte.⁸

2. Urteil des Bundesgerichts vom 10. Dezember 2019

Das Bundesgericht rief einleitend in Erinnerung, wie bei der Anspruchsprüfung vorzugehen ist, wenn ein Kunde geltend macht, seine Bank habe trotz fehlender Legitimität des Veranlassers oder infolge unentdeckter Fälschungen Überweisungen vorgenommen. In einem ersten Schritt hat das Gericht zu prüfen, ob ein Auftrag des Kunden bestand. Sofern ein solcher fehlte, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob der verursachte Schaden nach der gesetzlichen Regelung von der Bank oder aufgrund einer davon abweichenden Risikotransferklausel vom Kunden zu tragen ist. Liegt der Schaden bei der Bank, ist in einem dritten Schritt zu prüfen, ob die Bank dem Rückerstattungsanspruch des Kunden einen eigenen Anspruch auf Schadenersatz infolge von Pflichtverletzungen des Kunden (Art. 97 Abs. 1 OR) entgegenhalten kann.⁹

Hiernach rekapitulierte das Bundesgericht seine ständige Rechtsprechung zum vertraglichen Rückerstattungsanspruch des Kunden im Falle auftragsloser

³ *Cour de Justice du canton de Genève C/6670/2013* vom 5. Juli 2018, E. 2.1.2.

⁴ *Cour de Justice du canton de Genève C/6670/2013* vom 5. Juli 2018, E. 2.2.1.

⁵ *Cour de Justice du canton de Genève C/6670/2013* vom 5. Juli 2018, E. 2.2.2.

⁶ *Cour de Justice du canton de Genève C/6670/2013* vom 5. Juli 2018, E. 2.2.3.

⁷ *Cour de Justice du canton de Genève C/6670/2013* vom 5. Juli 2018, E. 2.1.2.

⁸ *Cour de Justice du canton de Genève C/6670/2013* vom 5. Juli 2018, E. 2.2.4.

⁹ BGer 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 2.

Überweisungen durch die Bank, bevor es sich den Voraussetzungen der Stellvertretung widmete.¹⁰ Überschreite ein Vertreter die ihm vom Vollmachtgeber eingeräumten Befugnisse (Vollmachtsüberschreitung), seien seine Handlungen für diesen grundsätzlich unverbindlich; es sei denn, der Vollmachtgeber genehmige die Handlungen nachträglich (Art. 38 OR) oder bringe dem gutgläubigen Dritten ausdrücklich oder stillschweigend eine Vollmacht zur Kenntnis (Art. 33 Abs. 3 OR). Die Vollmachtkundgabe i.S.v. Art. 33 Abs. 3 OR könne namentlich durch eine schriftliche Urkunde bewirkt werden.¹¹ Von der Vollmachtsüberschreitung abzugrenzen sei der Sonderfall des Vollmachtmissbrauchs, in welchem der Vertreter gar nie die Absicht hatte, im Interesse des Vollmachtgebers zu handeln. Bei schriftlich mitgeteilten Vollmachten, so das Bundesgericht weiter, bleibe der Vollmachtgeber grundsätzlich an sämtliche Handlungen gebunden, welche innerhalb des kundgegebenen Vollmachtsumfangs liegen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bestehe beim Vollmachtmissbrauch aber nicht nur dann, wenn der Dritte bösgläubig war – d.h. vom Missbrauch wusste –, sondern auch, wenn er nicht diejenige Aufmerksamkeit an den Tag gelegt hat, die unter den gegebenen Umständen verlangt werden durfte (Art. 3 Abs. 2 ZGB).¹² Das Bundesgericht stellte sodann klar, dass diese Grundsätze auch im Verhältnis zwischen der Bank, ihren Kunden und deren Vertreter gelten. Somit widersprach es der Auslegung der Vorinstanz, welche ein Eingreifen der Bank erst dann als erforderlich erachtete, wenn diese mit Sicherheit vom interessenwidrigen Handeln des Vertreters wusste.¹³

Diesen Erwägungen entsprechend prüfte das Bundesgericht, ob die Bank bei der Vornahme der Transaktionen die den konkreten Umständen entsprechende Aufmerksamkeit walten liess. Es nahm vorweg, dass zumindest bezüglich einer der 14 Transaktionen – diejenige, die der Vollmachtnehmer unter Verwendung des E-Banking-Zugangs der Kundin vorgenommen hatte – keine den Gutgläubensschutz vermittelnde Aufmerksamkeitswidrigkeit bestand. Bei dieser Transaktion habe die Bank nicht erkennen können, dass sie durch den Vollmachtnehmer veranlasst

wurde.¹⁴ Anders in Bezug auf die restlichen 13 Transaktionen, die allesamt erkennbar von diesem in Auftrag gegeben wurden. Das Bundesgericht hielt fest, dass sich die Bank diesbezüglich in einem Interessenkonflikt befand, da die Gelder dem Vollmachtnehmer als Garantie für seine von der Bank gewährten Hypotheken dienten. In dieser Situation hätte sie besonders aufmerksam sein müssen. Umso mehr, als die Überweisungen jeweils bedeutende Beträge umfassten. Dazu kämen die Tatsachen, dass mehrere Mitarbeitende der Bank Zweifel an der Legitimität des Vollmachtnehmers äusserten und dieser seine Transaktionen stets nach dem gleichen Muster rechtfertigte. Durch die sukzessiven Abhebungen habe er die Konten der Kundin schliesslich vollständig geleert. Im Ergebnis habe die Bank nicht die den Umständen entsprechende Aufmerksamkeit an den Tag gelegt. Gestützt auf Art. 3 Abs. 2 ZGB sei sie folglich nicht dazu berechtigt gewesen, gutgläubig darauf zu schliessen, die missbräuchlichen Transaktionen des Vollmachtnehmers seien von der mitgeteilten Vollmacht gedeckt. Vielmehr hätte sie jeweils vorgängig Bestätigungen der Kundin einholen müssen.¹⁵ Da die Bank somit nicht in ihrem guten Glauben zu schützen war, konnte offen bleiben, ob es sich bei den vom Vollmachtnehmer veranlassten Transaktionen überdies um unzulässige Insigeschäfte handelte.¹⁶

Anschliessend führte das Bundesgericht aus, dass die Parteien keine Risikotransferklausel vereinbart hatten. Entsprechend sei im Umfang der 13 unrechtmässig ausgeführten Transaktionen ein von der Bank zu tragender Schaden eingetreten.¹⁷ Einen Gegenanspruch auf Schadenersatz (Art. 97 Abs. 1 OR) gestützt auf allfällige Versäumnisse der Kundin habe die Bank schliesslich nicht rechtsgenügend nachgewiesen.¹⁸ Folglich hielt das Bundesgericht fest, dass der Rückerstattungsanspruch der Kundin in Bezug auf 13 der 14 strittigen Transaktionen vollumfänglich anzuerkennen sei, und verpflichtete die Bank zur Zahlung der entsprechenden Beträge.¹⁹

¹⁰ BGer 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 3.1 f.

¹¹ BGer 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 3.2.2.

¹² BGer 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 3.2.3.

¹³ BGer 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 3.2.4.

¹⁴ BGer 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 3.4.1.

¹⁵ BGer 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 3.4.2 f.

¹⁶ BGer 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 3.3.

¹⁷ BGer 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 4.

¹⁸ BGer 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 5.

¹⁹ BGer 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 6.

III. Bemerkungen

1. Ausgangslage

Grundlage für den vorliegenden Leitentscheid war ein klassisch pathologischer Sachverhalt im Dreiecksverhältnis Bank, Bankkundin und Kundenvertreter. Der deliktisch handelnde Vertreter nutzte die ihm gewährte Vollmacht, um die depotführende Bank anzuweisen, den Interessen der Kundin zuwiderlaufende Überweisungen vorzunehmen. In diesem Kontext konnte das Bundesgericht erläutern, inwieweit die Bank einem Haftungsrisiko unterliegt, wenn sie auf Anweisung von Vertretern Überweisungen im Namen ihrer Kunden tätigt. Es hat insbesondere präzisiert, welche Sorgfaltspflichten der Bank im Umgang mit Vollmachtsverhältnissen zukommen. Bekräftigt hat es dabei auch, dass die Bank ihr Haftungsrisiko bei Legitimationsmängeln bis zu einem gewissen Grade vertraglich auf ihre Kunden abwälzen kann und diese ebenfalls zur Überwachung ihrer Bankgeschäfte angehalten werden können. Wie dieser Risikoausgleich im Einzelnen ausgestaltet ist, wird nachfolgend dargestellt. Diskutiert wird auch die offengelassene Frage, ob und inwiefern die Rechtsprechung zur Unzulässigkeit von Insichgeschäften auf Bankvollmachten anzuwenden ist, die dem Vertreter eine Eigengeschäftsbefugnis gewähren.

2. Erfüllungsanspruch des Kunden bei auftragslosen Überweisungen

2.1 Anspruchsgrundlage

Hat die Bank ohne Auftrag ihres Kunden eine Zahlung an einen Dritten vorgenommen, steht dem Kunden nach konstanter Rechtsprechung ein vertraglicher Erfüllungsanspruch auf Rückerstattung seines Kontoguthabens zu.²⁰ Unabhängig von der rechtlichen Qualifikation des Kontovertrags gilt, dass sich die Bank zur Auszahlung der vom Kunden einbezahlten Beträge verpflichtet.²¹ Im Normallfall der ord-

nungsgemässen Auftragserfüllung erwirbt die Bank einen Rückerstattungsanspruch i.S.v. Art. 402 OR (Verwendungersatz) gegen den Kunden im Umfang des überwiesenen Betrags. Fehlt der Auftrag dagegen bzw. ging die Bank fälschlicherweise von dessen Bestehen aus (sog. *Putativauftrag*), erlangt die Bank keinen Rückerstattungsanspruch und kann den überwiesenen Betrag nicht mit dem Guthaben des Kunden verrechnen. Vielmehr verfügt der Kunde in diesem Fall weiterhin einen Erfüllungsanspruch auf Auszahlung seines Guthabens entsprechend dem Kontosaldo vor der auftragslosen Buchung.

Das Risiko für Überweisungen mit Legitimationsmängeln trägt mangels anderweitiger Abreden die Bank. Sie hat die Belastung des Kundenkontos rückgängig zu machen bzw. den Betrag ein weiteres Mal auszahlen.²² Die Beweislast für die richtige Vertragserfüllung trägt die Bank.²³ Von Gesetzes wegen wirkt die Leistung an einen Nichtgläubiger für die Bank nur in Ausnahmefällen befreiend. Namentlich dann, wenn der Kunde selber einen Rechtsschein schuf, gestützt auf welchen die Bank die Überweisung in gutem Glauben vorgenommen hat.²⁴ Vom beschriebenen Erfüllungsanspruch abzugrenzen ist der Anspruch auf Schadenersatz bei Vertragsverletzung (Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR). Da es sich beim Erfüllungsanspruch gerade nicht um einen solchen handelt, kann die Bank dem Kunden insbesondere keinen Minderungsanspruch gestützt auf Art. 44 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR entgegenhalten.²⁵

2.2 Fallgruppen und Geltendmachung

Der Erfüllungsanspruch aufgrund von Legitimationsmängeln beruht in der Regel auf einer falschen Annahme der Bank über das Bestehen eines Auftrags des Kunden. Dieser Irrtum kann sich einerseits auf

den für Handlungen eines von diesem eingesetzten Vermögensverwalters, SZW 1997, 195; Peter Reichart, Betrugsversuche im Zahlungsverkehr im digitalen Zeitalter, SZW 4/2019, 393.

²² BGE 132 III 449 E. 2; BGer 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 3.1.

²³ BGE 111 II 263 E. 1b; BGer 9C_675/2011 vom 28. März 2012, E. 3.2.

²⁴ BGer 4C_28/2003 vom 15. Dezember 2003, E. 3.2.1; Nicolas Bracher, Legitimationsprüfung und Risikotransfer bei E-Mail-Zahlungsaufträgen, SZW 2/2018, 157 f.; weiterführend hinten Ziff. III.3.2.3.

²⁵ BGE 132 III 449 E. 2; BGE 112 II 450 E. 3a; zum möglichen Gegenanspruch auf Schadenersatz hinten Ziff. III.5.

²⁰ BGE 132 III 449 E. 2; BGE 112 II 450 E. 3a; BGer 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 3.1; BGer 4A_337/2019 vom 18. Dezember 2019, E. 2.2; BGer 4A_81/2018 vom 29. Mai 2018, E. 3.

²¹ In der Literatur wird der Kontovertrag je nach Lehrmeinung als Darlehensvertrag oder irreguläre Hinterlegung mit Auftrags-elementen qualifiziert; vgl. Hanspeter Dietzi, Die Verantwortlichkeit der Bank gegenüber einem Kun-

die Identität, andererseits auf die Handlungsbefugnisse der anweisenden Person beziehen. Der Irrtum über die Identität wird typischerweise von einem Betrüger verursacht, der sich gegenüber der Bank als der geschädigte Kunde ausgibt, um unzulässige Zahlungen zu erwirken. Traditionell über das Fälschen von Unterschriften; heutzutage hauptsächlich über Hackerangriffe im elektronischen Zahlungsverkehr.²⁶ Bei einem Irrtum über die Handlungsbefugnisse des Veranlassers tritt gegenüber der Bank dagegen regelmässig ein ihr bekannter Vertreter des Kunden auf, dessen Befugnisse sich aus entsprechenden Dokumenten, bspw. einer schriftlichen Vollmacht oder dem Bankvertrag, ergeben. Gelingt es dem Vertreter, gestützt auf diese Dokumente seine Vertretungsbefugnisse zu überschreiten, stellt sich vorab die Frage, ob die Bank nach den Regeln zur Stellvertretung (Art. 32 ff. OR) entsprechend den Weisungen des Vertreters handeln durfte. In beiden Fallgruppen kann die Bank das grundsätzlich bei ihr angesiedelte Haftungsrisiko aus Legitimationsmängeln vertraglich auf den Kunden abwälzen. Diesem Zweck dienen die üblicherweise in den Banken-AGB enthaltenen Risikotransferklauseln bei Legitimationsmängeln sowie neuerdings die vertragliche Fixierung von Sorgfaltspflichten des Kunden, deren Verletzung einen entgegengesetzten Schadenanspruch der Bank begründen kann. Zulässigkeit und Tragweite dieser vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten wurden durch die Rechtsprechung verschiedentlich konkretisiert und eingeschränkt.²⁷

Im vorliegenden Fall eines Legitimationsmangels aufgrund von Unzulänglichkeiten im Vollmachtsverhältnis zwischen Kunde und Vertreter hat das Bundesgericht ein dreistufiges Prüfschema zur Geltendmachung des vertraglichen Erfüllungsanspruchs statuiert.

1. Schritt: Prüfung des Vorliegens eines Auftrags nach den allgemeinen Regeln zur Stellvertretung (Art. 32 ff. OR).
2. Schritt: Prüfung des Vorliegens und der Anwendbarkeit einer Risikotransferklausel.
3. Schritt: Prüfung eines Anspruchs auf Schadenersatz (Art. 97 Abs. 1 OR) der Bank gegen den Kunden.

²⁶ Eingehend zu dieser Thematik Reichart (Fn. 21), 393 ff., passim.

²⁷ Dazu hinten Ziff. III.4 und III.5.

3. Sorgfaltspflichten der Bank bei der Vollmachtsprüfung

3.1 Vollmachtsverhältnis zwischen Kunde und Vertreter

Von einem Vertreter veranlasste Aufträge sind für den Kunden unmittelbar verbindlich, wenn sie in dessen Namen und auf Grundlage einer Bevollmächtigung erfolgten (Art. 32 Abs. 1 OR). Überschreitet der Vertreter seine Befugnisse, binden seine Handlungen den Kunden grundsätzlich nicht. Eine für die Bank verbindliche Weisung besteht in diesen Fällen nur, wenn der Kunde die Handlung des Vertreters nachträglich genehmigt (Art. 38 OR) oder die Bank gutgläubig auf eine vom Kunden ausgehende Vollmacht kundgabe vertrauen konnte (Art. 33 Abs. 3 OR). Der Umfang der Kundgabe bestimmt sich nach dem Vertrauensprinzip. Die Vollmacht des Vertreters wird vom Kunden in der Regel durch ein von der Bank erstelltes, standardisiertes Vollmachtformular erteilt. Die schriftliche Vollmacht bewirkt gegenüber der Bank eine Vollmacht kundgabe im Umfang der darin enthaltenen Vertretungsbefugnisse, sofern und soweit die Bank gutgläubig auf deren Bestehen vertrauen durfte.²⁸

3.2 Gutglaubensschutz bei Bankvollmachten

3.2.1 Massgeblicher Sorgfaltsmassstab

Die Bank verifiziert die Befugnisse von Kundenvertretern primär über das Vollmachtformular. Sie hat sicherzustellen, dass die Handlungen des Vertreters von diesem gedeckt sind. Schwierigkeiten ergeben sich dann, wenn der Vertreter zwar im Rahmen der darin festgehaltenen Kompetenzen, aber gegen die Interessen des Kunden handelt. Hier stellt sich die auch im vorliegenden Fall entscheidende Frage, welchen Grad an Sorgfalt die Bank an den Tag legen muss, um sich erfolgreich auf den Gutglaubensschutz (Art. 33 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 3 ZGB) zu berufen.

Für den Gutglaubensschutz bei Bankvollmachten gelten die allgemeinen Regeln der Stellvertre-

²⁸ Zum Ganzen BGer 4A_536/2008 vom 10. Februar 2009, E. 5.3; Eric Huggenberger, in: Phillip Abegg/Alex Geissbühler/Kurt Haefeli/Eric Huggenberger/Gabriel Larumbe (Hrsg.), Schweizerisches Bankrecht, 4. Aufl., Zürich 2019; 49 ff.; Daniel A. Guggenheim/Anath Guggenheim, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5. Aufl., Bern 2014, N 1580 ff.; Urs Emch/Hugo Renz/Reto Arpagaus, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich 2011, N 816 ff.

tung.²⁹ Die Vermutung zugunsten des guten Glaubens (Art. 3 Abs. 1 ZGB) kann somit auf zwei Ebenen entkräftet werden: Erstens durch den Nachweis der Bösgläubigkeit der Bank. Zweitens, in Übereinstimmung mit Art. 3 Abs. 2 ZGB durch den Nachweis, dass die Bank trotz an sich bestehender Gutgläubigkeit nicht die den Umständen entsprechende Aufmerksamkeit walten liess.³⁰ Ob diese Aufmerksamkeit bestand, ist ein Ermessensentscheid, bei dem sämtliche Umstände zu berücksichtigen sind.³¹ Eine Differenzierung bezüglich des relevanten Sorgfaltsmassstabs besteht nach der «Mövenpick I»-Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 119 II 23), die in Zusammenhang mit der organschaftlichen Vertretung der Aktiengesellschaft (Art. 718a OR) bei Interessenkonflikten erging. Danach kommt Art. 3 ZGB bei einem eigentlichen Vollmachtsmissbrauch (*véritable abus de pouvoir*) uneingeschränkt zur Anwendung, und die Anforderungen an die Sorgfalt sind erhöht, während bei einer blossen Vollmachtsüberschreitung (*simple dépassion*) erst ernsthafte Zweifel an der Vertretungsbefugnis eine Pflicht zu weiteren Abklärungen begründen.³² Insbesondere genüge bei objektiven Hinweisen auf einen Missbrauch bereits leichte Fahrlässigkeit, um eine Berufung auf den guten Glauben auszuschliessen.³³ In der Literatur wird diese Unterscheidung kritisiert, namentlich weil die Abgrenzung von Missbrauch und Überschreitung im Einzelfall schwierig und überdies für den betroffenen Dritten oft nicht erkennbar sei.³⁴ Das Bundesgericht hatte in

seiner jüngeren Rechtsprechung offengelassen, ob es daran festhalten will.³⁵

Vorliegend hat das Bundesgericht wiederum auf diese Rechtsprechung zurückgegriffen und den Sonderfall des Vollmachtsmissbrauchs von der blossen Überschreitung der Vertretungsbefugnisse abgegrenzt. Den Vollmachtsmissbrauch definierte es dabei als qualifizierten Tatbestand, bei dem der Vertreter gar nie die Absicht hatte, im Interesse des Kunden tätig zu werden, sondern einzig den durch die Vollmacht vermittelten Anschein nutzte, um in reinem Eigeninteresse deliktisch zum Nachteil des Kunden zu handeln.³⁶ Demzufolge kam es zum im konkreten Fall sicherlich zutreffenden Schluss, dass ein Einschreiten der Bank gegen den delinquenten Vollmachtnehmer jedenfalls nicht erst bei sicherer Kenntnis über den Vollmachtsmissbrauch erforderlich gewesen wäre. Die Vorinstanz, die hiervon ausgegangen war, stützte ihre Ansicht auf eine vormals vom Bundesgericht zitierte Lehrmeinung³⁷, welche aber bereits in einem anderen Entscheid³⁸ als zu restriktiv im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 ZGB qualifiziert wurde.³⁹ Die neuerliche Bezugnahme auf die «Mövenpick I»-Rechtsprechung ist auch insofern interessant, als vorliegend nicht die Vertretung einer Handelsgesellschaft strittig war, in dessen Kontext sie mit Verweis auf den Verkehrsschutz üblicherweise zur Anwendung kommt, sondern eine bürgerliche Vollmacht im Verhältnis zweier Privatpersonen.⁴⁰

²⁹ Art. 32 ff. OR; BGer 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 3.2.4.

³⁰ BGE 143 III 653 E. 4.3.3; BGer 4A_212/2014 vom 9. Oktober 2014, E. 5.1; BGer 4A_91/2016 vom 3. August 2016, E. 2.2.1; vgl. *Hans Caspar von der Crone/Patricia Reichmuth*, Aktuelle Rechtsprechung zum Aktienrecht, SZW 4/2018, 408 f.

³¹ Art. 4 ZGB; BGE 143 III 653 E. 4.3.3; BGer 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 3.2.3; BGer 4A_302/2018 vom 17. Januar 2019, E. 2.3.1.

³² BGE 119 II 23 E. 3c.

³³ BGE 119 II 23 E. 3c; BGer 4A_474/2014 vom 9. Juli 2015, E. 6.2.2.

³⁴ *Christine Chappuis*, Abus du pouvoir de représentation: le fondé de procuration devenu organe, *AJP* 6/1997, 689 ff., 696; *Beat Messerli*, Die Sorgfalt beteiligter Parteien bei missbräuchlicher Ausübung der Vertretungsmacht durch ein Gesellschaftsorgan, *SJZ* 93/1997, 19; *Rolf Bär*, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1993 – Handels- und Immaterialgüterrecht, *ZBJV* 131/1995, 430 ff.; zuletzt *Severin Harisberger/Patrick Schmidt*,

Organschaftliche Vertretung der Aktiengesellschaft, *GesKR* 2/2020, 227.

³⁵ Ausdrücklich offen gelassen in BGE 131 III 511 E. 3.2.2; BGer 4A_91/2016 vom 3. August 2016, E. 2.4.1 f.; sowie BGer 4A_208/2014 vom 9. Oktober 2014, E. 5.2.3; dagegen wieder im Sinne dieser Rechtsprechung BGer 4A_474/2014 vom 9. Juli 2015, E. 6.2.2.

³⁶ BGer 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 3.2.4, mit Verweis auf BGE 119 II 23 E. 3b sowie BGer 4A_313/2010 vom 3. September 2010, E. 3.4.3.2.

³⁷ *Carlo Lombardini*, *Droit bancaire suisse*, 2. Aufl., Zürich 2008, N 146, zitiert in BGer 4A_122/2013 vom 31. Oktober 2013, E. 3.2.2.

³⁸ BGer 4A_474/2014 vom 9. Juli 2015, E. 6.2.2.

³⁹ *Cour de Justice du canton de Genève C/6670/2013* vom 5. Juli 2018, E. 2.1.2.

⁴⁰ Vgl. BGE 131 III 511 E. 5.1.1, wo von der Rechtsprechung in Handelssachen (*matière commerciale*) die Rede ist. Kritisch gegenüber einer solchen Ausdehnung *Jean-Philippe Klein*, *Zürcher Kommentar Obligationenrecht*, Art. 32–40 OR, *Stellvertretung*, 3. Aufl., Zürich 2020, N 55 ff. zu Art. 38.

Das Abstellen auf diese Rechtsprechung ist indessen nicht dahingehend zu verstehen, dass bereits das Bestehen eines Vollmachtmissbrauchs den Sorgfaltsmassstab der Bank erhöht. Das Bundesgericht hat im vorliegenden Entscheid denn auch keinen spezifischen Sorgfaltsmassstab bei Vollmachtmissbrauch genannt, sondern lediglich auf die allgemeine Pflicht des Gerichts verwiesen, die erforderliche Aufmerksamkeit unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände nach objektiven Kriterien zu bestimmen.⁴¹ Es müssen mithin in jedem Fall objektive, für die Bank erkennbare Anhaltspunkte vorliegen, die auf einen Missbrauch hindeuten.⁴² Bestehen keine erkennbaren Missbrauchsindizien, ist ein Eingreifen erst bei ernsthaften Zweifeln an der Vertretungsbefugnis angezeigt.⁴³ Insbesondere besteht keine generelle Erkundungs- oder Nachforschungspflicht.⁴⁴ Sofern die Bank unter Beachtung der geschäftsüblichen Sorgfalt jedoch stichhaltige Indizien erkennen müsste, die unter den konkreten Umständen auf einen Missbrauch schliessen lassen, ist zutreffend eine besondere Sorgfalt zu verlangen.⁴⁵ In diesem Fall darf sie nicht vorbehaltlos auf die schriftliche Vollmacht vertrauen, sondern muss weitere Erkundigungen anstellen und im Zweifel direkt den Kunden kontaktieren. Erhärtet sich der Verdacht oder scheitert die Kontaktaufnahme (bspw. bei banklagernder Korrespondenz), hat sie die Überweisung von einer Bestätigung des Kunden abhängig zu machen. Zusammenfassend hat sich die Bank im Rahmen ihrer Möglichkeiten so zu orga-

nisieren, dass sie objektive Anhaltspunkte für qualifizierte Vollmachtsverletzungen erkennen und adäquat abschätzen kann. Dies gilt unabhängig davon, ob sie mit organschaftlich, handelsrechtlich (Art. 458 ff. OR) oder bürgerlich (Art. 32 ff. OR) bevollmächtigen Vertretern zu tun hat.

3.2.2 Relevante Anhaltspunkte – insbesondere Interessenkonflikte

Da das Innenverhältnis der Vollmacht der Bank in der Regel verborgen bleibt, kommen Indizien, die eine Vollmachtsverletzung nach aussen manifestieren, entscheidende Bedeutung zu. Praktisch relevant sind insbesondere Anhaltspunkte für einen Vollmachtmissbrauch. Nach der bundesgerichtlichen Definition dieses Begriffs sind damit nicht jegliche Ungewöhnlichkeiten, sondern einzig Umstände gemeint, die auf ein absichtliches, deliktisches Handeln des Vertreters zum Nachteil des Kunden schliessen lassen.⁴⁶ Ob solche Hinweise ein Eingreifen erforderlich machen, ist nicht isoliert, sondern unter Einbezug sämtlicher Umstände zu beurteilen.

Typischer Anhaltspunkt für einen Vollmachtmissbrauch ist ein gegen aussen erkennbarer Interessenkonflikt des Vertreters. Dieser kann in der an die Bank gerichteten Anweisung des Vertreters bestehen, das Kundenkonto zu eigenen oder zu Gunsten von ihm nahestehenden Personen zu belasten. Allerdings enthalten Bankvollmachten regelmässig die ausdrückliche Befugnis des Vertreters, Überweisungen auf eigene Konten zu veranlassen. Die Kundin machte vorliegend geltend, die Eigentransaktionen des Vollmachtnehmers seien von vornherein nicht von der Vollmacht gedeckt, da es sich hierbei um unzulässige Insichgeschäfte gehandelt habe. Das Bundesgericht konnte diese Frage offenlassen.⁴⁷ Zu präzisieren ist, dass es sich bei der vom Vertreter gegenüber der Bank erwirkten Belastung des Kundenkontos zu eigenen Gunsten nicht um ein Insichgeschäft (formelles Selbstkontrahieren), sondern um ein Eigengeschäft (materielles Selbstkontrahieren) handelt, da zwischen dem Vertreter und der Bank als Drittpartei keine Per-

⁴¹ BGer 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 3.2.3.

⁴² So ausdrücklich BGer 4A_208/2014 vom 9. Oktober 2014, E. 5.2.3 mit Verweis auf BGE 119 II 23 E. 3; BGer 4A_540/2019 vom 15. Juni 2020, E. 3.1; BGer 4A_313/2010 vom 3. September 2010, E. 3.4.3.2.

⁴³ Vgl. BGE 119 II 23 E. 3c; BGE 131 III 511 E. 3.2.2; BGer 4A_212/2014 vom 9. Oktober 2014, E. 5.2.4.

⁴⁴ BGer 4A_536/2008 vom 10. Februar 2009, E. 5.3; zustimmend ZK OR-Klein (Fn. 40), N 55 zu Art. 38. In Fällen betreffend gefälschte Unterschriften wird zudem in der Regel festgehalten, dass die Bank nicht verpflichtet ist, ausserordentliche Massnahmen zu treffen, die eine rasche Geschäftsabwicklung verhindern (vgl. BGer 4A_540/2019 vom 15. Juni 2020, E. 3; BGer 4A_81/2018 vom 29. Mai 2018, E. 3).

⁴⁵ Vgl. HGer Zürich HG160258 vom 8. Mai 2019, E. 2.1, wonach sich eine weitergehende Kontrolle bei einer Häufung ungewöhnlicher Umstände aufdränge; sowie HGer Zürich HG140207 vom 13. August 2015, E. 3.2.1.3.2.2, wonach für eine Erkundigungspflicht deutliche Anhaltspunkte erforderlich sind.

⁴⁶ BGer 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 3.2.4; vgl. HGer Zürich HG140207 vom 13. August 2015, E.3.2.1.3.2.2.

⁴⁷ BGer 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 3.3.

sonenidentität besteht.⁴⁸ Aufgrund der vergleichbaren Interessenkonfliktsituation und zur Verhinderung von Umgehungsgeschäften wird teilweise vertreten, das grundsätzliche Verbot von Insichgeschäften sei auch auf Eigengeschäfte anzuwenden.⁴⁹ Die Gegenmeinung geht davon aus, dass die Verbindlichkeit von Eigengeschäften im Sinne von Rechtsklarheit und Verkehrssicherheit ausschliesslich nach den Regeln des Vollmachtsmissbrauchs zu beurteilen ist.⁵⁰

Das Beispiel der Bankvollmacht zeigt, dass letztere Ansicht überzeugt. Mit der ausdrücklichen Integration der Eigengeschäftsbefugnis in die schriftliche Vollmacht hat die Kundin gegenüber der Bank zum Ausdruck gebracht, dass sie Eigengeschäfte des Vollmachtnehmers grundsätzlich akzeptiert. Es wäre unbillig, wenn sie sich später darauf berufen könnte, die auf Grundlage dieser Kundgabe ergangenen Weisungen seien von vornherein ungültig. Es muss hier im Sinne eines angemessenen Interessenausgleichs vielmehr der Kundin obliegen, gestützt auf die Grundsätze des Vollmachtsmissbrauchs darzulegen, warum die Bank im konkreten Fall nicht gutgläubig auf die kundgegebene Vollmacht vertrauen durfte. Die Statuierung einer grundsätzlichen Unzulässigkeit solcher Vollmacht Klauseln ist aus Verkehrsschutzüberlegungen abzulehnen.⁵¹

Eine generelle Pflicht zur Einholung einer Genehmigung des Kunden bei von schriftlichen Vollmachten gedeckten Eigentransaktionen besteht nach dem Massstab von Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht. Dies ist

zweckmässig, da die Abwicklung des Zahlungsverkehrs ein Massengeschäft darstellt, das mit angemessenem Aufwand bewältigt werden können muss. Gleichwohl wird die Bank bei Eigentransaktionen in erhöhtem Masse achtsam sein müssen, da in Kombination mit weiteren Anhaltspunkten der Verdacht eines Vollmachtsmissbrauchs bestehen kann. Verdachtsmomente können sich namentlich aus der Art des Geschäfts ergeben, bspw. aufgrund der Höhe des Betrags, nicht stringenten Zahlungsbegründungen, einer ungewöhnlich schnellen Abfolge von Überweisungsaufträgen, der Überweisung in ein für die Kundenbeziehung suspektes Land oder der sukzessiven Leerung des Kundenkontos.⁵² Ein besonderes Augenmerk legte das Bundesgericht im vorliegenden Fall darauf, dass die Bank der Kundin dem Vollmachtnehmer Hypotheken gewährt hatte. Im resultierenden Interesse der Bank an der Zahlungsfähigkeit des Vollmachtnehmers erblickte es einen Interessenkonflikt.⁵³ Anhaltspunkte können sich somit auch aus der Person des Vertreters und dessen Beziehung zur Bank ergeben. Ist der Vertreter ein gewerbmässiger Vermögensverwalter, darf die Bank den Weisungen generell ein grösseres Vertrauen entgegenbringen, wobei auch allfällige mit den von ihm veranlassten Transaktionen verbundene Eigeninteressen nicht schlechthin als Missbrauchsindizien zu werten sind, sofern die Zahlungen weder in ihrer Art noch in ihrer Frequenz verdächtig sind.⁵⁴ Schliesslich kann ein Mangel an Aufmerksamkeit auch im Unterlassen von geschäftsübli-

⁴⁸ Zur Terminologie siehe *Damian A. Fischer*, Interessenskonflikte im Schweizer Privat- und Wirtschaftsrecht, Zürich St. Gallen 2019, 313 ff. m.w.H.

⁴⁹ BGer 4C_327/2005 vom 24. November 2006, E. 3.2; grundsätzlich in diesem Sinne aber im Ergebnis differenziert BGE 126 III 361 E. 3; *Rolf Watter*, in: Heinrich Honzell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2019, N 19 zu Art. 33; *Peter Jung*, in: Peter Jung/Peter V. Kunz/Harald Bärtschi, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Zürich 2018, 260 m.w.H.

⁵⁰ BGer 4C_402/1998 vom 14. Dezember 1999, E. 1, BGE 111 II 284 E. 3; *Fischer* (Fn. 48), 318 ff.; *Rolf Sethe*, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, SZW 4/2018, 383 f.

⁵¹ Nach diesem Lösungsansatz erübrigt sich die Frage, ob im Bankgeschäft besondere Umstände bestehen, die eine ausnahmsweise Zulässigkeit gemäss der Rechtsprechung zu Insichgeschäften begründen würden (in diese Richtung gehend die Vorinstanz: *Cour de Justice du canton de Genève C/6670/2013* vom 5. Juli 2018, E. 2.1.2, mit Verweis auf *Guggenheim/Guggenheim* [Fn. 28], N 1597 f.).

⁵² Vgl. die Analyse der Rechtsprechung mit entsprechenden Verweisen bei *Reichart* (Fn. 21), 397 f.

⁵³ BGer 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 3.4.2; anders die Einschätzung der Vorinstanz, welche einen Interessenkonflikt verneinte, da nicht nachgewiesen worden sei, dass der Vollmachtnehmer die veruntreuten Beträge zur Rückzahlung der Hypotheken oder für die Tilgung der Rückzahlung der Hypotheken und für die Tilgung der Zinsen verwendet hätte (*Cour de Justice du canton de Genève C/6670/2013* vom 5. Juli 2018, E. 2.2.3).

⁵⁴ Vgl. *Rolf Watter*, Über die Pflichten der Bank bei externer Vermögensverwaltung – Standortbestimmung nach dem BGE vom 29. Oktober 1997 (SJ 1998, 198 ff. = Pra. 1998 Nr. 89), AJP 10/1998, 1175, 1177, der die Beispiele des *Churning* sowie der Investitionen in Fonds im Eigenvertrieb als risikobehaftet nennt, indessen in diesen Fällen eine direkte Information des Kunden (unter Berücksichtigung der Problematik der Banklagerndvereinbarung) im Lichte von Art. 3 Abs. 2 ZGB als ausreichend erachtet, soweit sich die Erkennbarkeit der Interessenwidrigkeit nicht aus dem einzelnen Geschäft, sondern einer Häufung von Geschäften ergibt.

chen Abklärungen bestehen, deren ordnungsgemässe Vornahme die Entdeckung von Missbrauchsindizien bewirkt hätte.⁵⁵

3.2.3 Rechtsscheinhaftung bei freiwilligem Überlassen von Legitimationsmitteln

Von den 14 strittigen Transaktionen im vorliegenden Fall als einzige nicht beanstandet wurde diejenige, die der Vollmachtnehmer über das E-Banking der Kundin veranlasst hatte. Die Zugangsdaten hatte sie diesem freiwillig überlassen. Das Bundesgericht lastete der Bank diesbezüglich kein Versäumnis an, da sie das Handeln des Vollmachtnehmers gar nicht habe erkennen können.⁵⁶ Dieser zutreffende Schluss ist in rechtlicher Hinsicht erwähnenswert, da es sich genau betrachtet nicht um einen Irrtum der Bank über die Vertretungsbefugnis des Vollmachtnehmers, sondern über die Identität des Auftraggebers handelte. Die Bank ging von einer unmittelbaren Weisung der Kundin aus, die gar nicht bestand. Abweichend von der gesetzlichen Grundregel wirkte diese Zahlung für die Bank dennoch befreiend. Einschlägig ist hier der Sonderfall der Rechtsscheinhaftung: Nur mittels des E-Banking-Zugriffs konnte der Vollmachtnehmer für die Bank unerkennbar einen Auftrag der Kundin vortäuschen. Dieser objektiv beachtliche Rechtsschein wurde von der Kundin selbst geschaffen, indem sie die erforderlichen Legitimationsmittel freiwillig dem Vollmachtnehmer überliess. Da keine Indizien bestanden, aufgrund derer die Bank hätte erkennen müssen, dass die Überweisung tatsächlich vom Vollmachtnehmer veranlasst wurde, konnte sie gutgläubig auf den der Kundin zurechenbaren Rechtsschein vertrauen. Der für die Gutgläubigkeit massgebliche Sorgfaltsmassstab beurteilt sich auch hier nach Art. 3 Abs. 2 ZGB.⁵⁷

3.3 Nachträgliche Genehmigung

Im vorliegenden Fall nicht vorgebracht und von den Gerichten folglich auch nicht thematisiert wurde der regelmässig relevante Einwand, der Kunde habe die

strittigen Transaktionen nachträglich abgesehnet.⁵⁸ Ein vom Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommenes Rechtsgeschäft wird für den Kunden verbindlich, wenn er es gegenüber der Bank nachträglich genehmigt (Art. 38 Abs. 1 OR). Die Genehmigung ist an keine bestimmte Form gebunden und kann auch konkludent erfolgen. Stillschweigen bedeutet aber nur dann Genehmigung, wenn ein Widerspruch möglich und zumutbar war und die Bank in guten Treuen davon ausgehen konnte, der Kunde werde bei fehlendem Einverständnis widersprechen.⁵⁹ Für die Genehmigung erforderlich ist zudem, dass der Kunde Kenntnis vom fraglichen Geschäft erlangt oder hätte erlangen müssen.⁶⁰ Eine konkludente Genehmigung liegt etwa vor, wenn der Kunde nach vollständiger und korrekter Kenntnisnahme über eine vom Vertreter veranlasste Transaktion grundlos längere Zeit zuwartet, bevor er deren Unverbindlichkeit bei der Bank moniert.⁶¹

Da der Nachweis der tatsächlichen Kenntnis nur in Ausnahmefällen möglich ist, enthalten die AGB der Bank üblicherweise eine Genehmigungsklausel.⁶² Nach dieser zulässigen Abrede gilt rein passives Verhalten des Kunden auf den vertragsgemäss zugestellten Kontoauszug nach Ablauf einer bestimmten Frist als Genehmigung der darin enthaltenen Transaktionen (Genehmigungsfiktion).⁶³ Sofern zwischen Bank und Kunde banklagernde Korrespondenz vereinbart wurde, prüft das Bundesgericht nach konstanter

⁵⁸ Vgl. dazu jüngst BGer 4A_616/2019 vom 17. April 2020, E. 3.2, wo eine Haftung der Bank verneint wurde, da ein Mitglied des Stiftungsrats der klagenden liechtensteinischen Familienstiftung die Belege gegengezeichnet hatte, aus denen die strittigen Überweisungen ersichtlich waren.

⁵⁹ BGE 124 III 355 E. 5a; BGer 4C_293/2006 vom 17. November 2006, E. 3.2; HGer Zürich HG160258-O vom 8. Mai 2019, E. 4.2; BSK OR I-Watter (Fn. 49), N 6 zu Art. 38.

⁶⁰ BGer 9C_495/2015 vom 17. Juni 2016, E. 5.2.4; BSK OR I-Watter (Fn. 49), N 6 zu Art. 38.

⁶¹ Vgl. HGer Zürich HG160258-O vom 8. Mai 2019, E. 4.3, wo ein Zuwarten des Verwaltungsrats der Kundin von über 9 Monaten seit vollumfänglicher Kenntnis über die Transaktion als Genehmigung qualifiziert wurde (bestätigt in BGer 4A_289/2019 vom 14. Oktober 2019, E. 4).

⁶² Im hier besprochenen Entscheid wird keine Genehmigungsklausel erwähnt. Die Nichtberufung der Bank auf die Einrede der nachträglichen Genehmigung kann darauf hindeuten, dass vorliegend keine solche bestand.

⁶³ BGE 127 III 147 E. 2d; BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 5.2; Eric Sibbern/Hans Caspar von der Crone, Genehmigungsfiktion und Nebenpflichten der Bankkunden, SZW 1/2006, 73 f.

⁵⁵ Björn Bernhard, Bankvollmacht und Sorgfaltspflicht der Bank, Private 5/2007, 62 f.; mit Verweis auf BGer 4C_380/2004 vom 31. Mai 2005, E. 3.

⁵⁶ BGer 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 3.4.1.

⁵⁷ Vgl. zum Ganzen HGer ZH HG130087-O vom 29. Januar 2015, E. 5.1; BGer 4C.28/2008 vom 15. Dezember 2003, E. 3.2.1; Bracher (Fn. 24), 157 f.

Rechtsprechung unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB), ob die Genehmigungsfiktion im Einzelfall zur Anwendung kommt.⁶⁴ Demnach kann sich die Bank namentlich nicht auf die Genehmigungsfiktion berufen, wenn sie diese zur absichtlichen Schädigung des Kunden benutzt oder sie nach den Umständen wusste oder wissen musste, dass dem Kunden der Genehmigungswille fehlt.⁶⁵ Als mit einer absichtlichen Schädigung vergleichbar wurde eine erhebliche bzw. grobe Nachlässigkeit der Bank bei der Kundenverifizierung vor einer Überweisung qualifiziert.⁶⁶ Soweit banklagernde Korrespondenz verabredet wurde, fällt die Anwendung der Genehmigungsfiktion bei Vollmachtsverhältnissen somit ausser Betracht, wenn die Berufung auf den guten Glauben in die mitgeteilte Vollmacht an einer groben Aufmerksamkeitswidrigkeit der Bank gescheitert ist.

In einem jüngst ergangenen Entscheid⁶⁷ hat das Bundesgericht nunmehr ausgeführt, dass seine Praxis zur Nichtberücksichtigung der Genehmigungsfiktion, die für den Sonderfall der banklagernden Korrespondenz begründet wurde, im Normalfall der ordentlichen Zustellung der Kontoauszüge an den Kunden oder seinen Vertreter nicht zur Anwendung kommt, sofern die Unregelmässigkeiten aus den zugesandten Dokumenten ersichtlich sind.⁶⁸ Folglich greift die Genehmigungsfiktion nach vertragsgemässer Zustellung der Kontoauszüge selbst dann, wenn die Bank in Bezug auf die Ausführung der vorangegangenen Transaktion grobfahrlässig gehandelt hatte.⁶⁹ Die unterlassene Prüfung der zugestellten Unter-

lagen stellt hierbei gemäss Bundesgericht ein dem Kunden nach Treu und Glauben anzulastendes Verschulden dar, das den Kausalzusammenhang zwischen dem groben Verschulden der Bank und dem eingetretenen Schaden unterbricht.⁷⁰ Das Bundesgericht betont, dass die Zustellung des Kontoauszugs nicht nur der Information des Kunden dient, sondern auch der rechtzeitigen Erkennung und Korrektur von Fehlbuchungen zu einem Zeitpunkt, in dem finanzielle Schäden noch abwendbar sind.⁷¹ Schliesslich gilt bereits die Zustellung an den Vertreter als für die Genehmigungsfiktion fristauslösend.⁷² Im Sonderfall des erkennbaren Vollmachtsmissbrauchs ist immerhin einzuwenden, dass die blosser Zustellung an den Vertreter eine Genehmigung insofern als rechtsmissbräuchlich ausschliessen sollte, als die Bank bei sorgfältigem Vorgehen den Missbrauch und damit auch die Untauglichkeit der Zustellung an den Vertreter zum Zwecke der Genehmigung erkennen müsste.

4. Schadenabwälzung mittels Risikotransferklausel

Die Vertragsdokumente der Bank enthalten üblicherweise eine Risikotransferklausel, die eine Abwälzung der durch Legitimationsmängel verursachten Schäden auf den Kunden bezwecken. Es handelt sich dabei nicht um Freizeichnungsklauseln, sondern um Schadenabwälzungs- bzw. besondere Schadloshaltungsklauseln.⁷³ Die Zulässigkeit dieses vertraglichen Risikotransfers wurde vom Bundesgericht in zweierlei Hinsicht beschränkt: Erstens ist die Freizeichnungsgrenze i.S.v. Art. 100 Abs. 1 OR analog auf solche Klauseln anwendbar, wodurch eine Schadensabwälzung bei Absicht oder grober Fahrlässigkeit ausge-

⁶⁴ BGer 4A_118/2019 vom 9. August 2019, E. 3.2.2; BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 5.2; vgl. *Alexander Wherlock/Hans Caspar von der Crone*, Anwendbarkeit von Genehmigungsklauseln hinsichtlich unautorisierter Börsengeschäfte, SZW 1/2016, 102 ff.

⁶⁵ BGer 4C_175/2006 vom 4. August 2006, E. 2.1; BGer 4C_81/2002 vom 1. Juli 2002, E. 4.3; *Susan Emmenegger/Luc Thévenoz/Thürza Döbeli/Leandro Lepori*, Das schweizerische Bankprivatrecht 2016, SZW 2/2017, 222; *Wherlock/von der Crone* (Fn. 64), 103. Abweichend BGer 4C_115/2001 vom 6. Juli 2001, E. 3, wo die Kenntnis der Bank über das Fehlen der Vollmacht als unerheblich qualifiziert wurde.

⁶⁶ BGer 4C_81/2002 vom 1. Juli 2002, E. 4.3.

⁶⁷ BGer 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020.

⁶⁸ BGer 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020, E. 5.4.5.

⁶⁹ BGer 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020, E. 5.2.2; ähnlich bereits BGer 4C_175/2006 vom 4. August 2006, E. 2.2 f., wonach die Bösgläubigkeit der Bank bezüglich der Vertretungsmacht eines Gesellschaftsorgans bei der Kontoeröff-

nung die Möglichkeit einer Genehmigungsfiktion für spätere Kontoauszüge nicht ausschliesst.

⁷⁰ BGer 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020, E. 5.2.2.

⁷¹ BGer 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020, E. 5.2.1; vgl. *Luc Thévenoz*, Les conditions générales des banques: réflexions sur un législateur innommé, in: Peter Gauch/Franz Werro/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genf 2008, 457 ff., 460.

⁷² BGer 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020, E. 5.2.2, mit Verweis auf Art. 101 OR.

⁷³ *Markus Vischer*, Schadensabwälzungsklauseln, dRSK vom 8. September 2017, N 22 m.w.H.; vgl. BGer 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017, E. 3.3.1.

geschlossen ist.⁷⁴ Zweitens wurden Banken zu obrigkeitlich konzessionierten Gewerben erklärt, wodurch die Schadensabwälzung auch bei leichtem Verschulden nach gerichtlichem Ermessen als nichtig qualifiziert werden kann (Art. 100 Abs. 2 OR).⁷⁵ Diese Gefahr der Nichtigkeit besteht jedoch gestützt auf Art. 101 Abs. 3 OR nicht, wenn das leichte Verschulden einer Hilfsperson der Bank zuzurechnen ist.⁷⁶ Ferner wird in der Literatur vertreten, dass in vorformulierten Verträgen mit Konsumenten enthaltene Risikotransferklauseln auch im Hinblick auf Art. 8 UWG unzulässig seien, soweit sie den Kunden ohne dessen Verschulden zur Schadenstragung verpflichten.⁷⁷ Unter diesen Rahmenbedingungen haben die meisten Banken ihre AGB mittlerweile dahingehend angepasst, dass sie von sich aus für das erhöhte Mass der geschäftsüblichen Sorgfalt einstehen.⁷⁸

Vorliegend bestand, etwas überraschend, keine Risikotransferklausel. Ob eine solche unter den konkreten Umständen zur Anwendung gekommen wäre, ist ohnehin fraglich. Zunächst hätte eingewendet

werden können, die Bank habe grobfahrlässig gehandelt. Grobfahrlässigkeit ist bei Verstössen gegen elementare Sorgfaltspflichten gegeben. In den anschaulichen Worten des Bundesgerichts: Verdachtsmomente, die jedem sorgfältigen Bankier hätten auffallen müssen, darf die Bank nicht übergehen.⁷⁹ Sodann hätte das Gericht selbst bei leichtem Verschulden die Unverbindlichkeit der Klausel feststellen können. Dabei ist das Schutzbedürfnis des Kunden vor vorformulierten Vertragsklauseln gegen das Interesse der Bank am Schutz vor nur schwer abwendbaren Risiken abzuwägen.⁸⁰ Bei Vollmachtsverhältnissen ist derweil zu beachten, dass der Kunde selbst über den Beizug eines Vertreters entscheidet. Das Handeln des vom Kunden gewählten Vertreters ist der Risikosphäre des Kunden zuzuordnen, da sich die Beziehung zwischen Kunde und Vertreter typischerweise ausserhalb des Einflussbereichs der Bank befindet. Die Bank hat folglich ein legitimes und regelmässig überwiegendes Interesse daran, sich vor den für sie nur schwer vermeidbaren Schäden zu schützen, die der Vertreter verursacht.

5. Schadenersatzanspruch der Bank gegen den Kunden

5.1 Anspruchsgrundlage

Im besprochenen Fall hat das Bundesgericht erstmals in einem zur Publikation vorgesehenen Entscheid seine jüngere Rechtsprechung fixiert, wonach die Bank dem Erfüllungsanspruch des Kunden bei Legitimationsmängeln einen eigenen Anspruch auf Schadenersatz entgegenhalten kann, sofern der Kunde schuldhaft zur Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens beigetragen hat.⁸¹ Dogmatisch überzeugend basiert dieser Anspruch auf der Doppelzahlung, welche die Bank zur Befriedigung des Erfül-

⁷⁴ BGE 132 III 449 E. 2; BGE 112 II 450 E. 3; BGer 4A_9/2020 vom 9. Juli 2020, E. 6.1; BGer 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017, E. 3.3.1; BGer 4A_54/2009 vom 20. April 2009, E. 1; vgl. Emmenegger/Thévenoz/Döbeli/Lepori (Fn. 65), 221 f. Dies obwohl nicht eine Haftungsfreizeichnung aufgrund Schlechterfüllung zur Diskussion steht, sondern eine Schadensabwälzung.

⁷⁵ BGE 112 II 450 E. 3; BGer 4A_54/2009 vom 20. April 2009, E. 1. Dies obwohl Banken eigentlich keine Konzession, sondern eine Polizeibewilligung (in Form der Bankbewilligung) verfügen; vgl. Reichart (Fn. 21), 395.

⁷⁶ BGE 132 III 449 E. 2; BGer 4A/54/2009 vom 20. April 2009, E. 1.

⁷⁷ Arnold F. Rusch, Schadensabwälzungsklauseln in der Inhaltskontrolle, SZW 5/2012, 442 ff.; Thomas Koller, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Das Bankkonto, SBT 2013, Basel 2013, 53 ff. Klärende Rechtsprechung besteht zu dieser Frage bis anhin nicht. Häufig dürfte bereits umstritten sein, ob überhaupt ein Konsumentenvertrag gegeben ist; vgl. HGer Zürich HG150071-O vom 25. November 2016, E. 2.3, wo die Anwendbarkeit von Art. 8 UWG abgelehnt wurde, da der Kunde kein Konsument war.

⁷⁸ Siehe etwa Art. 1 der AGB der Credit Suisse AG (Version 12.19): «Die Bank ist verpflichtet, die Legitimation des Kunden und der Bevollmächtigten mit der geschäftsüblichen Sorgfalt zu prüfen. Wird diese Pflicht durch die Bank, ihre Mitarbeiter oder Hilfspersonen verletzt, so trägt die Bank einen dadurch entstandenen Schaden. Liegt keine Pflichtverletzung vor, so trägt der Kunde den infolge von Legitimationsmängeln entstandenen Schaden.» Eingehend zu dieser Thematik Reichart (Fn. 21), 395 ff.

⁷⁹ BGE 121 III 69 E. 3c; BGer 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017, E. 3.3.2; Grobfahrlässigkeit geprüft und verneint im Rahmen eines E-Mail-Betrugs in BGer 4A_9/2020 vom 9. Juli 2020, E. 6; vgl. Rolf H. Weber/Susan Emmenegger, Berner Kommentar, Art. 97–109. Allgemeine Bestimmungen. Die Folgen der Nichterfüllung, 2. Aufl., Bern 2020, N 95 zu Art. 100.

⁸⁰ BGE 132 III 449 E. 2; BGer 4A_54/2009 vom 20. April 2009, E. 1.

⁸¹ BGer 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 5.1; BGer 4A_337/2019 vom 18. Dezember 2019, E. 2.1, 2.3; BGer 4A_119/2018 vom 7. Januar 2019, E. 5.2; HGer Zürich HG150071-O vom 25. November 2016, E. 4.1.

lungsanspruchs des Kunden bei Legitimationsmängeln leisten muss.⁸² Aufgrund der Doppelzahlungspflicht entsteht der Bank ein aus dem Vertragsverhältnis mit dem Kunden resultierender Schaden, den dieser gemäss Art. 97 Abs. 1 OR insoweit zu tragen hat, als er ihn durch eine Vertragsverletzung schuldhaft verursacht.⁸³ Nach den allgemeinen vertragsrechtlichen Regeln hat die Bank die Vertragsverletzung, den Schaden und den Kausalzusammenhang nachzuweisen. Das Verschulden des Kunden wird sodann vermutet. Besteht am Schaden ein Selbst- oder Mitverschulden der Bank ist ihr Ersatzanspruch wiederum nach gerichtlichem Ermessen zu reduzieren (Art. 44 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR). Dabei ist zu beachten, wie das Bundesgericht jüngst in einem zur Publikation vorgesehenen Entscheid⁸⁴ festgehalten hat, dass ein erhebliches Eigenverschulden der Bank zu einer haftungsausschliessenden Unterbrechung des Kausalzusammenhangs zwischen der Vertragsverletzung des Kunden und dem eingetretenen Schaden führen kann.⁸⁵

5.2 Sorgfaltspflichten des Kunden

Aufgrund der aufgezeigten Entwicklungen haben die meisten Banken Sorgfaltspflichten des Kunden in ihre Geschäftsbedingungen integriert. Typischerweise wird der Kunde angehalten, alle Vorsichtsmassnahmen zu ergreifen, die das Risiko von Betrügereien vermindern.⁸⁶ In Bezug auf Vollmachtsverhältnisse wird regelmässig festgehalten, dass der Kunde die

Bank über Einschränkungen der Handlungsfähigkeit seines Vertreters informieren muss.⁸⁷ Grosse Bedeutung kommt zudem den erwähnten Genehmigungsklauseln zu, welche den Kunden dazu verpflichten, die ihm zugestellten Kontoauszüge zu prüfen und Unregelmässigkeiten innert einer bestimmten, in der Regel kurzen Frist zu beanstanden, ansonsten diese als genehmigt gelten.

Im Fall eines Kunden, der einen externen Vermögensverwalter eingesetzt und banklagernde Zustellung vereinbart hatte, hielt das Bundesgericht darüber hinaus fest, dass bereits nach Treu und Glauben und somit ohne ausdrückliche vertragliche Grundlage eine allgemeine Pflicht (*obligation de diligence*) des Kunden besteht, banklagernde Dokumente regelmässig einzusehen und allfällige Unregelmässigkeiten innert angemessener Frist zu beanstanden.⁸⁸ Dem ist zuzustimmen: Indem der Kunde aus Diskretionsgründen die banklagernde Zustellung verlangt, schafft er selbst ein erhöhtes Risiko unerkannter Falschüberweisungen.⁸⁹ Dieses Gefahrenpotential ist seiner Risikosphäre zuzuweisen, wodurch nach Treu und Glauben eine Pflicht zur angemessenen Risikoüberwachung begründet wird, um der Bank die ordnungsgemässe Vertragserfüllung zur ermöglichen. Analog gilt bei Vollmachtsverhältnissen, dass erst mit dem vom Kunden gewünschten Dazwischenschalten eines Vertreters das Risiko einer Vollmachtsverletzung entsteht. Entsprechend hat das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid zutreffend festgehalten, dass der Kunde in vertragswidriger Weise zur Verschlimmerung des Schadens beiträgt, wenn er seine Kontoauszüge nicht regelmässig überprüft und seinen Vertreter entsprechend nicht angemessen überwacht.⁹⁰ Eine Sorgfaltspflichtenverletzung in Form einer Schadensverschlimmerung besteht somit insbesondere in den Fällen, in denen der Kunde über Jahre auf Zusicherungen des Vertreters vertraut, ohne seine Kontoauszüge jemals einzusehen.

⁸² Grundlegend *Jean-Marc Schaller*, Legitimationsmängel, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Bankvertragsrecht*, Basel 2017, 46 ff.; vgl. *Reichart* (Fn. 21), 399 f.; zum Erfüllungsanspruch siehe vorne Ziff. III.2.1.

⁸³ Vgl. *Schaller* (Fn. 82), 47 m.w.H. und der zutreffenden Anmerkung (47 Fn. 12), dass der Schaden genau betrachtet mit der ersten, auftragslosen Zahlung an einen Nichtgläubiger entsteht.

⁸⁴ BGer 4A_178/2019 vom 6. August 2020.

⁸⁵ BGer 4A_178/2019 vom 6. August 2020, E. 6.3.1, wonach ein Eigenverschulden der Bank den Kunden dann von der Haftung befreit, wenn dieses so schwerwiegend ist, dass es die zum Schaden beitragende Vertragsverletzung des Kunden als entfernt und rechtlich unbedeutend (*lointaine et juridiquement sans importance*) erscheinen lässt. Schadenersatzanspruch der Bank im einschlägigen Fall aufgrund einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs verneint (BGer 4A_178/2019 vom 6. August 2020, E. 6.4).

⁸⁶ Siehe bspw. Ziff. 6 der AGB der UBS Switzerland AG (Ausgabe Januar 2018); vgl. *Reichart* (Fn. 21), 400, mit Beispielen für unsorgfältiges Handeln des Kunden.

⁸⁷ Vgl. Ziff. 2 der AGB der Zürcher Kantonalbank (Ausgabe Januar 2018).

⁸⁸ BGer 4A_199/2018 vom 7. Januar 2019, E. 6.2; vgl. *Reichart* (Fn. 21), 400, der gestützt auf diese Rechtsprechung schliesst, dass der Kunde auch bei Verwendung seines E-Banking einer Kontokontrollpflicht unterliegt.

⁸⁹ Vgl. BGer 4A_199/2018 vom 7. Januar 2019, E. 6.1.

⁹⁰ BGer 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 5.1, mit Verweis auf BGer 4A_119/2018 vom 7. Januar 2019, E. 5.2 und E. 6.

In einem weiteren aktuellen Entscheid⁹¹ hat das Bundesgericht präzisiert, welche Nachweise die Bank zur Geltendmachung einer haftungsauslösenden Schadensverschlimmerung aufgrund unterlassener Kontoprüfung erbringen muss. Sie hat erstens nachzuweisen, dass die Dokumente, aus denen die beanstandeten Transaktionen ersichtlich sind, dem Kunden ordnungsgemäss zugestellt bzw. vertragsgemäss ins Bankfach gelegt wurden. Zweitens müssen die Zahlungen auf diesen Dokumenten auf eine Art und Weise dargestellt sein, die dem Kunden die Kenntnisnahme tatsächlich ermöglicht.⁹² Aufgrund der aus Bankensicht zuweilen strengen Praxis zur Genehmigungsfiktion und der Zulässigkeit von Schadenabwältungsklauseln dürfte dem Schadenersatzanspruch der Bank bei Legitimationsmängeln vor allem bei Kundenbeziehungen mit Banklagerndabrede eine wichtige Rolle zukommen. Für die beweispflichtige Bank wird entscheidend sein, dass sie die Beweise für die Vertragsverletzung des Kunden schon von Beginn an ins Verfahren einbringt.⁹³

IV. Schlussbemerkungen

Mit dem vorliegenden Entscheid hat das Bundesgericht präzisiert, wie bei der Anspruchsprüfung im Rahmen von Legitimationsmängeln bei Vollmachtsverhältnissen vorzugehen ist. Zu begrüssen ist, dass es dabei die Möglichkeit eines Schadenersatzanspruchs der Bank bekräftigt hat. Dies stärkt das legitime Interesse der Bank, sich vor fahrlässigem Verhalten ihrer Kunden schützen zu können, sofern ihr der Nachweis entsprechender Versäumnisse gelingt. Berechtigt ist die Statuierung von Sorgfaltspflichten des Kunden namentlich dann, wenn dieser die Bankbeziehung aus eigenen Interessen auf eine Art und Weise gestaltet, die ein erhöhtes Risiko von Legitimationsmängeln mit sich bringt. Die Vereinbarung der banklagernden Korrespondenz aus Diskretionsgründen und das Dazwischenschalten eines Vertreters sind typische Beispiele. Im Schadenersatzanspruch

der Bank kann auch ein gewisses Korrektiv für den Ausschluss der Minderungsrede (Art. 44 Abs. 1 OR) gegen den Erfüllungsanspruch des Kunden gesehen werden, der in Kombination mit der dogmatisch unsauberen Ausdehnung der Freizeichnungsschranken nach Art. 100 f. OR auf Schadensabwältungsklauseln teilweise dazu führte, dass sorgloses Kundenverhalten nur unzureichend berücksichtigt werden konnte. Im Ergebnis kommt insbesondere der Obliegenheit des Kunden, seine Kontoauszüge innert angemessener Frist auf Unregelmässigkeiten zu prüfen, zunehmende Bedeutung zu. In diese Richtung geht auch die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Genehmigungsfiktion, wonach die vertraglich vereinbarte Genehmigung nach der ordnungsgemässen Zustellung des Kontoauszugs selbst dann zur Anwendung kommt, wenn die Bank in Bezug auf die vorangegangene Fehlbuchung grobfahrlässig gehandelt hatte.

Der Entscheid zeigt schliesslich einmal mehr, dass die Festsetzung der richtigen Risikoallokation zwischen Bank und Kunde bei Legitimationsmängeln ein anspruchsvolles Unterfangen ist. Die Anforderungen, welche das Bundesgericht im vorliegenden Fall an die Sorgfaltspflichten der Bank gestellt hat, sind sicherlich erheblich. Allerdings sind solche Erwägungen stets im Kontext des konkreten Falls zu sehen. Vorliegend dürfte die kontinuierliche Häufung von Anhaltspunkten für ein Fehlverhalten des Vollmachtnehmers schliesslich ausschlaggebend gewesen sein, dass der gute Glaube der Bank verneint wurde. Zudem insinuierte bereits die sich dem Bundesgericht präsentierende Ausgangslage ein gewisses Veto, da die kantonalen Gerichte die Schwelle für das Eingreifen der Bank doch sehr hoch angesetzt hatten. Wo die Grenze zwischen Eigenverantwortung des Kunden und Schutzpflichten der Bank zu ziehen ist, kann letztlich nur im Einzelfall entschieden werden. Dabei hat sich das Gericht an gegen aussen erkennbaren und von den Parteien nachgewiesenen Anhaltspunkten zu orientieren.

⁹¹ BGer 4A_337/2019 vom 18. Dezember 2019.

⁹² BGer 4A_337/2019 vom 18. Dezember 2019, E. 3.1.

⁹³ Im hier besprochenen Fall verneinte das Bundesgericht einen Schadenersatzanspruch der Bank, da dieser nicht hinreichend nachgewiesen wurde (BGer 4A_504/2018 vom 10. Dezember 2019, E. 5.2).