

Genehmigungsfiktion und Nebenpflichten der Bankkunden

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.194/2005 vom 28. September 2005 i.S. Bank X. (Beklagte und Berufungsklägerin) gegen A. (Kläger und Berufungsbeklagter)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Eric Sibbern und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich¹

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt

II. Erwägungen des Bundesgerichts

III. Bemerkungen

A. Ausgangslage

1. Anlageberatungsvertrag
2. Transaktionen ohne Zustimmung des Kunden

B. Genehmigungsfiktion

1. Vereinbarkeit mit dem positiven Recht
2. Ausnahmetatbestände
3. Positives Wissen der Bank um die Nichtgenehmigung
4. Annahmefiktion bezüglich eigenmächtiger Transaktionen

C. Nebenpflichten der Bankkunden

IV. Fazit

I. Sachverhalt

A. (Kläger) unterhielt mit der Bank X. (Beklagte) seit dem 12. Juli 1995 eine Konto/Depot-Verbindung. Dem Kläger wurde für seinen Bedarf an Wertschriftenhandel der Kundenberater B. der Beklagten empfohlen. In der Folge begann der Kläger intensiv mit Wertschriften zu handeln. In der Regel erfolgten die Transaktionen nach telefonischer Erteilung eines Auftrags seitens des Klägers an B., wofür jeweils ein konkreter Vorschlag des Kundenberaters ausschlaggebend war. Über die getätigten Geschäfte erhielt der Kläger jeweils einen Beleg, weiter wurden sie in den Quartalsabrechnungen aufgeführt.

Am 22. Dezember 1998 wandte sich der Kläger an die Direktion der Beklagten und beanstandete, B. habe diverse Börsengeschäfte ohne seine Zustimmung vorgenommen. Diesen Vorwurf und das damit verbundene Rückabwicklungsbegehren wies die Beklagte zurück.

Darauf gelangte der Kläger am 20. Juli 1999 an das Zivilgericht und nach partieller Guttheissung der Klage an das Appellationsgericht.

Das Appellationsgericht ging in tatsächlicher Hinsicht davon aus, dass zwischen Februar und September 1998 insgesamt 34 Börsentransaktionen ohne Anstoss seitens des Klägers vorgenommen wurden.

Für die Zeit von Februar bis Juni stellte das Gericht fest, der Kläger habe die einzelnen Transaktionen beim Kundenberater zwar telefonisch beanstandet, nicht aber auf ihrer Rückabwicklung beharrt. Auch habe er nicht geltend gemacht, auf die darauf folgenden Quartalsabschlüsse, welche die monierten Titel trotz Reklamation nach wie vor aufführten, erneut reagiert zu haben. Dementsprechend wertete es das Verhalten des Klägers nach Erhalt der Quartalsabschlüsse als konkludente Genehmigung der betroffenen Transaktionen². Diesbezüglich ist das Urteil unangefochten geblieben.

Für den Zeitabschnitt zwischen Juli und September stellte das Appellationsgericht fest, der Kläger habe die rapide zunehmenden auftragslosen Geschäfte nicht mehr bloss zögerlich beanstandet. Vielmehr habe er die Genehmigung der Transaktionen jeweils eindeutig verweigert und immer wieder ihre sofortige Rückgängigmachung verlangt. Der Kundenberater müsse demnach um die Nichtgenehmigung positiv gewusst haben. Dieses Wissen sei der Bank anzurechnen und gehe der Genehmigungsfiktion vor. In diesem Umfang wurde das Begehren des Klägers auf Rückabwicklung gutgeheissen³.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Die Beklagte beantragte mit eidgenössischer Berufung die Aufhebung des Appellationsurteils und vollumfängliche Abweisung der klägerischen Begehren.

Die Überlegungen des BGer stützen sich massgeblich auf Ziff. 2 Abs. 2 der vereinbarten AGB mit folgendem Inhalt:

«Der Kunde erhält periodisch Rechnungs- und Depotauszüge. Einwendungen hiergegen wie gegen andere Mitteilungen der Bank sind unverzüglich anzubringen, wo tunlich auch telegrafisch oder telefonisch; bei Verzögerungen ist der daraus resultierende Schaden vom Kunden zu übernehmen. (...) Sofern der Kunde innert Monatsfrist keine Einwendungen erhebt, gelten die Auszüge als richtig befunden, unter Genehmigung aller darin eingestellten Posten (...)»⁴.

¹ Eric Sibbern ist wissenschaftlicher Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Hans Caspar von der Crone Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.unizh.ch/vdc>.

² Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 25. Februar 2005, Erw. 5a.

³ Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 25. Februar 2005, Erw. 5b.

⁴ 4C.194/2005, Erw. 3.2.3.

Gemäss BGer ist diese Bestimmung nach Treu und Glauben so zu verstehen, dass eine Reklamation in allen Fällen in «*tunlicher Weise*» erfolgen muss. Ob eine Reklamation tunlich erfolge, sei von den Umständen des konkreten Falles abhängig. Eine telefonische Beanstandung beim Kundenberater könne zwar unter gewissen Umständen genügen, sei jedoch umgekehrt nicht immer ausreichend.

Im konkreten Fall sei aus den ersten beiden Quartalsabschlüssen klar ersichtlich gewesen, dass die erfolgten Beanstandungen vom Kundenberater nicht beachtet worden sind. In dieser Situation dränge «*sich jeder vernünftig und korrekt handelnden Partei auf, sich entweder schriftlich oder gegebenenfalls auch telefonisch an den Vorgesetzten ihres Kundenberaters zu wenden, wenn sie die zu beanstandenden Transaktionen, im Verhältnis zu ihrer Vertragspartnerin, der Bank, nicht gegen sich gelten lassen will*»⁵.

Daraus folgte das BGer, dass der Kläger die strittigen Geschäfte vor Eintritt der Genehmigungsfiktion gemäss Ziff. 2 Abs. 2 AGB nicht tunlich gerügt habe. Insofern sei eine Haftung der Beklagten wegen auftragsloser Vornahme der Geschäfte ausgeschlossen und es stelle sich auch die Frage eines allfälligen Mitverschuldens des Klägers mit haftungseinschränkender Wirkung gemäss Art. 99 Abs. 3 i.V.m. 44 Abs. 1 OR nicht⁶.

Zum Schluss wirft das BGer noch die Frage auf, «*ob der Kläger nicht gegen Treu und Glauben versties, indem er erst an die Direktion der Beklagten gelangte, nachdem die Verluste aus den beanstandeten Geschäften feststanden*»⁷.

III. Bemerkungen

A. Ausgangslage

1. Anlageberatungsvertrag

Das vorliegende Verhältnis zwischen dem Kläger und der Bank X. ist als Anlageberatungsvertrag zu qualifizieren, in dessen Rahmen die Bank zu sorgfältiger und kundenbezogener (also den vorgegebenen Anlagezielen entsprechender) Beratung in Sachen

Anlageentscheidungen verpflichtet ist⁸. Im Gegensatz zum Vermögensverwaltungsvertrag, bei welchem es der Bank obliegt, die vereinbarte Anlagestrategie auszuführen, bleibt der Endentscheid über die konkreten Transaktionen beim Kunden: Ohne seine Zustimmung dürfen keine Geschäfte vorgenommen werden⁹.

Der Anlageberatungsvertrag ist der h.L. folgend als einfacher Auftrag i.S.v. Art. 394 ff. OR zu qualifizieren¹⁰. Die Abwicklung der einzelnen Anlageentscheide seitens der Bank erfolgt i.d.R. auf kommissionsrechtlicher Basis (Art. 425 ff. OR)¹¹. Als Grundvertrag, zur Vereinfachung der Vertragsabwicklung, besteht normalerweise eine Konto/Depotverbindung mit der ausführenden Bank.

⁸ *Urs Emch/Hugo Renz/Reto Arpagaus*, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl., Zürich 2004, N 1572 ff.; *Carlo Lombardini*, Droit bancaire suisse, Zürich 2002, S. 491 ff.

⁹ *Daniel Guggenheim*, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 4. Aufl., Genf 2000, S. 204; *Christian Thalmann*, Die Sorgfaltspflicht der Bank im Privatrecht insbesondere im Anlagegeschäft, ZSR 1994, S. 186.

¹⁰ Ein Rechtsbindungswille kann ohne weiteres angenommen werden bei Vorliegen eines schriftlichen Vertrages oder Entgeltlichkeit. Gerade beim Anlagevertrag sind jedoch diese Kriterien nicht immer gegeben (pekuniäre Interessen der Bank ergeben sich oft indirekt aus den Konto- und Depotgebühren sowie aus den Kommissionen). Der Rechtsbindungswille kann sich jedoch auch in Abwesenheit dieser Kernelemente aus einer Gesamtbetrachtung aufdrängen. *Urs Philipp Roth*, Aufklärungspflichten im Vermögensanlagegeschäft der Banken, in: FS für Beat Kleiner, Bruno Gehrig/Ivo Schwander (Hrsg.), Zürich 1993, S. 11 f.; *Urs Bertschinger*, Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung und Verwaltungsaufträgen, Diss., Zürich 1991, S. 12 ff.; *Lombardini*, Fn 8, S. 492; *Guggenheim*, Fn 9, S. 206 ff.; *Dieter Spälti*, Die rechtliche Stellung der Bank als Vermögensverwalterin, Diss., Zürich 1988, S. 133. Zur Entwicklung der umstrittenen Haltung des BGer, welches massgeblich auf das Vorhandensein der Gewerbsmässigkeit oder sonstige Entgeltlichkeit abstellte, vgl. *Rolf H. Weber*, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 3. Aufl., Basel 2003, N 18 f. zu Art. 394 OR m.w.H.; *Lombardini*, Fn 8, S. 491 f.

¹¹ Präzisierend ist hinzuzufügen, dass der in Ausführung des Kommissionsvertrages abzuschliessende Kaufvertrag ausschliesslich bewegliche Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstand haben kann. Auf den Kauf von nicht verbrieften Wertpapieren kommt insofern das Recht des einfachen Auftrages zur Anwendung oder das Kommissionsrecht *per analogiam*. *Andreas von Planta/Christian Lenz*, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 3. Aufl., Basel 2003, N 2 zu Art. 425 OR; *Roth*, Fn 10, S. 18.

⁵ 4C.194/2005, Erw. 3.2.3.1.

⁶ 4C.194/2005, Erw. 3.2.4.

⁷ 4C.194/2005, Erw. 3.2.3.1.

2. Transaktionen ohne Zustimmung des Kunden

Erfolgen im Rahmen eines Anlageberatungsvertrags Börsentransaktionen ohne entsprechende Zustimmung des Anlegers, spricht man von einem sog. «unechten» oder «verdeckten» Portfolio-Management. Aus rechtlicher Sicht stellt ein solches Vorgehen eine Geschäftsführung ohne Auftrag i.S.v. Art. 419 ff. OR dar¹². Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist von Handlungen eines Vertragskontrahenten abzugrenzen, welche zwar im Rahmen der Vertragserfüllung vorgenommen werden, jedoch vom Vertrag nicht direkt gedeckt sind. Liegt eine solche Überschreitung der vertraglichen Kompetenzen vor, lehnt ein Teil der Lehre den Rückgriff auf Art. 419 ff. OR ab und postuliert den Vorrang der vertragsrechtlichen Normen¹³. Ein anderer Teil des Schrifttums

tritt hingegen für die generelle Anwendbarkeit der Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag ein¹⁴. Eine Stellungnahme zur Problematik erübrigt sich in Bezug auf solche Tätigkeiten, welche klar ausserhalb des Vertrages liegen. In solchen Fällen rechtfertigt sich ein Rückgriff auf die vertraglichen Vorschriften und der dort normierten Wertungsgesichtspunkte *a priori* nicht¹⁵. Die Vornahme eigenmächtiger Transaktionen seitens des Beraters im Rahmen eines Anlagevertrages liegt wohl klar ausserhalb des vertraglichen Rahmens. Das Wesensmerkmal dieses Vertragstypus liegt gerade in der Tatsache, dass der Anleger die konkret zu tätigen Investitionen selber entscheidet¹⁶. Der Rückgriff auf Art. 419 ff. OR trägt den Interessen der beteiligten Parteien auch insofern Rechnung, als er eine den konkreten Gegebenheiten entsprechende Festsetzung des Haftungsmassstabs ermöglicht.

In der Regel werden die eigenmächtigen Handlungen also gegen den erkennbaren Willen des Kunden unternommen. Mit der Wahl des Anlageberatungsvertrags hat er seinen Vorsatz kundgetan, ein Handeln der Bank ohne seine Zustimmung sei ausgeschlossen. Die Bank kann sich folglich nach Art. 420 Abs. 3 OR haftbar machen¹⁷. Nur ausnahmsweise ist die Bank berechtigt anzunehmen, das Einmischungsverbot habe keine Geltung und ihre Handlung sei geboten i.S.v. Art. 422 Abs. 1 OR¹⁸. Ein solcher Fall liegt beispielsweise vor, wenn sich eine kurz vor dem Verfalltermin befindende Option vorteilhaft ausüben lassen würde und der Kunde nicht erreichbar ist.

¹² *Emch/Renz/Arpagaus*, Fn 8, N 1594; *Roth*, Fn 10, S. 32 in Fn 154; implizit 4C.52/1995, Erw. 3/4; in Bezug auf den Depotvertrag vgl. *Thalmann*, Fn 9, S. 179; a.M. *Georg Gautschi*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/2/5, Bern 1964, N 12a zu Vor. 419 OR. Nach *Gautschi* fehlt es schon an der Führung eines *fremden* Geschäfts, wie es von Art. 419 OR vorausgesetzt wird. Seine Überlegungen stellen auf den Unterschied zwischen objektiv (*negotio re ipsa alienum*) und subjektiv fremdem (*negotio contemplatione gestoris alienum*) Geschäft ab. Kauft eine Bank als Kommissionärin Wertschriften im eigenen Namen, jedoch auf Rechnung des Kunden, so ist ihre Tätigkeit nach aussen neutral (objektiv also nicht fremd) und wird erst durch ihre Willensrichtung (subjektiv) fremd. Die bloss subjektive Fremdheit des Geschäfts genügt nach der wohl h.L. nicht, um die Folgen von Art. 419 OR ff. zu rechtfertigen. *Jörg Schmid*, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V/3a, Zürich 1993, N 19 f. zu Art. 419 OR; *Anne Héritier Lachat*, in: Commentaire Romand, Code des obligations I, Basel 2003, N 5 zu Art. 419 OR m.w.H.; differenzierend *Josef Hofstetter*, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, SPR VII/6, Basel 2000, S. 257, der nur für die unechte Geschäftsführung eine objektive Fremdheit voraussetzt. Als Charakteristikum des Bankgeschäfts ist jedoch zu beachten, dass die Fremdheit der getätigten Geschäfte durch das Nachführen des Kontos und Depot des Kunden klar zum Ausdruck kommt und somit ein Eingriff in fremde Interessensphären bejaht werden kann. Vgl. dazu die deutsche Lehre und Rechtsprechung, welche den Fremdgeschäftsführungswillen als genügend anerkennt, wenn er äusserlich erkennbar in Erscheinung getreten ist. BGH in: NJW 2003, S. 3193; *Hans Hermann Seiler*, in: Münchner Kommentar zum BGB, Bd. 4, 4. Aufl., München 2005, N 6 zu § 677 BGB m.w.H.

¹³ *Schmid*, Fn 12, N 77 ff. zu Art. 419 OR; *Weber*, Fn 10, N 16 Vorb. zu Art. 419–424 OR; *Seiler*, Fn 12, N 49 zu § 677 BGB; Differenzierend *Hofstetter*, Fn 12, S. 248, nach dem die unechte Geschäftsführung mit den vertraglichen Regeln konkurriert.

¹⁴ *Gautschi*, Fn 12, N 3a zu Art. 419 OR; wohl auch *Theo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, N 37 zu § 49.

¹⁵ *Schmid*, Fn 12, N 84 zu Art. 419 OR; *Lachat*, Fn 12, N 17 zu Art. 419 OR; *Hofstetter*, Fn 12, S. 248.

¹⁶ Das Bestehen eines Anlagevertrages als Dauerverhältnis vermag keine solche Auswirkung zu entfalten, dass auch Putativaufträge davon betroffen werden. Die einzelnen Anlageaufträge an die Bank erfolgen jeweils separat aufgrund eines Kommissionsverhältnisses. Die Vornahme von Kapitalanlagen ohne Zustimmung des Kunden sind somit auch als getrennter Tatbestand anzusehen und nicht als Verletzung des Anlagevertrages. In Bezug auf diese Trennung vgl. *Rolf H. Weber*, Haftung für Schäden bei Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, SJZ 1985, S. 88.

¹⁷ Es liegt eine sog. echte unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag vor. *Schmid*, Fn 12, N 19 Vorb. zu Art. 419–424 OR.

¹⁸ Es handelt sich um die echte berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag. *Schmid*, Fn 12, N 18 Vorb. zu Art. 419–424 OR.

B. Genehmigungsfiktion

Das BGer hat vorliegend die Begehren des Klägers auf Rückabwicklung der Belastungen hauptsächlich in Anwendung der in Ziff. 2 Abs. 2 der AGB vereinbarten Genehmigungsfiktion abgelehnt. Die Herausforderung einer dogmatischen Würdigung solcher Klauseln liegt vor allem in der Heterogenität der von ihr tangierten Sachverhalte. Es verlangt demnach eine differenzierte Betrachtung nach der Grundregel: *bene iudicat qui bene distinguit*.

1. Vereinbarkeit mit dem positiven Recht

Rechtstechnisch ist die Zusendung von Konto- und Depotauszügen als Antrag auf Abschluss eines Schuldanerkenntnisvertrages auszulegen (Art. 17 OR)¹⁹. Mit der Genehmigungsfiktion vereinbaren die Parteien, dass ein passives Verhalten des Kunden als Annahme zu werten ist. Als parteiautonome Abkehr vom allgemeinen schuldrechtlichen Dogma, dass Schweigen Ablehnung bedeutet, ist die Fiktionsklausel als besonderer Umstand i.S.v. Art. 6 OR zu deuten²⁰.

¹⁹ Im Fall der Saldoziehung kommt der Schuldanerkenntnis novierende Wirkung entsprechend Art. 117 Abs. 2 OR zu. Diese Wirkung tritt nicht bloss bei Vorliegen eines Kontokorrentverhältnisses ein, sondern auch ohne einen solchen Vertrag bei vereinbarter Saldierung aus laufender Rechnung. *Andreas von Tuhr/Arnold Escher*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Zürich 1974, S. 184 f. Zum Ganzen vgl. *Peter Forstmoser*, AGB und ihre Bedeutung in der Bankpraxis, in: *Rechtsprobleme der Bankpraxis*, Bern 1976, S. 28; *Rolf H. Weber*, Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken – zum Problem einer Grenzziehung, SAG 1984, S. 159; *Emch/Renz/Arpagaus*, Fn 8, N 543; *Guggenheim*, Fn 9, S. 479 ff.; *Stegfried Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., Köln 2004, N 2.260/2.420.

²⁰ *Ernst A. Kramer/Bruno Schmidlin*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/1/1, Bern 1986, N 44 zu Art. 6 OR; *Guggenheim*, Fn 9, S. 127; *Weber*, Fn 19, S. 159; *Wilhelm Schönenberger/Peter Jäggi*, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Teilband V/1a, Zürich 1973, N 18 zu Art. 6 OR, die präzisierend bemerken, dass grundsätzlich kein rein passives Verhalten vorliegt und demzufolge eher ein Fall von stillschweigender Annahme i.S.v. Art. 1 Abs. 2 OR anzunehmen ist. *Forstmoser*, Fn 19, S. 28, sieht keinen direkten Anwendungsfall von Art. 6 OR, bejaht jedoch die Zulässigkeit der Fiktion mit der Begründung, dass wenn schon das Gesetz ein Schweigen teilweise als Zustimmung deutet, dann soll es den Parteien freistehen, diese Folge eigenständig zu vereinbaren. Nach *Eugen Bucher*, in: *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, 3. Aufl., Basel 2003, N 13 zu Art. 6 OR, bedeutet im

Die Wirkungen von Art. 6 OR treten jedoch nur ein, wenn eine positive Reaktion sowohl zeitlich²¹ wie auch tatsächlich möglich und zumutbar ist²². Der Grundgedanke von Art. 6 OR beruht gerade auf der Überlegung, dass Schweigen nach dem Vertrauensprinzip dann als Zustimmung zu deuten ist, wenn Redlichkeit oder praktische Vernunft einen Widerspruch gefordert hätten, falls das nach den Umständen scheinbare Einverständnis in Wirklichkeit nicht bestand²³. Das Erfordernis eines Widerspruchs kann sich insbesondere nur bei voller Kenntnis der Tatsachen aufdrängen²⁴. Dies steht auch im Einklang mit der Annahme der novierenden Wirkung der Genehmigung im Falle der Saldoanerkennung (Art. 117 Abs. 2 OR): Sie bewirkt nur den Untergang von bekannten Einreden und Einwendungen²⁵.

Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass eine Genehmigungsfiktion mit den dargelegten Wirkungen aus rechtlichen Gesichtspunkten grundsätzlich

Bankverkehr Stillschweigen auf Zustellung eines periodischen Kontoauszuges immer Anerkennung. Dies ist wohl dahingehend zu verstehen, dass man das Bestehen eines Dauerverhältnisses (Kontokorrent) und das Wiederkehren der gleichen Geschäfte (Schuldanerkenntnis) als besondere Umstände i.S.v. Art. 6 OR deutet. In die Richtung eines erweiterten Genehmigungstatbestands ist wohl auch die Rechtsprechung des BGer zu verstehen, die bei der Erfüllungsbestätigung einer Obligation die Fiktion direkt aus dem in Art. 6 OR konkretisierten Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB ableitet. Eine entsprechende Klausel in den AGB ist demnach entbehrlich. 4C.378/2004, Erw. 2.2; Urteil des Bundesgerichts vom 7. Dezember 1984, SJ 1985, S. 250. Restriktiver *Guggenheim*, Fn 9, S. 127; *Hans Beat Mathys*, Bestätigungsschreiben und Erklärungsfiktion, Diss., Zürich 1997, S. 164.

²¹ Art. 6 OR *in fine* verlangt eine angemessene Frist zur Reaktion.

²² 4C.81/2002, Erw. 4.3; 4C.278/1996, Erw. 3b; *Thomas Christen*, Vermögensverwaltungsauftrag an die Bank, BMJ 1994, S. 128.

²³ 4C.303/2001, Erw. 2b; 4C.378/2004, Erw. 2.2. Die kanonische Maxime «*qui tacet consentire videtur*» (wer schweigt, scheint zuzustimmen) ist mit dem Zusatz «*ubi loqui debuit ac potuit*» (wo er hätte sprechen müssen und können) zu präzisieren.

²⁴ *Lombardini*, Fn 8, S. 147; *Guggenheim*, Fn 9, S. 128; *Thilo Pachmann/Hans Caspar von der Crone*, Unabhängige Vermögensverwaltung: Aufklärung, Sorgfalt und Schadenersatzberechnung, SZW 2005, S. 151 in Fn 46. *Andreas von Tuhr/Hans Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, Zürich 1979, S. 164.

²⁵ Statt vieler BGE 127 III 150. In diesem Sinne ist auch die im vorgenannten Entscheid angedeutete (und jedoch offen gelassene) Annahme einer Verwirkungsklausel kritisch zu würdigen. *Forstmoser*, Fn 19, S. 28; *Peter Loser-Krogh*, AJP 2001, S. 1226.

lich zulässig ist. Sie trägt denn auch den Besonderheiten des Bankgeschäfts und insbesondere des Anlagegeschäfts Rechnung. Das Verhältnis zwischen Bank und Kunden ist meist vielschichtig und Anweisungen zur Vornahme von Börsengeschäften erfolgen häufig formlos. Es entspricht der Rechtssicherheit und den berechtigten Interessen der Bank, rasch eine klare Sach- und Rechtslage zu schaffen. Eine andere Lösung wäre mit einem geordneten Geschäftsverkehr nicht vereinbar²⁶.

2. Ausnahmetatbestände

Das BGer hat sich zur Frage der Genehmigungsfiktion soweit ersichtlich grundsätzlich nur im Zusammenhang mit der Problematik der banklagernden Korrespondenz²⁷ kritisch geäußert. Es geht ausnahmsweise von der Unverbindlichkeit der Fiktionsklausel aus, wenn sie nach den Umständen des Falles zu einem unbilligen, das Rechtsempfinden verletzenden Ergebnis führt²⁸. Unter dem Leitgedanken des Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 Abs. 2 ZGB erfolgt demnach weniger eine Inhaltskontrolle als vielmehr eine Ausübungskontrolle.

Im Wesentlichen hat sich ein Konsens über drei Tatbestände herauskristallisiert, bei deren Vorhandensein dem Schweigen kein Zustimmungsgehalt zukommen soll. Erstens darf sich die Bank nicht auf die Genehmigungsfiktion berufen, wenn sie diese benützt, um den Kunden absichtlich zu schädigen, wobei der Schädigungsabsicht eine damit vergleichbare Nachlässigkeit (wohl i.S. einer groben Fahrlässigkeit) gleichgestellt wird²⁹. Weiter kann die rechtsgestaltende Wirkung des Schweigens durch den Nachweis

umgestossen werden, dass die Bank um die Nichtgenehmigung wusste³⁰. Schliesslich soll die Bestimmung unbeachtlich sein, wenn die Bank nach mehrjähriger Verwaltung des Kontos entsprechend den mündlichen Anweisungen des Kunden von diesen ohne vorhersehbaren Grund absichtlich abweicht³¹.

Dieser Rechtsprechung ist im Ergebnis zuzustimmen. Das Konstrukt der Annahme durch Schweigen gründet, wie unter Punkt III.B.1. festgestellt wurde, auf dem Vertrauensprinzip. Dieses erfordert, dass der Offerent nach den Umständen in guten Treuen Gewissheit haben durfte, der schweigende Oblat wolle das Angebot annehmen³². Das Vorliegen einer Schädigungsabsicht bzw. grober Fahrlässigkeit sowie die absichtliche Abweichung von der langjährigen weisungsgemässen Vertragserfüllung indizieren regelmässig eine fehlende Gutgläubigkeit seitens der Bank. Bei positiver Kenntnis um die Ablehnung kann die Bank im Voraus nicht gutgläubig mit einem Genehmigungswillen des schweigenden Kunden rechnen. In diesen Fällen kann die Fiktion nicht greifen³³.

²⁶ BGE 127 III 150; 4C.342/2003, Erw. 2.3. Dies steht auch in Übereinstimmung mit der ratio legis von Art. 6 OR, welcher eine rasche und konsequente Vertragsabwicklung unter Abwesenden ermöglichen soll. *Kramer/Schmidlin*, Fn 20, N 2 zu Art. 6 OR.

²⁷ Es handelt sich um die Vereinbarung, die Bank soll die Korrespondenz bei sich selbst aufbewahren. Die auf diese Weise aufbewahrten Mitteilungen gelten als rechtmässig zugestellt. 4C.378/2004, Erw. 2.2.

²⁸ Speziell in Bezug auf die Genehmigungsfiktion 4C.81/2002, Erw. 4.3. Vor allem betreffend die Problematik der banklagernden Korrespondenz, jedoch immer in Verbindung mit der Genehmigungsfiktion vgl. 4C.378/2004, Erw. 2.2; 4C.72/1999, Erw. 3b; 4C. 52/1995, Erw. 3b; Urteil des Bundesgerichts vom 7. Dezember 1984, Fn 20, S. 249 f.

²⁹ 4C.81/2002, Erw. 4.3; Tribunale d'Appello TI, 9. November 2004, SZW 2005, S. 186; *Bertschinger*, Fn 10, S. 215.

³⁰ 4C.81/2002, Erw. 4.3; 4C.278/1996, Erw. 3b; *Lombardini*, Fn 8, S. 147; *Christen*, Fn 22, S. 128.

³¹ 4C.378/2004; *Louis Bourqknecht*, La responsabilité de la banque pour gestion de fortunes, RFJ/FZR 1996, S. 1996. Beide vorwiegend bezogen auf die Problematik der banklagernden Korrespondenz.

³² 4C.303/2001, Erw. 2b; *Bucher*, Fn 20, N 1 ff. zu Art. 6 OR; *Kramer/Schmidlin*, Fn 20, N 17 zu Art. 6 OR; *Walter Yung*, L'acceptation par le silence d'une offre de contracter, in: *Mélanges Roger Secrétan*, Montreux 1964, S. 349.

³³ Vgl. zum analogen Vorgehen im deutschen Recht *Hermann-Josef Bunte* in: *Bankrechts-Handbuch*, Herbert Schimansky/Hermann-Josef Bunte/Hans-Jürgen Lwowsky (Hrsg.), Bd. I, 2. Aufl., München 2001, N 27 zu § 12; *Adolf Baumbach/Klaus J. Hopt*, Kommentar zum HGB, 31. Aufl., 2003 München, N 4 zu § 7 AGB-Banken; *Claus Wilhelm Canaris*, *Bankvertragsrecht*, 2. Aufl., Berlin 1981, N 2638. Es wird eine sinngemässe Anwendung der Gedankengänge postuliert, wie sie bezüglich der Rechtswirkung des sog. Bestätigungsschreibens entwickelt worden sind. Beide Tatbestände weisen parallele Gegebenheiten auf, da ein Schweigen als Zustimmung gewertet wird. In diesem Zusammenhang wurde in BGE 114 II 252 festgehalten, das Schweigen habe nur dann konstitutive Wirkung, wenn das Bestätigungsschreiben nicht derart vom Verhandlungsergebnis abweicht, dass nach Treu und Glauben nicht mehr mit dem Einverständnis des Empfängers gerechnet werden darf. Parallel kann gesagt werden, die Genehmigungsfiktion finde nur dann berechnete Anwendung, wenn die Bank vom Grundvertrag nicht in einem Masse abweicht, dass sie nicht mehr gutgläubig auf die Zustimmung des Schweigenden vertrauen darf.

Präzisierend kann also gesagt werden, dass neben dem positiven Wissen um die Nichtgenehmigung ganz allgemein der fehlende gute Glaube bezüglich des Genehmigungswillens des Schweigenden genügt, um die Basis der Annahmefiktion zu beseitigen: Beide Fälle sind mit Blick auf die erforderliche Vertrauensbasis gleichwertig³⁴. Diese Regeln gelten unabhängig davon, ob die Korrespondenz banklagernd aufbewahrt wird. Auch in dieser Konstellation muss ein das Vertrauen zerstörendes Element die Annahmefiktion verhindern³⁵.

Die Vereinbarung einer Genehmigungsfiktion in den AGB weist die Besonderheit auf, dass der Parteiwille dem Schweigen ausdrücklich rechtsgestaltende Wirkung zuspricht. Dennoch behält auch unter diesen Gegebenheiten der Schutzgedanke des Vertrauens seine Berechtigung³⁶. Ein Bestehen auf der *ex ante* vereinbarten Genehmigungsfiktion trotz fehlender Gutgläubigkeit in den Annahmewillen des Schweigenden ist nicht gerechtfertigt. Die Vereinbarung kann und muss ihre klarstellende Funktion nicht mehr erfüllen, da die Sachlage schon deutlich ist: Sie verliert ihre Berechtigung und eine Anwendung in diesem Fall wäre zweckwidrig. Im konkreten Fall wäre die Anwendung der AGB-Klausel deshalb mit Blick auf diese Ausnahmetatbestände kritisch zu hinterfragen gewesen.

3. Positives Wissen der Bank um die Nichtgenehmigung

Vorliegend hat der Kläger die einzelnen auftragslosen Transaktionen jeweils umgehend beanstandet,

jedoch nur beim Kundenberater. Es stellt sich somit die Frage, ob das Wissen des Kundenberaters der Bank X. zugerechnet werden kann³⁷. Wird ihr das Wissen zugerechnet, so musste sie um die Nichtgenehmigung der streitigen Transaktionen wissen. Das Schweigen des Klägers bezüglich der späteren Bankauszüge hätte die Bank X. in diesem Fall nicht mehr gutgläubig als Genehmigung verstehen können: Gemäss den vorstehenden Ausführungen wäre die Genehmigungsklausel demzufolge unwirksam gewesen.

Das BGer ist nicht konkret auf die Frage der Wissenszurechnung eingegangen, sondern hat sich im Wesentlichen darauf beschränkt festzustellen, dass die Reklamationen des Klägers nicht tunlich i.S.v. Ziff. 2 Abs. 2 der vereinbarten AGB seien. Daraus schliesst es, dass infolge Unterlassung vertragskonformer Beanstandungen innert eines Monats nach Erhalt des Bankauszugs die in den AGB vereinbarte Genehmigungsfiktion eintrete. Dementsprechend geht das BGer wenigstens implizit davon aus, dass durch die AGB eine parteiautonome Regel über die Zurechnung von Wissen getroffen worden sei³⁸. Nur bei vertragskonformer Rüge solle der Bank das Wissen um die Nichtgenehmigung des Kunden zugerechnet werden und folglich, mangels Gutgläubigkeit bezüglich des Zustimmungsgehaltes des Schweigenden, die Genehmigungsklausel als unwirksam gelten.

³⁴ Urteil des Handelsgerichts vom 26. November 1997, ZR 1998, S. 222; Urteil des Handelsgerichts vom 4. Juni 1981, in: *Peter Nobel*, Praxis zum öffentlichen und privaten Bankrecht der Schweiz, Ergänzungsband, Bern 1984, S. 177; *Peter Avancini/Gert M. Iro/Helmut Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht, Bd. 1, Wien 1987, N 4/139; sinngemäss wohl auch *Lombardini*, Fn 8, S. 147; vgl. auch die Einschränkung der Anwendbarkeit von Art. 6 OR bei *Weber*, Fn 19, S. 159. Restriktiver *Guggenheim*, Fn 9, S. 128.

³⁵ Die durch eine banklagernde Korrespondenz erzeugte Zustellungsfiktion bewirkt zwar eine Verschärfung der mittels Genehmigungsklausel bewirkten ungünstigen Lage des Kunden. Diese Risiken wurden jedoch auch bewusst eingegangen und sind i.d.R. gerade im Interesse des Kunden. Sie sollten also auch aus diesen Gründen nicht allein ausschlaggebend sein.

³⁶ Urteil des Handelsgerichts vom 26. November 1997, Fn 34, S. 222; *Canaris*, Fn 33, N 2638; einschränkend *Mathys*, Fn 20, S. 123.

³⁷ Zur Wissenszurechnung vgl. *Maria Walter*, Die Wissenszurechnung im schweizerischen Privatrecht, Diss., Bern 2005.

³⁸ Die vertragliche Gestaltung der Wissenszurechnung sollte grundsätzlich im Rahmen der privatrechtlichen Vertragsfreiheit zulässig sein. Wie weit die Privatautonomie im Einzelnen gehen kann, ist aufgrund der Unklarheiten, die bezüglich der Rechtsgrundlage der Wissenszurechnung bestehen, schwer zu definieren. Vertragliche Wissensschränken werden im Bankenrecht vor allem im Zusammenhang mit den sog. Chinese Walls diskutiert. Es geht um organisatorische Massnahmen zur internen Einschränkung des allgemeinen Zugriffs auf vertrauliche Informationen. Dieser Massnahme ist i.d.R. auch eine Wissensbeschränkung inhärent. Für eine Zulässigkeit bzw. Wirksamkeit solcher Wissensbeschränkungen vgl. *Rolf Watter*, Chinese Walls bei Universalbanken, SJZ 1991, S. 117; *Rolf Watter*, Über das Wissen und den Willen einer Bank, in: FS für Beat Kleiner, Bruno Gehrig/Ivo Schwander (Hrsg.), Zürich 1993, S. 142 f.; *Han-Lin Chou*, Wissen und Vergessen bei juristischen Personen, Diss., Basel 2002. Einschränkend *Walter*, Fn 37, S. 310; *Sandro Abegglen*, Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen, Bern 2004, S. 282 ff.; *Petra Buck*, Wissen und Juristische Person, Tübingen 2001, S. 508 ff.

Zum gleichen Ergebnis bezüglich der Wissenszurechnung führt auch eine andere Überlegung. Die Behandlung von Wissen in arbeitsteiligen Organisationen ist mit einer Vertrauensfrage verknüpft³⁹. Im vorliegenden Fall musste es für den Kläger zweifelhaft gewesen sein, ob seine Beanstandungen tatsächlich an die Bank X. weitergeleitet wurden, da die jeweiligen Auszüge keine entsprechenden Änderungen aufwiesen. Mangels guten Glaubens kann sich der Kunde in einem solchen Fall nicht auf die Wissenszurechnung berufen. Zum gleichen Ergebnis kommt man auch in Anwendung des Gleichstellungsarguments. Demnach soll eine Partei, welche einer arbeitsteiligen Organisation gegenübersteht, weder schlechter noch besser gestellt sein, als wenn sie mit einer natürlichen Person verhandelt⁴⁰. Die Anrechnung des Wissens des untätigen Kundenberaters an die Bank würde es dem Kunden ermöglichen, auf fremde Kosten zu spekulieren. Indem er erst bei Eintritt von Verlusten an die Vorgesetzten gelangt, könnte er das mit dem Wertschriftenhandel verbundene Risiko ganz auf die Bank verlagern. Entsprechende Bedenken hat denn auch das BGer am Ende des Entscheides geäußert.

Dem BGer kann also im Ergebnis zugestimmt werden, wenn es davon ausgeht, die Genehmigungsfiktion sei durch die Reklamationen beim Kundenberater nicht unwirksam geworden. Es kann nicht davon ausgegangen werden, die Bank X. habe von der Nichtgenehmigung gewusst.

4. Annahmefiktion bezüglich eigenmächtiger Transaktionen

Auch bei Verneinung des positiven Wissens der Bank X. um die Nichtgenehmigung bleibt es zweifelhaft, ob sie ausgehend vom blossen Anlageberatungsvertrag gutgläubig annehmen durfte, der Kunde, der schweigt, wolle den eigenmächtigen Transaktionen zustimmen. Die Essenz des Anlageberatungsvertrags liegt gerade in der Beschränkung der Tätigkeit der Bank auf Beratungsaufgaben. Unbefugte Börsengeschäfte im Rahmen eines Anlageberatungsvertrags

stellen eine auftragslose Geschäftsführung dar (III. A.2). Bewegt sich eine Partei derart grundlegend ausserhalb des vertraglichen Rahmens, kann sie sich nicht mehr gutgläubig auf den normativen Zustimmungsgesamt des Schweigens verlassen⁴¹. *In casu* ist unbestritten, dass der Kundenberater absichtlich Investitionen ohne die Zustimmung des Klägers vorgenommen hat⁴². Insofern sollte die Genehmigungsfiktion in diesem Fall keine Wirkung entfalten.

Zum gleichen Ergebnis müssen auch rechtspolitische Überlegungen führen. Der Ausgangspunkt der vorliegenden Problematik liegt allein im Gefahrenbereich der Bank. Die streitigen Transaktionen wurden eigenmächtig vom Kundenberater der Beklagten vorgenommen, ohne Einwirkung externer Faktoren, die einen Vertrauenstatbestand verursacht haben könnten. Wird das Risiko für solche Handlungen vollständig auf den Kunden externalisiert, gehen wichtige Präventionsfunktionen verloren⁴³. Es bestehen für die Bank verminderte Anreize, geeignete interne Kontrollmassnahmen zu ergreifen, um die von ihr beherrschbaren Gefahren zu vermindern⁴⁴. Dies ist gerade im Bereich der Börsengeschäfte, welche teilweise ein gesteigertes Risikopotenzial vorweisen können, bedenklich. Auch ökonomische Überlegungen vermögen kein anderes Resultat zu rechtfertigen. Zwar ist der Kunde *prima vista* besser geeignet, allfällige Unregelmässigkeiten anhand der Auszüge zu erkennen und sie somit zu beheben. Dies trifft jedoch nur auf die Schadenseingrenzung *ex post facto* zu. Für eine präventive Schadensverhinderung kommt es hauptsächlich auf das Verhalten der Bank an, die durch Festlegung eines geeigneten Anreizkomplexes für ihre Mitarbeiter das Auftreten von Missständen verhindern muss⁴⁵. Weiter kommt es aus

³⁹ Zur Bedeutung des Vertrauens bei der Wissenszurechnung vgl. *Walter*, Fn 37, S. 294; *Abegglen*, Fn 38, S. 201 ff.

⁴⁰ *Stephan Hartmann*, Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, Diss., Freiburg 2001, S. 33 f.; für eine kritische Übersicht zum Gleichstellungsargument vgl. *Marcus Baum*, Die Wissenszurechnung, Berlin 1999, S. 176 ff.

⁴¹ Zur Parallele bezüglich des Bestätigungsschreibens vgl. Fn 33. Zum Ganzen vgl. *Bunte*, Fn 33, N 27 zu § 12; *Baumbach/Hopt*, Fn 33, N 4 zu § 7 AGB-Banken. Etwas anderes könnte gelten, wenn innerhalb eines Vermögensverwaltungsvertrags fahrlässig Investitionen ausserhalb der festgelegten Risikostrategie erfolgen oder wenn auf Grund gefälschter Anweisungen fahrlässig Überweisungen vorgenommen werden.

⁴² Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 25. Februar 2005, Erw. 2.c/2.d.

⁴³ Die Genehmigungsfiktion schliesst zwar das Risiko der Schadenstragung nicht umfassend aus, vermindert jedoch ihre Eintrittsmöglichkeit.

⁴⁴ Ein Ergebnis, dem Art. 3 BankG und die dort erwähnten Organisationspflichten diametral zuwiderlaufen.

⁴⁵ Z.B. durch Vereinbarung adäquater Lohnstrukturen und Kontrollsysteme.

ökonomischer Sicht nicht einzig auf die Beherrschbarkeitskriterien an, sondern auch auf die Möglichkeit der Absorption der Risiken. Aus dieser Sicht ist die Möglichkeit der Bank zur Umverteilung von Schadensposten auf eine Vielzahl von Kunden sowie die infolge Umsatzgrösse vorhandene Bereitschaft zur Rücklagebildung entscheidend⁴⁶.

C. Nebenpflichten der Bankkunden

Geht man aus den oben genannten Gründen anders als das BGer von der Unverbindlichkeit der Genehmigungsfiktion aus, ergibt sich eine adäquate Aufteilung des Risikos zwischen dem Kläger und der Beklagten. Tatsächlich ist der Kläger trotz Unverbindlichkeit der Genehmigungsklausel auf Grund seines Verhaltens nicht von jeder Verantwortung zu befreien.

Die Rechtsbeziehung Bank – Kunde wird nicht nur von Handlungspflichten der Ersteren geprägt. Es ist heute anerkannt, dass auch den Kunden gewisse Mitwirkungspflichten treffen⁴⁷. Liegt ein Schaden beim Kunden vor, sind diese Mitwirkungspflichten im Zusammenhang mit der Schadensminderungspflicht zu berücksichtigen. Ihre Verletzung führt zur Kürzung eines allfälligen Schadenersatzanspruchs (Art. 44 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR)⁴⁸. In *casu* ist der Schaden jedoch bei der Bank X. eingetreten. Die Vornahme eigenmächtiger Börsengeschäfte seitens der Bank im Rahmen eines Anlagevertrags und die entsprechende Verbuchung auf dem Kundenguthaben bewirken keine Befreiung von ihrer Kontoschuld gegenüber dem Kläger. Es entspricht der gefestigten Rechtsprechung des BGer, dass der Schuldner, der einem Dritten leistet, selbst wenn er gutgläubig ist, grundsätzlich nicht erfüllt, soweit das Vorgehen nicht

vereinbart oder nachträglich genehmigt worden ist⁴⁹. Weiter leistet die Bank aus dem eigenen Vermögen, da sie Eigentümerin des aus dem Kontoverhältnis geschuldeten Geldes ist⁵⁰.

Ist der Schaden bei der Bank eingetreten, kann die Verletzung der Mitwirkungspflichten nicht zu einem Rechtsverlust aus Unterlassung der Schadensminderungspflicht führen. Statt dessen stellt sich die Frage nach einer Schadenersatzpflicht aus Verletzung vertraglicher Nebenpflichten⁵¹. Die rechtliche Grundlage einer solchen Haftung ergibt sich im Rahmen des auftragsrechtlichen Verhältnisses zwischen Bank und Kunde aus Art. 402 Abs. 2 OR. Im konkreten Fall geht es darum, dass den Kunden nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) aus dem Auftragsverhältnis zur Bank die Nebenpflicht trifft, das Zumutbare vorzunehmen, um die Bank als Beauftragte von Schaden zu bewahren⁵².

Vorliegend wurde der Kläger über die eigenmächtigen Geschäfte jeweils durch einen schriftlichen Beleg informiert. Dass er diese Meldungen wahrgenommen hat, ergibt sich aus den darauf folgenden Reklamationen. Wiederholen sich diese auftragslosen Geschäfte während mehreren Monaten, so kann eine Rüge beim Schadensstifter selbst, welche offensichtlich wirkungslos bleibt, nicht als adäquate Erfüllung der vertraglichen Nebenpflicht betrachtet werden. Zur Vermeidung des klar ersichtlichen Schadenspotentials wäre es dem Kläger ohne weiteres zumut-

⁴⁶ Betreffend das Checkfälschungsrisiko vgl. *Allan Farnsworth, Insurance Against Check Forgery*, Columbia Law Review (1960), S. 302 f.; *Eugen Bucher, Wer haftet wem? Zum Problem der Tragung des Risikos betrügerisch veranlasster Bankvergütungen*, recht 1984, S. 102 spricht in diesem Zusammenhang von Sozialisierung des Risikos.

⁴⁷ Zu den Pflichten des Bankkunden vgl. BGE 112 II 457 f.; 111 II 263 ff.; *Lombardini*, Fn 8, S. 151 f./217 f.; *Thomas Koller/Christa Kissling, Anweisung und Dokumentenakkreditiv im Zahlungsverkehr*, in: *Rechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs*, Bern 2000, S. 65; *Schimansky*, Fn 33, N 25/29 f. zu § 49; *Kümpel*, Fn 19, N 2.237 ff.

⁴⁸ Es handelt sich dabei um eine Obliegenheit. Vgl. *Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, Bern 1996, N 97.

⁴⁹ Vgl. statt vieler *von Tuhr/Escher*, Fn 19, S. 21; 4C.28/2003, Erw. 3.2.1 mit Hinweis auf weitere Ausnahmen.

⁵⁰ Daran ändert auch die Belastung des Kontos des Kunden nichts, da es nur ein rechnerisches Spiegelbild der gegenseitigen Schulden und Forderungen des Kunden bzw. der Bank darstellt. *Georg Gautschi*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/2/4, Bern 1971, N 36a zu Art. 398 ff. OR; *Bucher*, Fn 46, S. 99 f.; *Weber*, Fn 16, S. 87; BGE 112 II 454. Diesen Überlegungen folgend ist das adäquate Vorgehen des Klägers zur Behauptung seiner Rechte nicht die Schadenersatzklage, sondern vielmehr die Erfüllungsklage zur Geltendmachung seiner Kontoforderung. Vgl. statt vieler 4C.357/2000, Erw. 3.

⁵¹ BGE 112 II 457 f.; Urteil des Handelsgerichts vom 26. November 1997, Fn 34, S. 223; *Kümpel*, Fn 19, N 239.

⁵² Dabei geht es auch um Informationspflichten bezüglich der nur dem Auftraggeber bekannten Gefahren. *Weber*, Fn 10, N 12 zu Art. 402 OR; *Hofstetter*, Fn 12, S. 88; *Kümpel*, Fn 19, N 2.132/2.238; *Bunte*, Fn 33, N 31 zu § 16; *Walter Fellmann*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/2/4, Bern 1992, N 153 ff. zu Art. 402 OR.

bar gewesen, die Vorgesetzten des Beraters zu informieren⁵³.

Der Kläger macht sich demzufolge aus Art. 402 Abs. 2 OR gegenüber der Bank haftbar, jedoch nur soweit seine Pflichtverletzung kausal für die Entstehung bzw. Vergrößerung des Schadens war. Dabei ist weiter die Frage eines allfälligen Mitverschuldens der Bank zu berücksichtigen⁵⁴. Als solches muss ihr das Verhalten des Kundenberaters angerechnet werden, welches erstens durch die zustimmungslosen Transaktionen die Entstehung des Schadens bewirkt hat und weiter durch Nichtbeachtung der Beanstandungen eine Vergrößerung desselben verursachte⁵⁵. Dazu kann ihr auch die Unterlassung von Kontrolle und Organisation als Mitverschulden angelastet werden⁵⁶.

IV. Fazit

Das Vertrauensprinzip gilt auch für die Genehmigungsfiktion. Kann die Bank nicht in guten Treuen

vom Genehmigungswillen des Kunden ausgehen, kann sie sich auch nicht auf die in den AGB vorgesehene Genehmigungsfiktion berufen. Unabhängig davon, ob die Korrespondenz banklagernd aufbewahrt wird oder nicht, kann dem Schweigen in diesem Fall kein normativer Zustimmungsgelton zukommen. Ein solches Ergebnis ist vor allem bei ausdrücklicher Kenntnis der Nichtgenehmigung zu befürworten. Eine gleichwertige Lage ergibt sich weiter, wenn vom vereinbarten Vertrag soweit abgewichen worden ist, dass ein stillschweigendes Zustimmung nicht mehr gutgläubig angenommen werden kann. Die Genehmigungsfiktion darf nicht allgemein als Korrektiv für die Verletzung der Kontroll- und Mahnungspflichten des Kunden aufgefasst werden, will man nicht die Gefahr eingehen, eine zu einseitige Gewichtung des Verschuldens vorzunehmen. Ein adäquater Interessensausgleich wird vielmehr über die Annahme einer Haftung des Bankkunden aus Art. 402 Abs. 2 OR für die Verletzung der vertraglichen Nebenpflichten, unter Berücksichtigung des Mitverschuldens der Bank, gewährleistet.

⁵³ Ob die Verletzung von Kontroll- und Rügepflichten, wie sie vorliegend auch in Ziff. 2 Abs. 2 der vereinbarten AGB konkretisiert worden sind, allgemein zu einer Schadenersatzpflicht führt, ist nicht geklärt. Werden diese Pflichten als hauptsächlich im Interesse des Kunden liegend aufgefasst, sind sie als blosser Obliegenheiten zu qualifizieren und können keine Schadenersatzpflicht bewirken. Das BGer hat im vorliegenden Fall in Erw. 3.2 dem Vorbringen der Beklagten beigeplichtet, in dem behauptet wird, die Rügepflicht ergebe sich aus der vertraglichen Treuepflicht des Auftraggebers. Unter Erw. 3.2.2 hat es jedoch von einer Obliegenheit gesprochen, wobei festzuhalten ist, dass diese Erwägungen auf die Genehmigungswirkung bezogen waren. Zu einer allfälligen Schadenersatzpflicht des Kunden musste sich das BGer auf Grund der Annahme der Genehmigung nicht mehr äussern. Positiv in Bezug auf die Begründung einer Schadenersatzpflicht vgl. *Lombardini*, Fn 8, S. 151/217; Urteil des Handelsgerichts vom 26. November 1997, Fn 34, S. 223. Zur umstrittenen Lage in Deutschland vgl. *Kümpel*, Fn 19, N 2.264 m.w.H.

⁵⁴ *Fellmann*, Fn 52, N 168 zu Art. 402 OR.

⁵⁵ Der Geschädigte muss sich das Verschulden der Hilfsperson wie eigenes Selbstverschulden anrechnen lassen. BGE 95 II 53; *von Tuhr/Peter*, Fn 24, S. 109 f.

⁵⁶ 4C.103/2005, Erw. 1.3. Die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz indizierten klar einen Mangel an Erfahrung des Kundenberaters sowie das Fehlen von adäquaten Kontrollverfahren. Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 25. Februar 2005, Erw. 3b.