
Wer haftet wem?
**Zum Problem der Tragung des Risikos
betrügerisch veranlasster Bankvergütungen**

Urteilsanmerkung Zivilrecht
BGE 108 (1982) II 315; BGE 109 (1983) II 116

I. Das Problem

Seit es Banken gibt und diese für Rechnung ihrer Kunden Konten führen, besteht die Frage, wer den Verlust zu tragen habe, wenn die Bank, durch Betrug veranlasst, aber ohne dass sie oder ihren Kunden ein Verschulden trifft, für Rechnung des letzteren (d. h. zulasten dessen Kontos) eine Vergütung (Barauszahlung oder Überweisung an eine andere Bank) ausrichtet. Die Zunahme des bargeldlosen Zahlungsverkehrs wie das Überhandnehmen der Bankkonten, die früher ausschliesslich ein Instrument für Geschäftsleute und Grosskapitalisten waren, heute aber – so sagen die Banken – auch vom kleinen Mann nicht entbehrt werden können, muss die Häufigkeit der unverschuldeten Fehlvergütungen noch zugenommen haben. Die moderne Technik fügt auch hier ihre Akzente bei: Die elektronische Datenverarbeitung wie die Automatisierung von Zahlungen (z. B. die "Bancomat"-Karten und die durch sie ausgelösten Barauszahlungen) müssen zwangsläufig – so will es wenigstens dem technischen Laien scheinen – die Gefahr der zufallsbedingten (d. h. von niemandem schuldhaft verursachten und durch Sicherheitsvorkehrungen nicht zu verhindernden) Fehlvergütung infolge technischen Defekts heraufbeschwören.

Die Banken haben das Risiko erkannt. Da nach allgemeinen vertragsrechtlichen (auftragsrechtlichen) Grundsätzen dessen Überwälzung auf den Kunden mindestens sehr ungewiss ist¹, haben sie in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (hier Banken-AGB) i. d. R. eine Klausel aufgenommen, der zufolge es die Bankkunden sind, welche den aus Fehlvergütungen erwachsenden Schaden zu tragen haben. Der Frage nach der angemessenen

¹ Die Argumentation müsste dahin gehen, dass durch Eröffnung des Bankkontos ein Dauer-Auftragsverhältnis zwischen dem Kunden als Auftraggeber und der Bank als Beauftragte entsteht, in dessen Rahmen der Kunde die Bank für sämtliche Aufwendungen, welche die Bank gutgläubig für den Kunden macht, zu vergüten hat. In dieser Richtung der Gefahrtragung seitens des Kunden über auftragsrechtlichen *Verwendungsersatz* argumentierend B. KLEINER, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken ..., 2. Aufl., Zürich 1963, S. 62. Diese Auffassung lässt sich aber kaum auf das Gesetz stützen. Abs. I von OR 402 betrifft die "richtige Ausführung" des Auftrages in einem objektiven Sinn und erfasst nicht die hier besprochene Fehlvergütung, auch wenn sich die Bank noch so sehr zu deren Vornahme berechtigt und verpflichtet fühlen durfte. Es liegt vielmehr der Tatbestand von Abs. II vor, der den Auftraggeber im Falle der Schädigung des Beauftragten zu dessen Schadloshaltung verpflichtet, dies jedoch nur unter dem Vorbehalt der Exkulpation des Auftraggebers, die regelmässig gelingen wird.

und gerechten Risiko-Allokation überlagert sich jene nach der Wirksamkeit der entsprechenden Klausel der Banken-AGB.

Kürzlich hat sich das Bundesgericht zweimal binnen weniger Monate mit der hier aufgeworfenen Frage zu befassen gehabt. Dabei ist, wenigstens dem Grundsatz nach, in beiden Fällen zugunsten der Bank entschieden worden. Weniger die Beurteilung der beiden konkreten Tatbestände als die Art der Begründung und die damit für die Weiterentwicklung der Rechtsprechung sich abzeichnenden Tendenzen fordern zu Bemerkungen heraus.

II. Die vom Bundesgericht beurteilten Sachverhalte

BGE 108 II 315

G. unterhält bei der Lloyds Bank International Ltd., Zweigniederlassung Zürich, ein Konto. Die Bank erhält ein im Namen des G. verfasstes und mit der angeblichen Unterschrift des G. versehenes Schreiben mit dem Auftrag zu zwei Banküberweisungen: Es sollen 280'000 Dollar auf das Konto von G. bei Lloyds Bank, Niederlassung New York, und 145'000 Dollar auf das Konto eines X. bei der Dresdener Bank in Frankfurt transferiert werden. Die Bank führt beide Aufträge dem Schreiben konform aus, dieses ist aber von einem unbekanntem Betrüger verfasst, der auch die Unterschrift des G. gefälscht hat. Das auf das Konto des G. nach New York überwiesene Geld ist naturgemäss noch vorhanden, jedoch die der Dresdener Bank überwiesenen 145'000 Dollar verloren, da diese vor Entdeckung der Fälschung "abdisponiert" worden sind. – Dieser "harte Kern" des Tatbestandes ist mit einigen Nebenumständen garniert: Dem Brief war ein im Namen des G. von Frankfurt abgesandter Telex vorausgegangen, welcher den nachfolgenden Brief ankündigte. Dem Brief selber lag ein von einem Y. ausgestellter, auf die Bank of America gezogener Scheck über 545'500 Dollar bei (der sich in der Folge natürlich als wertlos erwies). Diese Zusatzelemente sind rechtlich vorerst ohne Bedeutung. Der Betrüger hatte sie offensichtlich ausgedacht, um die Bank in Sicherheit zu wiegen (insbesondere wohl, um sie von einer telefonischen Rückfrage bei G. abzuhalten), wie ja auch bereits die erste, grössere Überweisung auf das Konto des G. nur diesen Zweck haben konnte.

Die Klage des G. geht dahin, die Bank zur Stornierung (d. h. Rückgängigmachung) der durch die fraglichen Vergütungen veranlassten Belastungen auf seinem Konto zu verpflichten. Das Bundesgericht { 97/98 } weist an die Vorinstanz (Handelsgericht Zürich) zurück, damit diese abkläre, ob die Bank nicht eine Usanz verletzt (und damit schuldhaft gehandelt) habe, indem sie zur Vergütung schritt, ohne vorgängig die Bonität des gleichzeitig eingereichten Schecks überprüft zu haben.

BGE 109 II 116

Eine Aktiengesellschaft unterhält bei der Bank Y. ein Konto C., Mitglied und Sekretär des Verwaltungsrates der AG, ist bezüglich des Kontos zeichnungsberechtigt, und zwar wie üblich "kollektiv zu zweien". C. bezog insgesamt Fr. 20'600 zulasten des Kontos der AG, wobei er auf den Quittungsformularen jeweilen neben seine echte eigene Unterschrift die gefälschte Unterschrift eines anderen Mit-Zeichnungsberechtigten gesetzt hatte. Die AG klagte gegen die Bank, die das Konto entsprechend den Bezügen belastet hatte, auf "Schadenersatz"².

Das die Klage abweisende Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern wird vom Bundesgericht bestätigt.

² Wie unten in Abschnitt IV zu zeigen sein wird, ist diese (in der Folge auch vom Bundesgericht übernommene) Betrachtungsweise allerdings genau besehen verfehlt: Da durch die Fehlvergütung primär nicht der Kunde sondern die Bank geschädigt ist, müsste das Klagebegehren auf Stornierung der Belastung bzw. auf Zahlung des dem Kläger ohne die ungerechtfertigte Belastung zustehenden Saldos lauten.

III. Die Begründung der Entscheidungen

Das Bundesgericht lässt die Frage ungeprüft, wie die Rechtslage sich darstellen würde, wenn die Parteien keine Vereinbarung (sc. im Rahmen der Bank-AGB) über die Schadenstragung getroffen hätten; vielmehr wird direkt auf diese abgestellt. Leider wird der Wortlaut der Gefahrtragungsklausel nicht zitiert, er mag in beiden Fällen – trotz der Verschiedenheit der betroffenen Banken – sinngleich sein³.

Das Bundesgericht scheint die Bedenklichkeit der unbesesehenen Anwendung dieser Regel wenn nicht erkannt, so doch erfüllt zu haben. Zwar verschliesst sich das Gericht jeder Diskussion der Problematik von AGB im allgemeinen und der Fragwürdigkeit der zitierten Ziff. 4 im besonderen. Im ersten Entscheid wird gar umgekehrt die Unbedenklichkeit bescheinigt.⁴ Worte und Taten stimmen indes nicht überein. Wenn eine Rückweisung an die Vorinstanz erfolgt, so kann dies nicht im Ernst in der Meinung geschehen, die Bank habe sich "grobes Verschulden" i. S. der Banken-AGB zuschulden kommen lassen; ein Verschulden an sich (d. h. unqualifizierte Fahrlässigkeit) erscheint schon mehr als fraglich⁵.

Entgegen der verbalen Deklaration liegt dem Entscheid, so vermute und hoffe ich, die unausgesprochene Einsicht zugrunde, dass aus den Banken-AGB nicht unbesehen die sich bei wörtlicher Anwendung ergebenden Schlüsse gezogen werden dürfen. – In den acht Monaten, welche die beiden Entscheidungen trennen, ist in der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts eine andere Idee gereift, um die Anwendung der zitierten Ziff. 4 unter Kontrolle zu nehmen. In *BGE 109 II 119 E. 3* wird erwogen, dass gestützt auf OR 100/II die Wegbedingung einer Haftung (sogar für leichtes Verschulden) vom Richter als nichtig betrachtet werden könne, wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betrieb eines *obligatorisch konzessionierten Gewerbes* erfolgt. Das Bundesgericht bringt zum Ausdruck, dass es der (in der Literatur nur vereinzelt

³ Ziff. 4 der AGB einer Grossbank lautet:

"Unterschriften- bzw. Legitimationsprüfung. Den aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln und Fälschungen entstehenden Schaden trägt der Kunde, sofern die Bank kein grobes Verschulden trifft." Diese Formel ist die wohl vorherrschende, sie wiederholt sich bei verschiedenen kleineren Instituten wörtlich oder doch sinngemäss und mag auch in den hier untersuchten Fällen vorgelegen haben.

Im Hinblick auf unten Abschnitt IV (und auch vorstehende Anmerkung) kann festgehalten werden, dass neben der hier zitierten "neutralen" Formel von einer anderen Grossbank und verschiedenen weiteren Instituten die tendenziöse Formel gebraucht wird, für den Schaden aus Fälschungen usw. "trifft die Bank keine Verantwortung". Damit soll versucht werden, die Vulgärvorstellung am Leben zu erhalten, durch eine Falschüberweisung sei primär der Kunde, nicht die Bank geschädigt. Gerade deshalb ist aber diese Art der Präsentation für die betreffenden Banken sehr gefährlich. Denn der Kunde, der den Fehlvergütungs-Schaden nicht zu tragen bereit ist, behauptet nicht eine "Verantwortlichkeit" der Bank, vielmehr lehnt er nur seine eigene Verantwortlichkeit ab. "in dubio contra stipulatorem" könnte daher gesagt werden, dass in den hier behandelten Fällen dieser Typus der Banken-AGB gar keine Grundlage der Belastung des Kunden abgibt und die betreffende Klausel nur gerade in jenen Fällen wirkt, wo die Bank im Eigentum des Kunden stehende Vermögenswerte einem Falschen herausgibt (vgl. dazu unten Anm. 7).

⁴ *BGE 108 II 316 E. 3* in fine: "Schliesslich ist gegen eine vertraglich vereinbarte Risikoverteilung, wonach die Bank nur bei grober Fahrlässigkeit haftet, nichts einzuwenden, da sie dem Vorbehalt von Art. 100 Abs. 1 OR Rechnung trägt."

⁵ Selbst wenn eine Usanz besteht, vor der Gutschrift die Bonität eingereicherter Wechsel oder Schecks zu überprüfen, kann dies primär doch nur im Eigeninteresse der Bank geschehen, nicht aber im Interesse des Kunden (wenn dieser sicher sein will, bei Uneinbringlichkeit des eingereichten Schecks keine Rückbelastung erdulden zu müssen, kann er ihn mit dem Vermerk "ohne Rückgriff" indossieren; die Bank wird dann erst nach erfolgreichem Inkasso gutschreiben). Einem Zahlungsauftrag beiliegende Schecks oder Wechsel haben keine Legitimationsfunktion und sollen nicht in Legitimationsinstrumente umgedeutet werden, sondern dienen der Abdeckung der beauftragten Bank. Die Entscheidung, ob sie vorerst Eingang abwarten oder aber dem Kunden Kredit machen will, muss allein ihr überlassen bleiben. Hätte dem fraglichen Brief und Vergütungsauftrag kein Scheck beigelegt, hätte die Bank ebenso ausführen dürfen, ohne dass man ihr grobes Verschulden hätte vorwerfen können. Dass sie im gleichen Zug einen sich als ungedeckt erweisenden Scheck zum Inkasso nimmt, kann ihr nicht zum Nachteil gereichen.

und nicht mit ernstzunehmenden Argumenten bestrittenen) Auffassung zuneigt, dass OR 100/II für Banken ebenfalls anwendbar sei. Die Frage braucht jedoch nicht abschliessend beantwortet zu werden, weil das Bundesgericht (wohl zutreffend) feststellt, dass die Bank keinerlei (d. h. weder grobes noch auch nur leichtes) Verschulden trifft, so { 98/99 } dass eine Anwendung von OR 100/II ohnehin entfällt. Weshalb dann überhaupt die ganze Erwägung 3? Dieser Exkurs macht nur dann Sinn, wenn er einerseits als Nachtrag zu *BGE 108 II 315*, andererseits als Ankündigung verstanden wird, das Bundesgericht werde in künftigen Fällen die in den Banken-AGB enthaltene "Haftungsbeschränkung" nach Massgabe von OR 100/II einschränken.

Wenn dies als der heutige Stand der Frage betrachtet werden kann: Vorliegen einer aus OR 100/II abzuleitenden Ermächtigung an den Richter, je nach den Umständen auch bei leichtem Verschulden der Bank dieser die Berufung auf die entsprechende Klausel der Banken-AGB abzuschneiden und damit (bei Verschulden) die Bank den Schaden aus der Fehlüberweisung (ganz, oder nach den Umständen wohl auch bloss teilweise) selber tragen zu lassen – sind zwei Einwendungen zu erheben:

Zuerst die *juristisch-dogmatische* Einwendung, dass für die Kontrolle der Auswirkungen der Banken-AGB das Bundesgericht einen "Aufhänger" gewählt hat, der nicht haltbar ist, da nicht der von OR 100 geregelte Tatbestand der Haftung der Bank gegenüber ihrem Klienten zur Beurteilung steht (dazu der folgende Abschnitt IV). Sodann die *sachliche* Einwendung, dass bei der vom Bundesgericht gewählten Betrachtungsweise der Bankkunde im Falle der Verschuldenslosigkeit der Bank dieser ersatzpflichtig wird, damit im Ergebnis eine Zufallshaftung sämtlicher Bankkunden für Schaden aus Fehlvergütungen bestehen würde, was sachlich ungerechtfertigt ist, und dies in einem Masse, dass sogar die Banken selber, wenn sie die Probleme von erhöhter Warte betrachten, mit dieser Lösung nicht glücklich sein können (dazu unten Abschnitt VI).

IV. OR 100 nicht anwendbar, da durch Fehlüberweisung primär die Bank geschädigt wird und damit deren "Haftung" nicht zur Diskussion steht

OR 100 ist eine vertragliche Haftungsnorm in dem Sinne, als sie in bestimmtem Umfang die gesetzliche Haftung für Nichterfüllung gegenüber haftungsbegrenzenden Parteiabsprachen sichert⁶.

Der Begriff der *Haftung*, traditionsbelastet wie wenige andere, ist gewiss vieldeutig. Allen Begriffsvarianten ist aber gemeinsam, dass damit die Verpflichtung des Haftenden gemeint ist, einem anderen eine Vergütung zu leisten, um einen vom Empfänger erlittenen Nachteil auszugleichen. Niemand kann sich selber haften, denn haften heisst eine Pflicht tragen, eine Pflicht sich selber gegenüber gibt es nicht. Ist dies so, dann kann es aber auch nicht richtig sein zu sagen, derjenige, der einen selber erlittenen Schaden von einem anderen

⁶ Nur am Rande sei vermerkt, dass die von OR 100 anvisierte vertragliche Haftungsbeschränkung m. E. vor allem, wenn nicht gar ausschliesslich, sich auf Haftung für "*positive Vertragsverletzung*" bezieht, nicht aber auf schlichte Nichterfüllung. Es geht doch wohl hauptsächlich um die Haftung für "*damnum emergens*", nicht für "*lucrum cessans*". Denn wenn es z. B. zweifelsfrei möglich ist, einen bloss einseitig den Käufer bindenden Kaufvertrag zu schliessen, während dem Verkäufer die Lieferung freigestellt bleibt, dann ist es widersprüchlich, eine Vertragsabrede als ungültig zu deklarieren, wenn die Parteien nur dasselbe Resultat in andere Form kleiden und sinngemäss sagen: "Der Verkäufer ist zur Lieferung verpflichtet, wird aber bei Nichtlieferung trotzdem nicht schadenersatzpflichtig." Die Anwendung von OR 100 würde hier, bei direktem Vorsatz des Verkäufers nicht zu liefern und damit natürlich bei dessen grobem Verschulden, ihn für *lucrum cessans* haftbar machen, was nicht dem Sinn der Norm entsprechen dürfte.

ersetzt haben will, beschränke damit seine eigene Haftung. Das ist aber genau das, was hier in Diskussion steht.

Wenn eine Bank eine Vergütung (Barauszahlung, Überweisung oder was auch immer) ausrichtet, leistet sie aus ihrem eigenen Vermögen, nicht aus dem Vermögen des Kunden, für dessen Rechnung sie handelt. Besonders deutlich wird dies, wenn das Konto "im Soll steht", d. h. die Vergütung auf Kredit und i. S. der Vergrößerung der Schuld des Kunden erfolgt. Die Tatsache, dass die Bank das Konto des Kunden belastet, ändert daran nichts. Das Konto ist eine rein rechnerische Grösse vorerst ohne selbständige rechtliche Bedeutung; es weist ein Guthaben (oder eine Schuld) des Bankkunden, nicht aber dessen Eigentum aus. Wenn die Bank leistet, greift sie in ihre eigene Tasche, nicht in die Tasche des auftragerteilenden Kunden⁷.

Dies gilt gleichermassen für den Normalfall der auftragsgemässen Vergütungen seitens der Bank wie auch für den Ausnahmefall der (durch Betrug oder Zufall veranlassten) Fehlvergütung: Direktbetroffene ist immer zuerst die Bank. – Im Normalfall der richtigen Vergütung ist es selbstverständlich, dass sie den Kunden bzw. dessen Konto belasten kann und sich dessen Guthaben gegenüber der Bank entsprechend verringert (bzw. die Schuld vergrössert); { 99/100 } die Auftragserteilung des Kunden ist hier der undiskutable Rechtsgrund für diese Belastung des Kunden. Im Falle der Fehlvergütung muss erst ein Rechtsgrund gefunden werden, wenn die aus dem Vermögen der Bank erfolgte Leistung ersetzt, der der Bank entstandene Schaden auf den Dritten (den Kunden) abgewälzt werden soll. Vorliegendenfalls wollen die Banken-AGB diesen Rechtsgrund schaffen. Die fragliche Klausel statuiert eine *Haftung des Bankkunden gegenüber der Bank für den von dieser erlittenen Schaden, nicht aber beschränkt sie die Haftung der Bank gegenüber dem Kunden*, wie das Bundesgericht unterstellt, wenn es OR 100 heranzieht.

Aus *mandatsrechtlichen Grundsätzen* (OR 394-406), denen in der Tat die Rechtsbeziehung der Parteien unterliegt, kann nicht etwas anderes abgeleitet werden. Wenn OR 398/II eine Haftung des Beauftragten "für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes" statuiert, so betrifft dies nur den Fall, dass die Handlung des Beauftragten sich in der Sphäre des Auftraggebers auswirkt, dieser einen Schaden erleidet. Dies ist etwa der Fall, wenn die Bank dem Kunden gehörende Vermögenswerte herausgibt; hier würde sie, wenn ein Fehler unterläuft, gemäss OR 398/I für *omnis culpa* haften und es könnten die Banken-AGB, hier sich als Haftungsbeschränkung auswirkend, in der Tat an OR 100 gemessen werden. Im hier betrachteten Tatbestand liegen die Dinge umgekehrt. – Auch die *actio mandati contraria* gemäss OR 402, d. h. der Ersatzanspruch des Beauftragten auf Ersatz seiner Aufwendungen, hilft nicht dazu, OR 100 anwendbar zu machen. Wie auch immer der Ersatzanspruch des Beauftragten (der Bank) beschaffen sei: die entsprechenden Klauseln der Banken-AGB wollen diese Ersatzpflicht über OR 402 hinausgehend ausweiten, betreffen aber nicht i. S. von OR 100 eine von der Bank zu tragende Schadenersatzpflicht. Es bleibt demnach dabei, dass OR 100 keine geeignete Norm darstellt, um den Rückgriff der Bank auf ihren Kunden für Schädigungen aus Fehlvergütungen unter Kontrolle zu halten. Die an sich berechtigte Tendenz kann nur auf anderem Wege und mit grundsätzlicheren Überlegungen verfolgt werden (unten Abschnitt VI).

⁷ Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Bank im Eigentum ihres Kunden stehende Objekte verwahrt und diese herausgibt, was bei hinterlegten oder verpfändeten Objekten (Münzen, Edelmetalle, Kunstgegenstände u. dgl.) und wohl auch von der Bank treuhänderisch gehaltenen Forderungen gegenüber Dritten vorkommen mag. Für im Depot der Bank befindliche Inhaberpapiere, die regelmässig in Sammelverwahrung gehalten werden und nicht im ausgesonderten Eigentum jedes Bankkunden stehen, gilt bereits wieder das für Geldleistungen Gesagte.

V. Das Bundesgericht hat (wahrscheinlich) doch richtig entschieden.

Vor der Grundsatzdebatte über die Risikoverteilung sei doch noch ein Blick auf die Sachverhalte geworfen, welche Anlass zu den beiden Bundesgerichtsurteilen gaben. Wie überaus häufig liegt auch hier der Fall vor, dass die Entscheidung des Bundesgerichts als solche richtig ist und nur die Begründung nebenaus geht. Dies lässt sich zweifellos vom zweiten Fall sagen, gilt in noch näher auszuführendem Sinn vielleicht aber auch für den ersten.

BGE 109 II 116

Im Fall des die Unterschrift eines Mit-Zeichnungsberechtigten fälschenden Verwaltungsrates kann man sich nur wundern, dass die I. Zivilkammer sich nicht ihrer keine vier Jahre zurückliegenden Entscheidung *BGE 105 II 291 i. S. Honeywell Bull* erinnert, der mir unter sämtlichen relevanten Gesichtspunkten identisch zu sein scheint mit dem vorliegenden Fall; dies Präjudiz ergibt eine klare Haftung der AG für die Handlung ihres Verwaltungsrates, allerdings nicht auf vertraglicher Grundlage, sondern gestützt auf ZGB 55 und OR 718/III: Die AG haftet, weil ihr Organ aus der Organstellung heraus einen Dritten – hier die Bank – deliktisch geschädigt hat. Ist dies so, bräuchte die Frage nach einer vertraglichen (d. h. aus dem Vertrag zwischen der Bank und ihrem Kunden sich ergebenden) Ersatzpflicht des Kunden gar nicht erst aufgeworfen zu werden⁸.

BGE 108 II 315

Etwas komplizierter liegen die Dinge im Falle G. gegen Lloyds Bank. Zwar darf das Resultat, dass der zufälligerweise betroffene Kunde, obwohl selbst am Zustandekommen der Fehlüberweisung gänzlich unbeteiligt, deren Kosten zu tragen hat, es sei denn, dass er der Bank grobes Verschulden nachweise, in dieser allgemeinen Form nicht wahr sein, könnte sich doch andernfalls angesichts dieser unkalkulierbaren Risiken niemand den Luxus eines Bankkontos leisten; dazu die grundsätzlichen Überlegungen im folgenden Abschnitt VI. Für den konkreten Fall wird man indes etwas getröstet, wenn man Zusatzinformationen besitzt, wie sie der Schreibende, ohne selber mit dem Fall in irgend einer Form befasst gewesen zu sein, mehr zufällig von einem an der Prozessführung Beteiligten erhalten hat. Diese gehen ungefähr dahin, dass die Nebenumstände der die Fehlüberweisung veranlassenden betrügerischen { **100/101** } Machenschaften in viel höherem Masse, als aus dem publizierten Entscheidtext sichtbar wird, eine Beziehung zur Person des Kontoinhabers bzw. "dessen Leuten" hatte. Der Betrüger kannte nicht nur die Konten mit Nummern bei Lloyds Bank in Zürich und New York, sondern auch noch weitere Interna des Kontoinhabers, so dass eine aussergewöhnliche Beziehungsnähe zwischen den betrügerischen Machenschaften und der Tatsache der Führung des Kontos bestand, was, wie anschliessend noch zu zeigen sein wird, bei der Beurteilung ins Gewicht fallen muss und vielleicht bei voller Kenntnis des Dossiers in der Tat die vom Bundesgericht im Prinzip bejahte Haftung zu rechtfertigen vermag. Nebenbei: Vor dem Zürcher Handelsgericht, an welches der Fall zurückgewiesen worden war, haben die Parteien anscheinend einen *Vergleich* geschlossen, was der gegebenen Sachlage am besten entsprechen dürfte. So hat die Rückweisung, die ihrerseits wie gesehen, recht fragwürdig begründet ist, doch ihr Gutes gehabt.

⁸ Immerhin sei angemerkt, dass vielleicht auch unter dem vertraglichen Gesichtspunkt eine Haftung in Frage käme und sachlich gerechtfertigt wäre; vgl. dazu unten Abschnitt VI/2.

VI. Grundsätzliche Überlegungen zur Risikotragung

Es kann sich hier nicht darum handeln, fertige Resultate vorzutragen. Die wissenschaftliche Diskussion steht erst am Anfang; die vom Bundesgericht seinen richtigen Entscheidungen unterlegten verfehlten Begründungen sind ihrerseits Symptom eines Defizits wissenschaftlicher Behandlung des Problems.

Hier sei lediglich versucht, einige Gedanken zur Fragestellung und zu den in die Betrachtung einzubeziehenden sachlichen Gesichtspunkten zusammenzutragen. Dabei soll der Betrachtung de lege lata (Abschn. VII) die rechtspolitisch-problembezogene vorangehen.

1. Eine konsequente Zufallshaftung des Bankkunden wäre sachlich inakzeptabel

Wird die AGB-Regel bzw. der Entscheidgehalt der hier diskutierten BGE konsequent gehandhabt, ergibt sich daraus eine umfassende Zufallshaftung des Kunden für Schaden aus Fehlüberweisungen der Bank. Es wird nicht, wie *BGE 109 II 116* vorgibt, die Haftung der Bank wegbedungen, sondern vielmehr eine *Haftung des Bankkunden* eingeführt (oben Abschn. IV). Jeder einzelne Bankkunde sichert der Bank Schadloshaltung für deren Fehlüberweisungen zu, die die Bank –subjektiv gutgläubig, objektiv ohne jeden sachlichen Anlass – in den Zusammenhang mit einem bestimmten Konto gebracht hat.

Anhand praktischer Beispiele muss man sich vorzustellen versuchen, welche Tragweite die in den Banken-AGB statuierte Haftung des Bankkunden annehmen könnte, wenn die Banken-AGB in diesem Punkte tatsächlich Recht machen sollten.

Da die eigenhändige Unterschrift nur beschränkte Individualisierungsgewähr bietet und leider die Begabung nicht selten ist, Unterschriften so zu fälschen, dass die Fälschung im Rahmen zumutbarer Überprüfung nicht als solche erkannt werden kann, muss jeder Kontoinhaber riskieren, dass ein Betrüger, der Kenntnis von seiner Unterschrift hat und gleichzeitig von der Existenz eines Bankkontos und dessen Nummer erfährt, die Bank zu Auszahlungen oder sonstigen Vergütungen veranlasst. Er hätte den Schaden zu vergüten, obwohl er den Betrüger vielleicht überhaupt nie gesehen hat. Man kann sich auch denken, dass der Betrüger ohne Verschulden der Bank zwar, aber doch über sie, erst Kenntnis vom Bestehen des Kontos und von der Unterschrift erlangt hat, beispielsweise auf Grund eines Einbruchs oder von Betriebsspionage. Im "elektronischen Zeitalter" wird vielleicht in Zukunft grössere praktische Bedeutung als die Unterschriftenfälschung das "Knacken" von Computern besitzen: Ein Unbefugter kann z. B. Kontenstände abfragen und auch Vergütungsaufträge eingeben. Auch dies eine Form von "Fälschung", die nach der Philosophie der AGB zulasten des betroffenen Kunden gehen müsste, selbst wenn dieser vom Betrüger ganz zufällig und willkürlich aus sämtlichen Kontoinhabern ausgewählt worden wäre. Eine unterschiedliche Behandlung dieser konstruierten und hypothetischen –aber deshalb nicht unmöglichen – Sachverhalte gegenüber dem Fall der Unterschriftenfälschung in *BGE 108 II 315* ist vorerst nicht zu ersehen. Man könnte zwar in reiner Wortinterpretation und "contra stipulatorem" den Begriff der Fälschung im traditionellen Sinn auf Unterschriften- bzw. Dokumentenfälschungen einschränken, um die Anwendung der AGB und damit die Haftung des Kunden auszuschliessen. Damit würde man lediglich dem Problem ausweichen, und dieses nicht glaubwürdig lösen: Was soll es für einen Unterschied machen, ob der Betrüger über die Elektronik oder über Papiere an das Geld der Bank herankommt, indem er sich als einer ihrer Kunden geriert? Nichts würde überdies die Banken { **101/102** } hindern, in einer revidierten Fassung ihrer AGB derartige "technologische Betrügereien" den Urkundenfälschungen gleichzustellen.

Dürfen die Banken über die AGB die Schäden auf die Kunden abwälzen, die durch (mit

Sicherheitsvorkehrungen nicht abwendbaren) Missbrauch der Elektronik entstehen, dann ist auch der Weg offen, die Risiken *spontaner Fehlleistungen der Elektronik* den jeweiligen zufällig betroffenen Kunden tragen zu lassen. Stromunterbrüche, kurze Erdstösse oder einfach technische Defekte, wie sie bei aller Sorgfalt niemals ganz ausgeschlossen werden können, mögen zu einer Vergütung zulasten des Kontos eines Bankkunden an Dritte und damit (bei Uneinbringlichkeit des Kondiktionsanspruchs) zu einer Schädigung führen: Dinge, die mit zunehmender "Elektronisierung" der Buchhaltungs- und Zahlungsfunktionen auch immer häufiger werden müssen. Wenn das "Zufallsrisiko aus Betrug" auf die Kunden überwältigt werden darf, weshalb nicht das "Zufallsrisiko aus Technik"? Dies wäre, wenn man nicht die AGB einer Inhaltskontrolle unterwerfen will, ohne weiteres möglich. Es ist bereits ein Schritt in dieser Richtung getan, statuiert doch die Banken-AGB regelmässig eine Schadenstragungspflicht des Kunden bei Fehlvergütungen, die aus *Übermittlungsfehlern* entspringen⁹.

An dieser Stelle muss – im Rahmen rechtspolitischer Überlegung – eine *ökonomische Überlegung* eingeschaltet werden. Vordergründig liegt ein Interessengegensatz zwischen der Bank und ihren Kunden (bzw. zwischen der Gesamtheit der Banken und der Bankkunden) vor. Wenn wir vom Einzelfall abstrahieren und auf der Ebene der generellen Rechtsregel überlegen, muss man feststellen, dass die Bank, wenn sie mit dem Fehlvergütungsrisiko belastet ist, ihre daraus resultierenden Schädigungen wie ihre übrigen Unkosten behandeln und wie diese auf ihre Kunden überwälzen wird. Sie kann dies auch tun, da ihre sämtlichen Konkurrentinnen mit dem gleichen Risiko belastet sind, im Durchschnitt die gleichen Unkosten haben und ebenfalls ihre Kunden damit belasten. Damit wird ein interessanter Doppelaspekt juristischer Entscheidung deutlich: Wenn ein konkreter Streitfall entschieden wird, geht dies natürlich unmittelbar zulasten bzw. zugunsten der beteiligten Prozessparteien (also der konkreten Bank bzw. deren Kunden). Die generelle Regel, die statuiert wird, kann sich indessen ganz anders auswirken und wirkt sich hier auch ganz anders aus: Generell gesehen und für den Ablauf der Jahre und Jahrzehnte entscheidet sie nicht, ob der Fehlvergütungs–Schaden zulasten der Banken oder der Kunden geht, sondern darüber, ob die einzelnen, zufällig betroffenen Kunden oder umgekehrt die *Gesamtheit* aller Bankkunden die vorkommenden Schäden zu tragen haben. In letzterem Fall würde dies über eine (wohl minimale, nicht spürbare) Erhöhung der von den Kunden an die Banken zu leistenden Vergütungen geschehen.

So gesehen kann es nicht zweifelhaft sein, dass der "Sozialisierung" des Risikos, d. h. der Belastung sämtlicher Bankkunden mit dem Schaden der zufällig vorkommenden Fehlvergütungen, der Vorzug zu geben ist gegenüber der Belastung des einzelnen Kunden.

So sehr man das Bestreben der jeweils betroffenen Bank versteht, ihren Schaden im konkreten Fall abzuwälzen, so wenig kann im Grunde die sich in den Banken-AGB manifestierende generelle Tendenz rational begründet werden. Die recht verstandenen, d. h. langfristigen Interessen der Banken insgesamt fordern die entgegengesetzte Position. Die von den Banken angestrebte Verbreitung der Bankkonten und des bargeldlosen Zahlungsverkehrs lässt sich nicht mit der Existenz unkalkulierbarer Risiken für die Bankkunden vereinbaren. Das "Fehlvergütungs-Risiko" lässt sich wie sonstige Aufwendungen als Unkosten auf die Kunden insgesamt überwälzen und belastet letztlich nicht die Banken. Es verhält sich gleich mit dem Risiko der Bonität der Bankschuldner. Die aus Insolvenz einzelner Bankschuldner der Bank erwachsenden Schäden wird von der Gesamtheit der solventen Schuldner und den übrigen Bankkunden getragen. Diese Risiken sind jedoch unvergleichlich grösser als die hier

⁹ Ziff. 6 der gleichen oben (Anm. 3) zitierten AGB: "*Übermittlungsfehler*. Den aus der Benutzung von Post, Telegraph, Telefon, Telex entstehenden Schaden trägt der Kunde, sofern die Bank kein grobes Verschulden trifft."

behandelten Fehlvergütungs-Risiken¹⁰. { 102/103 }

2. Wo soll die Risikotragung der Banken ihre Schranke finden?

Mit dem Vorangehenden sollte gezeigt sein, dass nicht bloss die Abwesenheit groben Verschuldens, sondern auch das Fehlen jeglicher Schuld auf seiten der Bank es nicht zu rechtfertigen vermag, die durch Fehlvergütung bei der Bank eintretende Schädigung auf den zufällig betroffenen Kunden zu überwälzen. Daraus würde dem Grundsatz nach folgen, dass die durch "reinen Zufall" (d. h. keinerlei Verschulden bei irgend einer der Vertragsparteien ausgelöste Schädigung von der Bank zu tragen wäre. Ich möchte indessen nicht soweit gehen und die Bank immer und in allen Fällen den Schaden tragen lassen, in denen den betroffenen Kunden nicht seinerseits ein Verschulden trifft, er durch Fahrlässigkeit die Fehlvergütung mitverursacht hat (z. B. Scheckformulare dem Zugriff des bekanntermassen nicht vertrauenswürdigen Unterschriftenfälschers aussetzte). Die Risiko-Zuteilung an die Bank war ja unter der Voraussetzung erfolgt, dass der Zufall bestimmte, im Namen welches der Bankkunden die Fehlvergütung veranlasst wurde; es sollen nicht Risiken, die allein im Betrieb des Bankgeschäfts und dessen Techniken angelegt sind, mit dem "betroffenen" Kunden jedoch nichts zu tun haben, auf diesen überwälzt werden. Es können die Dinge indessen auch anders liegen: Der Betrüger handelt im Namen eines ganz bestimmten Kunden, weil er infolge einer Beziehung zu diesem und infolge besonderer Kenntnisse um die Verhältnisse des Kunden und dessen Verbindung zur Bank besondere Täuschungsmöglichkeiten besitzt. Es lassen sich Fälle denken, in denen die äusseren Umstände den Betrachter zur Annahme führen, der Betrüger habe nicht die Bank zu betrügen versucht, sondern einen bestimmten Kunden, dessen Geschäftspartner, früherer Angestellter oder persönlicher Feind er ist. Ist der Betrug gewissermassen "im Bereich" des betroffenen Kunden angesiedelt, ist die Tatsache, dass sein Konto belastet wird, zwar immer noch vom Verschulden des Kunden unabhängig und insofern zufällig, aber kausalgesetzlich ist die Existenz der Beziehung zwischen Kunden und Bank die Voraussetzung der Fehlvergütung; diese hätte, so verstehen wir den hier besprochenen Sachverhalt, ohne die Beziehung zwischen Kunden und Bank nicht stattgefunden. Je nach der Intensität des Einfließens von Elementen aus dem Bereich des Kunden in das Zustandekommen des Betrugs kann das Postulat, die durch die Fehlvergütung primär geschädigte Bank definitiv belastet zu lassen, abgeschwächt oder gar in sein Gegenteil verkehrt werden: Hat die Tat ihre Wurzeln nicht in der Geschäftstätigkeit der Bank, sondern im persönlichen Bereich des Kunden, so rechtfertigt sich eine entsprechende Risiko-Allokation.

¹⁰ Ein Unterschied allerdings muss anerkannt werden. Ist ein Kredit einmal gewährt, ist die Entstehung der Insolvenzsünden weitgehend zwangsläufig. Gleiches lässt sich nicht von den Fehlvergütungs-Risiken sagen, hängt es doch hier (insbesondere angesichts des Ermessensspielraums, der hier besteht; dazu folgende Ziff. 2) weitgehend von der *Kulanz* der betroffenen Bank ab, ob sie (ohne Gerichtsverfahren) die eingetretene Schädigung selber übernimmt oder aber auf den Kunden abwälzt. Auch wenn es richtig ist, dass die generelle Risiko-Übernahme seitens der Banken diese im Endergebnis nicht belastet, muss doch die Schwierigkeit gesehen werden, die sich daraus ergibt, dass unvermeidlich jede einzelne Bank versucht ist, sich durch Nichtbeachtung der Regel (d. h. durch versuchte Abwälzung der eingetretenen Schäden auf den betreffenden Kunden) einen *Sondervorteil* zu verschaffen. Die hier postulierte Regel erfordert daher bei den Banken Selbstdisziplin und gegenseitige Kontrolle. Und "tiefenpsychologisch" dürfte die Abneigung der Banken gegen die Risikotragung ihre Wurzel darin haben, dass das Vertrauen in die Beachtung der Regel fehlt. Das Problem könnte durch Versicherung der betreffenden Risiken ausgeräumt werden; Versicherung wäre hier nicht zur Risikovermeidung notwendig (jede Bank, die nicht Kleinst-Bank ist, vermag die hier behandelten Risiken zu verkraften), sondern um eine *gleichmässige Einhaltung der Spielregeln durch sämtliche Banken zu gewährleisten*.

VII. Rechtslage de lege lata – Zusammenfassung

Es liegt auf der Hand, dass die vorstehend postulierte Lösung im klaren Gegensatz zu den AGB steht, wie sie von den Banken regelmässig verwendet werden. Der vom Bundesgericht neuestens betretene Weg, diese AGB über OR 100 unter Kontrolle zu nehmen, ist ein Irrweg, da erstens die juristischen Voraussetzungen nicht gegeben sind (oben Abschn. IV), andererseits der eigentliche Missstand, dass nämlich (dem Grundsatz nach) der Kunde mit Risiken belastet wird, die ihren Sitz und Ursprung im Betreiben des Bankgewerbes an sich haben und keinerlei Bezug zu ihm aufweisen, damit nicht beseitigt wird. Soll dieser Missstand ausgeräumt werden, besteht kein anderer Weg als über die *Inhaltskontrolle* bzw. *Nichtanwendung der Banken-AGB*. Die Problematik der rechtlichen Behandlung der AGB kann an dieser Stelle nicht im Grundsätzlichen aufgerollt werden; dazu müssen die Literaturhinweise der Fussnote genügen¹¹.

In Deutschland und in Österreich sind je Sondergesetze erlassen worden. Die Auffassung, dass auch hierzulande etwas geschehen solle, gewinnt zusehends an Boden. Dabei { 103/104 } kann man geteilter Meinung sein, ob nach den genannten ausländischen Beispielen eine vergleichsweise einlässliche Detailgesetzgebung oder lediglich eine Generalklausel (nach dem Muster: "Sachlich unangemessene AGB finden keinen Rechtsschutz") wünschbar ist. Vorerst, so würde ich meinen, sollte vor jeder Intervention des Gesetzgebers die *Gerichtspraxis* versuchen, einen Schritt nach vorn zu tun; die hier besprochene Regel der Banken-AGB würde sich wie kaum ein anderes Beispiel hiezu eignen. Neben den oben in Abschnitt VI herausgestellten sachlichen Argumenten wäre insbesondere auch der *kartellistische Aspekt* mitzubersichtigen: Der Kunde hat keine Möglichkeit, zu einem Konkurrenten auszuweichen, da sämtliche Banken im wesentlichen die selben AGB aufzwingen.

Aufgabe der Wissenschaft wird es sein, der Gerichtspraxis den Weg zu bereiten. Dabei geht es vorerst um die Schaffung eines "Problembewusstseins" im juristischen Publikum, zweitens auch um Aufzeigen der sachlichen Kriterien, welche die Abgrenzung der Risikotragung zwischen Banken und Bankkunden ermöglicht. An dieser Stelle konnte nicht der Versuch unternommen werden, diese Abgrenzung in allen Aspekten zu zeichnen. Viel eher ging es darum, den Ausgangspunkt der Überlegungen klarzustellen, d. h. zu zeigen, dass eine Fehlvergütung immer primär das Vermögen der Bank belastet, die Überwälzung des Schadens auf den Kunden einer soliden rechtlichen Grundlage bedarf. Diese Grundlage kurzerhand und ohne sachliche Überprüfung in den Banken-AGB zu erblicken, wird auf längere Sicht nicht möglich sein. Die richterliche Kontrolle der Banken-AGB wird gewährleisten müssen, dass eine Überwälzung auf jene Fälle beschränkt bleibt, in denen die Veranlassung der Fehlüberweisung im Bereich des Kunden ihre spezifischen Wurzeln hat. Dagegen müssen Schäden, die ihren Ursprung in den Allgemeinrisiken des Betriebs des Bankgewerbes haben, bei der Bank bleiben, d. h. dort, wo sie eingetreten sind.

¹¹ *Deutschland*: LÖWE/GRAF VON WESTPHALEN/TRINKNER, Grosskommentar zum AGB-Gesetz, 2. Aufl., Heidelberg 1983; ULMER/BRANDNER/HENSEN, AGB-Gesetz, 3. Aufl., Köln 1978; WOLF/HORN/LINDACHER, AGB-Gesetz, Kommentar, München 1984.

Österreich: Kommentar (kurz): KOSESNIK/WEHRLE, Konsumentenschutzgesetz (Juridika Verlag), Wien 1982; oder (umfangreich): KREJZI, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (Orac Verlag), Wien 1981.

Schweiz: CARL BAUDENBACHER, Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der AGB, Zürich 1983; PETER FORSTMOSER, Die rechtliche Behandlung von AGB im schweizerischen und deutschen Recht, in: Festgabe Kummer, 99 ff., Bern 1980; PETER FORSTMOSER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den AGB in der Schweiz – Eine Standortbestimmung, in: AGB in Doktrin und Praxis (Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht Bd. 5, 23 ff.), Zürich 1982; HANS GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle AGB (Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht), Zürich 1983; HANS MERZ, Massenvertrag und AGB, in: Ausgewählte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht, 313 ff., Bern 1977.