

Lektion 4
Sachverhalt Nr. 1

Anwältin Alder ist im Stress, denn sie muss schon bald für ihren Klienten Koller eine Schadenersatzklage einreichen. Seine Dokumentation der Schadenersatzforderung umfasst mehrere Ordner, die den Verlauf der Heilung und die dabei aufgelaufenen Kosten dokumentieren. Um die Klage vorzubereiten, bittet sie den in ihrer Anwaltskanzlei angestellten Anwalts-Praktikanten Piller, die Klageschrift anhand der Ordner vorzubereiten. Dieser übersieht die beiden im Ordner enthaltenen Rechnungen für Konsultationen bei einem spezialisierten Arzt in der Höhe von total Fr. 8'000. Anwältin Alder bemerkt dies bei der Endkontrolle nicht. Das Gericht heisst die Klage Kollers in der Höhe von Fr. 100'000 vollumfänglich gut. Für die Nachforderung der vergessenen Fr. 8'000 entstehen gerichtliche Mehrkosten in der Höhe von Fr. 1'000. *Hat Koller einen vertraglichen Anspruch auf Fr. 1'000 gegen Alder oder Piller?*

Lösungsvorschlag Nr. 1

Zu prüfen sind die Vertragsverletzung, die in Art. 97 Abs. 1 OR erfasst ist, und die Form des Beizugs von Praktikant Piller.

Die Voraussetzung ist die Vertragsverletzung, ein Schaden, der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang und das Verschulden. Zuerst erfolgt die Prüfung für die Klage gegen Alder. Bei diesem Sachverhalt stellt sich vorab die Frage, auf welcher Grundlage der Beizug Pillers erfolgt. Es sind *zwei Möglichkeiten* denkbar (Hilfsperson, Substitut, jeweils als zulässiger oder unzulässiger Beizug).

- Ein unzulässiger Beizug, der bereits eine Vertragsverletzung darstellt, liegt dann vor, wenn Anwältin Alder gemäss Vertrag mit Koller alles hätte alleine machen müssen. Grundsätzlich sieht das Auftragsrecht das so vor (Art. 398 Abs. 3 OR). Der Sachverhalt erwähnt aber, dass Alder die Klage durch Piller *vorbereiten* liess. Dies lässt darauf schliessen, dass Piller unter Aufsicht und Kontrolle Alders arbeitet. Dies ist als untergeordnete, unterstützende Tätigkeit zulässig und üblich und verletzt Art. 398 Abs. 3 OR nicht.¹ Die Frage des unzulässigen Beizugs stellt sich auch beim Substituten (vgl. Art. 399 Abs. 1 OR).²
- Es verbleibt die Unterscheidung zwischen Substitut und Hilfsperson. Die Qualifikation als Substitut ist nur bei Aufträgen möglich.³ Bei der Substitution lässt der Beauftragte „*die geschuldete Leistung durch einen Dritten erbringen*“, „*und zwar so, dass der Dritte selbständig anstelle des Schuldners erfüllt*“.⁴ Dieser Dritte ist eine *wirtschaftliche selbständige Person*.⁵ Die Selbständigkeit ergibt sich aus der wirtschaftlichen Unabhängigkeit, bei der keine Leitung oder Überwachung des Substituten erfolgt. Hier ist es aber gerade nicht so. Piller ist ein Angestellter der Anwaltskanzlei Alders, also keine wirtschaftlich selbständige Person. Piller ist in die *Arbeits- und Erfüllungsorganisation* Alders eingebettet. Die Pflichten aus dem Anwaltsvertrag gehen nicht auf Piller über. Es ist nach wie vor Alder, die die Leistung und die Verantwortung dafür übernehmen muss – die Erarbeitung der Klageschrift fällt nicht aus ihrem Pflichtenheft. Sie muss den *lediglich unterstützend arbeitenden* Piller sogar *überwachen*, was bei einer

¹ Vgl. CHK-Gehrer Cordey/Giger, OR 399 N 2.

² Vgl. BSK OR I-Weber, Art. 399 N 5: „*Gemäss Abs. 1 führt der unbefugte Beizug eines Substituten (vgl. Art. 398 Abs. 3) zu einer Haftung des Beauftragten für dessen Handlungen, «wie wenn es seine eigenen wären».* Dieser Wortlaut ist ungenau, weil der unbefugte Beizug schon an sich eine Vertragsverletzung darstellt und insoweit eine Exkulpation nicht möglich ist (Art. 97; von Tuhr/Escher, 124; Derendinger, N 299; BK-Fellmann, N 12). Das in der Lehre zum Teil zusätzlich herangezogene Kriterium der hypothetischen Vorwerfbarkeit, wonach dem Beauftragten das Verhalten des Substituten anzurechnen ist, wie wenn er selbst so gehandelt hätte (BK-Fellmann, N 22 f.), erweist sich im Rahmen von Abs. 1 als sachwidrig; Abs. 1 begründet vielmehr eine sog. milde Kausalhaftung (BK-Fellmann, N 30 f.). Bei Schadenseintritt hat der Beauftragte das positive Vertragsinteresse zu ersetzen; bei deliktischen Handlungen des Substituten besteht Anspruchskonkurrenz mit Art. 55.“

³ Vgl. CHK-Furrer/Wey, OR 101 N 18: „*Die Abgrenzungsproblematik stellt sich nur bei Vorliegen eines Auftragsverhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner, da die Substitution Teil des Auftragsrechts (...) ist.*“

⁴ Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N 2036.

⁵ Vgl. CHK-Gehrer Cordey/Giger, OR 399 N 4.

Substitution gerade nicht mehr geschuldet ist (vgl. Art. 399 Abs. 2 OR *e contrario* – die cura in custodiendo, d.h. die Pflicht zur Überwachung, fehlt darin).⁶ Piller ist also eine gewöhnliche Hilfsperson nach Art. 101 Abs. 1 OR.⁷

Einige Autoren verwenden schon bei der Abgrenzung zwischen Substitut und Hilfsperson das Kriterium der Interessenlage, wonach der Substitut im Interesse des Auftraggebers beigezogen werden müsse. Dies ist m.E. erst in einem späteren Stadium, nämlich bei der Begründung des Haftungsprivilegs gemäss Art. 399 Abs. 2 OR angezeigt. Dieses grosszügige Haftungsprivileg soll nur dann greifen, wenn die Substitution im Interesse des Auftraggebers erfolgt.⁸ Lehre und Rechtsprechung bejahen ein Interesse des Auftraggebers an der Substitution, wenn der Substitut über Spezialistenwissen verfügt und nicht zur Erfüllungsorganisation des Beauftragten gehört. Liegt der Beizug *auch* im Interesse des Beauftragten, ist das Haftungsprivileg kaum gerechtfertigt.⁹ Wendet man das Kriterium der Interessenlage schon bei der Abgrenzung Hilfsperson vs Substitut an, wie es Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger¹⁰ tun, verliert der Auftraggeber den Direktanspruch gegen den *im Interesse des Beauftragten* beigezogenen Substituten (Art. 399 Abs. 3 OR), weil er *ab initio* nur als Hilfsperson i.S.v. Art. 101 OR gilt – und gegen eine Hilfsperson hat man keinen vertraglichen Direktanspruch.¹¹

Die Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 1 OR lauten zusammengefasst wie folgt: Schaden, Kausalzusammenhang, funktioneller Zusammenhang, hypothetische Vorwerfbarkeit. Die Prüfung der hypothetischen Vorwerfbarkeit erfolgt beim Verschulden. Die Schädigungen durch Piller weisen den notwendigen funktionellen Zusammenhang auf, dass sie zugleich eine Nicht- oder Schlechterfüllung der Schuldpflicht der Geschäftsherrin Alder bedeuten (funktioneller Zusammenhang, „*in Ausübung ihrer Verrichtung*“). Die Handlungen und Unterlassungen Alders erfolgten *direkt bei der Vertragserfüllung, bei der Redaktion der Klageschrift*, nicht bloss bei Gelegenheit der Erfüllung. Die Schädigung muss sich folglich durch eine Vertragshandlung ergeben.¹² Alder haftet also grundsätzlich für Pillers Handlungen, doch müssen die weiteren Voraussetzungen gegeben sein.

Der Schaden als unfreiwillige Vermögensverminderung beträgt gemäss Sachverhalt Fr. 1'000. Ohne Vertragsverletzung wäre Koller um Fr. 1'000 reicher.

⁶ Vgl. CHK-Gehrer Cordey/Giger, OR 399 N 4.

⁷ Vgl. dazu auch BGer 4P.317/2001, E. 5.

⁸ Vgl. BGer 4A_407/2007, E. 2.3: «Das Bundesgericht hat bezüglich der Frage, ob ein vom Beauftragten im Rahmen der Auftragsbefreiung beigezogener Dritter als Hilfsperson oder als Substitut zu qualifizieren sei, namentlich darauf abgestellt, ob der Dritte die ihm übertragene Aufgabe selbständig erfüllt (...). In der Lehre wird angenommen, dass daneben eine Interessenabwägung vorgenommen werden müsse (...), weil das Haftungsprivileg des Art. 399 Abs. 2 OR nicht gerechtfertigt sei, wenn die Substitution allein im Interesse des Beauftragten, z.B. zu seiner Arbeitsentlastung, erfolge (...). Dies entspricht der Rechtsprechung, wonach sich die beschränkte Haftung gemäss Art. 399 Abs. 2 OR nur rechtfertigt, wenn die Substitution im Interesse des Auftraggebers erfolgt, was namentlich zutrifft, wenn der Beauftragte einen Spezialisten bezieht (...).»

⁹ Rusch, Jusletter 18.10.2010, N 5, https://arnoldrusch.files.wordpress.com/2017/09/101018_jusletter.pdf (18.2.2019).

¹⁰ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3061: „In Lehre und Rechtsprechung stehen bei der Abgrenzung von Hilfsperson und Substitut zwei Kriterien im Vordergrund: Das erste Kriterium beschlägt die Selbständigkeit bei der Verrichtung der Aufgabe. Wird die geschuldete Leistung ohne die Weisung und Aufsicht des Schuldners erbracht, so spricht dies für die Substitution. Das zweite Kriterium betrifft die Interessenlage. Geht es um die optimale Geschäftsführung im Interesse der Auftraggeberin, spricht dies für die Substitution. Steht hingegen das Interesse des Beauftragten an zusätzlichem Geschäftsvolumen im Vordergrund, spricht dies für die Gehilfenschaft – und damit für die Haftung gemäss Art. 101. Erfolgt der Beizug im Interesse beider Parteien, ist eine Interessenabwägung vor zu nehmen. Daneben spielen im Einzelfall auch andere Indizien eine Rolle, etwa die Spezialkenntnisse der beigezogenen Person und das jederzeitige Kündigungsrecht, die beide für die Substitution sprechen. Es ist nicht zu übersehen, dass das Bundesgericht die Zuordnung auch im Hinblick auf die Rechtsfolgen trifft, was Zustimmung verdient.“ In der Fussnote 109 zu N 3061 äussern sich Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger positiv über die von mir vorgeschlagene Neuinterpretation (Angaben in FN 11 unten), wonach das Interesse nicht bei der Unterscheidung Substitut/Hilfsperson als Kriterium verwendet wird, sondern erst bei der Frage des Haftungsprivilegs.

¹¹ Dazu Rusch (FN 9), passim; gleicher Meinung CHK-Gehrer Cordey/Giger, OR 399 N 5 und neu auch Huguenin, N 3254a: «In Fortführung dieses Gedankens und mit der insbesondere in der neueren Lehre vertretenen Gegenansicht sollte das Kriterium der Interessenlage unseres Erachtens erst bei der Beurteilung der Frage der Anwendung des Haftungsprivilegs gemäss Art. 399 Abs. 2 OR (s. hierzu nachfolgend N 3259) herangezogen werden und nicht bereits bei der grundsätzlichen Abgrenzung von Hilfsperson und Substitut. Wird die Interessenlage bereits bei der Abgrenzungsthematik berücksichtigt und der beigezogene Dritte dabei als Hilfsperson qualifiziert, so hätte dies zur Folge, dass die Auftraggeberin nicht direkt gegen den Dritten vorgehen könnte (s. Art. 399 Abs. 3 OR).»

¹² CHK-Furrer/Wey, OR 101 N 27.

Die Vertragsverletzung liegt in der fehlenden Beachtung der relevanten Sorgfalt. Der Vertrag mit Anwältin Alder ist dem Auftragsrecht zuzuordnen. Sie klagt für Koller, kann den Prozessgewinn aber nicht versprechen. Deshalb fällt der Werkvertrag (Art. 363 ff. OR) weg. Somit geht es um ein erfolgsunabhängiges Tätigwerden in fremdem Interesse (Art. 394 ff. OR). Der Sorgfaltsmassstab ist in Art. 398 Abs. 1 OR erfasst. Dies entspricht nicht dem geschuldeten Sorgfaltsmassstab. Der Beizug Pillers als solcher ist aber keine Vertragsverletzung (siehe oben).

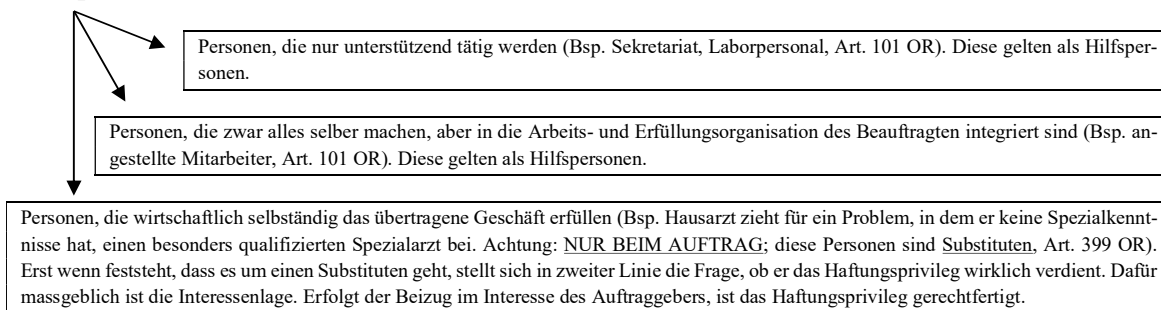
Bei Unterlassungen ist bloss die hypothetische Kausalität zu prüfen.¹³ Hätte Anwältin Alder oder Praktikant Piller die Rechnung nicht übersehen, hätte das Gericht auch diesen Betrag in einem Aufwasch zugesprochen. Es ist nach dem Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung zu erwarten, dass das Übersehen dieses Schadenspostens geeignet ist, Mehrkosten zu verursachen.

Das Verschulden lässt sich auf *zwei Arten* darlegen. Es gibt erstens ein eigenes Verschulden Alders, denn sie hätte die Hilfsperson Piller beaufsichtigen und kontrollieren sollen, beispielsweise bei der Endkontrolle der Klageschrift. Es ist folglich auch Alder vorwerfbar, die Kostenzusammenstellung nicht überprüft zu haben. Zweitens könnte das Verschulden als hypothetische Vorwerfbarkeit begründet sein (Art. 101 Abs. 1 OR). Dies ist so, wenn „*die Handlung des Gehilfen dem Schuldner vorwerfbar wäre, wenn er sie selber vorgenommen hätte.*“¹⁴ Für sie als prozessierende Anwältin wäre es als fahrlässig zu werten, Elemente des Schadens einfach zu übersehen.

Gegen Piller hat Koller keinen Anspruch. Er hat keinen Vertrag mit Piller geschlossen. Gegen die Hilfsperson könnte Koller höchstens deliktisch vorgehen (Art. 41 Abs. 1 OR). Danach fragt der Sachverhalt nicht – es sind aber keine Ansprüche denkbar, weil kein absolut geschütztes Recht verletzt worden ist und keine Norm existiert, die dieses Verhalten verbietet. Weil keine Substitution vorliegt, ist der Direktanspruch gemäss Art. 399 Abs. 3 OR auch nicht gegeben.

Fazit in Aufzählungen und Diagrammen

Hilfsperson oder Substitut?



¹³ Vgl. dazu BGE 115 II 440 ff., 447 f.: „Nach überwiegender und richtiger Auffassung handelt es sich bei der Frage, ob eine Unterlassung natürliche Ursache einer Wirkung oder eines Erfolges sein kann, um einen blossen Streit um Worte, da Einigkeit darüber besteht, dass es nur um den hypothetischen Zusammenhang zwischen der unterlassenen Handlung und dem Erfolg gehen kann (...). Daraus ergibt sich aber gegenüber dem Fall der Handlung die Besonderheit, dass der Sachrichter bereits bei der Feststellung dieses Zusammenhangs in der Regel auch auf die allgemeine Lebenserfahrung abstellt und damit bestimmte, nach dieser Erfahrung unwahrscheinliche Geschehensabläufe von vornherein ausser Betracht lässt. Die wertenden Gesichtspunkte, welche sonst erst bei der Beurteilung der Adäquanz zum Tragen kommen, spielen deshalb schon bei der Feststellung der hypothetischen Kausalität eine Rolle. Aus diesem Grunde ist es im allgemeinen nicht sinnvoll, den festgestellten oder angenommenen hypothetischen Geschehensablauf auch noch auf seine Adäquanz zu prüfen, da ein solcher Vergleich den beabsichtigten Zweck einer vernünftigen Begrenzung der Haftung (...) nicht zu erfüllen vermag.“; vgl. BGE 132 III 715 ff., 718 f.: „Während bei Handlungen die wertenden Gesichtspunkte erst bei der Beurteilung der Adäquanz zum Tragen kommen, spielen diese Gesichtspunkte bei Unterlassungen in der Regel schon bei der Feststellung des hypothetischen Kausalverlaufs eine Rolle. Es ist daher bei Unterlassungen in der Regel nicht sinnvoll, den festgestellten oder angenommenen hypothetischen Geschehensablauf auch noch auf seine Adäquanz zu prüfen.“

¹⁴ CHK-Furrer/Wey, OR 101 N 30.

Zahlungsaufträge, Vergütungen etc.) stellen Weisungen im Rahmen des Auftrags dar.¹⁹ Die Sorgfaltspflichten bei der Ausführung von Banküberweisungen und Bankaufträgen unterstehen deshalb Art. 398 OR.²⁰ Die Banküberweisung ist zwar eine Anweisung.²¹ Die Anweisung ist eigentlich lediglich eine Doppelermächtigung ohne Vertragscharakter.²² Das ist vorliegend aber nicht von Relevanz, weil gar keine Anweisung des Vertragspartners (hier also Meier) vorliegt. Die notwendige Sorgfalt bei der Kontoführung definiert der oben beschriebene Rahmenvertrag.

Zahlung an Nichtgläubiger, Abwälzung des Schadens

Die Zahlung erfolgte vorliegend *aufgrund einer Fälschung* an einen Nichtgläubiger. Meier hat keine Weisung erteilt. Grundsätzlich hat in diesen Fällen die Bank *aus ihrem eigenen Vermögen bezahlt* und darf das Konto ihres Kunden nicht belasten.²³ Der Bankkunde hat folglich nach wie vor seine ungekürzte Rückzahlungsforderung – nicht Meier erleidet einen Schaden, sondern die Bank. Folglich geht es Meier nicht um *Schadenersatz*, sondern um *Erfüllung*, wenn er will, dass sein Kontostand wieder auf den ursprünglichen Stand gefüllt wird.²⁴ Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Kontobeziehung weiter besteht oder saldiert wird.²⁵ Die Bank muss Meier gegenüber erfüllen. Erfüllt sie gegenüber einem Dritten, hat dies gegenüber Meier nur dann befreiende Wirkung, wenn dies vertraglich so vereinbart war, einer Weisung entsprach oder genehmigt worden ist.²⁶ Ein weiterer Fall ist dann gegeben, wenn die Bank den Nichtgläubiger wegen eines entschuldbaren und vom richtigen Gläubiger (d.h. vom Kontoinhaber, hier Meier) mitverursachten Irrtums für berechtigt halten durfte. Schon leichtes Verschulden seitens der Bank schliesst die Entschuldigbarkeit des Irrtums aber aus.²⁷

Vorliegend hat die Bank jedoch in Ziff. 2 der AGB das Risiko einer Fehlüberweisung vertraglich auf den Kunden abgewälzt (so genannte *Schadenabwälzungsklausel*, die von der *Haftungsfreizeichnung* zu unterscheiden ist):²⁸

„Unterschriften- bzw Legitimationsprüfung. Die Bank prüft die Legitimation durch Vergleich der Unterschriften mit den bei ihr deponierten Unterschriften. Zu einer weitergehenden Legitimationsprüfung ist die Bank nicht verpflichtet, aber berechtigt. Aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln und Fälschungen entstehenden Schaden trägt der Kunde, sofern der Bank kein grobes Verschulden nachgewiesen werden kann.“

¹⁹ ZR 2005, 109 ff., 110: „Bei der Eröffnung eines Bankkontos schliesst der Kunde in der Regel nebst dem Kontokorrentvertrag einen Girovertrag ab. Hierbei handelt es sich um einen Rahmenvertrag, der dem Auftragsrecht untersteht (...) Der einzelne Vergütungsauftrag - wie auch die Ausstellung eines Checks - stellt im Rahmen des geschlossenen Dauerauftrages eine konkretisierende Weisung dar (...).“ und BGR 4C.377/2000, E. 1b.

²⁰ Bucher, Wer haftet wem? recht 1984, 97, Fn. 1 und 99 f.

²¹ BGE 132 III 609 ff., 616.

²² BSK-Koller, vor OR 466-471 N 1.

²³ Siehe auch die Erwägungen des Bundesgerichts in BGR 4C.81/2002, E. 2: „Die Beklagte anerkennt sinngemäss, dass der Kläger grundsätzlich berechtigt ist, trotz den beiden streitigen Überweisungen auf das Konto seiner Ex-Frau die Erfüllung der vertraglichen Pflichten zu fordern, wobei die Vorinstanz von einer Rückerstattungspflicht aus Darlehens- und Hinterlegungsvertrag ausgeht.“

²⁴ Vgl. Erich Rüegg, Leistung des Schuldners an einen Nicht-Gläubiger, Diss. Freiburg 1990, N 184 ff. und N 449 ff.; HGer ZH, HG150071, 25.11.2016, E. 1.4: „Verlangt der Kunde als Gläubiger die Rückerstattung seines Kontoguthabens, so macht er einen Anspruch auf Vertragserfüllung geltend, welcher nicht von einem Verschulden der Bank als Vertragsschuldnerin abhängt (...). Der Schuldner hat dem Gläubiger zu leisten, selbst wenn er gutgläubig an einen Dritten geleistet hat, es sei denn, die Leistung an den Dritten sei vertraglich vereinbart, entspreche einer Weisung oder Ermächtigung des Gläubigers, werde von diesem nachträglich genehmigt oder erfolge aufgrund einer allgemeinen Verkehrssübung, kraft Gesetzes oder in Befolgung einer behördlichen Anordnung (...).“

²⁵ Vgl. ZR 2005, 109 ff., 110 f.: „Wird eine Transaktion ohne eine gültige Weisung des Kontoinhabers ausgeführt, hat dieser weiterhin einen Erfüllungsanspruch auf das zu Unrecht abdisponierte Geld. Es ist die Bank, die das Risiko der Erfüllung an die richtige Person bzw. das Risiko von Fehlvergütungen an nicht berechnete Personen zu tragen hat. Leistet sie demnach aufgrund einer vermeintlichen Kundenanweisung an den nicht gehörig bevollmächtigten Vertreter, kann sie sich in der Regel nicht gültig befreien. Es liegt Nichterfüllung seitens der Bank vor und der Bankkunde muss eine Belastung seines Kontos nicht akzeptieren (...). Da der Kunde erneut die Gutschrift des an den Unberechtigten ausbezahlten Betrages auf seinem Konto verlangen kann, liegt diesbezüglich kein Schaden vor und seine Klage ist nicht auf Schadenersatz, sondern auf Erfüllung des Vertrages zu richten, und zwar unabhängig davon, ob die vertraglichen Beziehungen andauern bzw. ob das Konto inzwischen saldiert wurde (...). Allfällige Ansprüche auf Schadenersatz können sich jedoch aus den Vermögensnachteilen ergeben, die ausserhalb des von der Bank ausgewiesenen Kontostandes eintreten (...).“

²⁶ Vgl. BGR 4C.28/2003, E. 3.2.1.

²⁷ Gauch, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, recht 2006, 79.

²⁸ Rüegg, N 464 ff., insbesondere N 466.

Auf diese Schadensabwälzung wendet das Bundesgericht die Haftungsfreizeichnungsnorm des Art. 100 OR analog an (siehe unten). Es ist jetzt zu prüfen, ob die vertraglich vorgesehene Schadensabwälzung rechtlich zulässig ist.

Sorgfalt und Freizeichnung

Die Bank beruft sich auf die Klausel mit der Schadensabwälzung auf den Kunden. Es stellt sich die Frage, ob diese Klausel Art. 100 und 398 OR standhält. Es geht hier nicht um die *Haftung* gegenüber dem Vertragspartner (also dem Kunden), sondern um die *Schadensabwälzung*.²⁹ Art. 100 OR (vgl. Marginale: „*Wegbedingung der Haftung*“) wäre somit gar nicht anwendbar. Es rechtfertigt sich dennoch zumindest im Interesse und zum Schutz des Bankkunden, Art. 100 OR *analog* auf diese Situation anzuwenden.³⁰ Die Vertragsklausel macht einen Vorbehalt für grobes Verschulden, was nach Art. 100 Abs. 1 OR zulässig ist. Das Bankgeschäft ist aber gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung einem obrigkeitlich konzessionierten Gewerbe im Sinne von Art. 100 Abs. 2 OR gleichzusetzen.³¹ Der Richter *kann* einen Haftungsausschluss für leichtes Verschulden folglich als nichtig betrachten – er *muss* aber nicht, denn es ist eine blosser *Kann-Vorschrift*.

Exkurs: Spielt es eine Rolle, ob ein Organ oder ein Mitarbeiter die Auszahlungen und die Legitimationssprüfung vorgenommen hat? Die Frage rührt daher, weil Anbieter die Hilfspersonenhaftung bedeutend stärker einschränken können – analog dazu wäre es hier die *Abwälzung des durch die Hilfspersonen verursachten Schadens auf den Bankkunden* Meier. Es ist möglich, sich von der Hilfspersonenhaftung vollumfänglich, bzw. in obrigkeitlich konzessionierten Betrieben von leichtem Verschulden freizuzeichnen (Art. 101 Abs. 2/3 OR, ohne Ermessen des Richters wie in Art. 100 Abs. 2 OR). Da die Bank in Ziff. 2 und auch sonst in den AGB keinen Bezug zur Hilfspersonenhaftung nimmt und diese nicht ausschliesst, besteht die Hilfspersonenhaftung vollumfänglich.³² Dies lässt sich mit der *Unklarheitenregel* begründen. Ist unklar, ob eine Klausel auch die Hilfspersonenhaftung enthält, so ist im Zweifel – wenn folglich beide Auslegungen denkbar sind – die für den AGB-Verwender ungünstigere Variante zu wählen. Aber auch wenn es eindeutig um Mitarbeiter geht und die Hilfspersonenhaftung explizit in den AGB ausgeschlossen wird, bejahen Bundesgericht und Lehre bei Banken schnell die Verletzung einer *Organisationspflicht*. Wer eine Bank betreibt, hat die Mitarbeiter sorgfältig auszuwählen, zu schulen und zu überwachen, damit solche Fehler unterbleiben.³³

Beurteilung des Verhaltens der Bank

Vorliegend hat die Bank die gefälschte Unterschrift nicht erkannt. Gemäss Sachverhalt wäre die Fälschung für ein sehr geübtes Auge als solche erkennbar gewesen. Die Bank hat diesen Fehler (mangels diesbezüglicher Angaben im Sachverhalt) nicht mit Absicht gemacht – Vorsatz kann ausgeschlossen werden. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn elementarste Vorsichtsmassnahmen unterlassen werden.³⁴

²⁹ Gauch, Die Vertragshaftung und ihre AVB, recht 2006, 79: „*Solche Bestimmungen befassen sich nicht mit der Vertragshaftung im üblich verstandenen Sinne. Vielmehr überwälzen sie einen Schaden, den die Bank dadurch erleidet, dass sie einem Unberechtigten leistet, auf den betreffenden Kunden.*“; vgl. BGer 4C.377/2000, E. 1b.

³⁰ BGer 4C.81/2002, E. 2 und BGE 112 II 450 ff., 454 f.; dagegen Bucher, Wer haftet wem? recht 1984, 99 f.; vgl. zur Unterscheidung zwischen Organen und Hilfspersonen Gauch, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, recht 2006, 82.

³¹ BGer 4C.81/2002, E. 2 und BGE 112 II 450 ff., 455; BSK-Wiegand, OR 100 N 11, m.w.H. Die Bank hat zwar verwaltungsrechtlich gesehen keine Konzession, sondern eine *Polizeibewilligung* erhalten, siehe dazu eingehend BK-Weber, OR 100 N 120-125 mit einer Übersicht über die verschiedenen Lehrmeinungen in N 121-123.

³² Vgl. BGE 124 III 155 ff., 165: „*Zum ändern liegt auch kein gültiger Haftungsausschluss für Hilfspersonen im Sinne von Art. 101 Abs. 2 OR vor, weil die zitierten Sätze der Allgemeinen Geschäftsbedingungen insoweit unklar sind. Es werden vor allem allgemein formulierte Banalitäten festgehalten (keine Haftung für Kursschwankungen, keine Garantie für Gewinne in Warenterminmärkten), ohne dass klar gesagt würde, die Beklagte schliesse die Haftung für Hilfspersonen aus, die sie zur Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen beziehe (...).*“

³³ Vgl. BGE 124 III 155 ff., 162: „*Das Handelsgericht ist zum Ergebnis gekommen, die Beklagte sei ihrer Sorgfaltspflicht, nämlich zum einen für eine den Gepflogenheiten des Finanzmarktes entsprechende Organisation sowie zum anderen für kompetente und fachbezogene Beratung ihrer Kundschaft besorgt zu sein, in keiner Art und Weise nachgekommen, was als Missorganisationsverschulden im Finanzbereich bezeichnet werden dürfe. Unter diesen Umständen treffe die Beklagte auch ein massives Übernahmeverschulden, was beides zusammen rechtfertige, die Beklagte den dem Kläger entstandenen Schaden tragen zu lassen.*“; vgl. Rusch/Bornhauser, AJP 2010, 1234: „*Gauch und weitere Autoren begründen diese Aufgabe mit einer vertraglichen (Neben-)Pflicht. Die Organisationspflicht als Nebenpflicht lässt sich wie bei den Skipistenfällen aus dem Gebot von Treu und Glauben heraus erklären. Die Organe müssen die internen Abläufe so organisieren und mittels entsprechenden Weisungen konkretisieren, dass die (der Bank angehörenden) Hilfspersonen daran gehindert werden, gegenüber dem Bankkunden Vertragsverletzungen zu begehen. Da die Organe diese vertragliche Organisationspflicht erfüllen müssen, richtet sich die Freizeichnung nach dem strengeren Regime des Art. 100 OR.*“

³⁴ Siehe BSK-Heierli/Schnyder, OR 41 N 49.

Die Annahme einer mittleren Fahrlässigkeit³⁵ ist auch möglich. Die Bank hätte die Unterschrift genauer überprüfen und den Fehler entdecken können. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass eine Bank für die Kontrolle von Unterschriften nicht beliebig viel Zeit verwenden und nicht jeder Bankmitarbeiter ein Experte in Sachen Unterschriftenechtheit sein kann. Dass fremde Personen die Kontonummer und die Bankbeziehung kennen, ist normal und praxisüblich – sonst könnte man keine Einzahlungen auf ein Konto mehr vornehmen.³⁶ Dass die Adresse auf allen Einzahlungsscheinen nicht vollständig korrekt angegeben ist, hätte der Bank vielleicht auch auffallen können. Es kommt allerdings häufig vor, dass die Gläubiger die Adresse des Einzahlers selber aufdrucken oder aufschreiben – dass aber alle elf verschiedenen Gläubiger die falsche Hausnummer wählen, ist tatsächlich seltsam. Es rechtfertigt sich aber – im Vergleich zum viel grösseren Sündenregister der Bank in BGer 4C.81/2002 – ein leichtes oder mittleres Verschulden anzunehmen, insbesondere auch unter Berücksichtigung, dass Meier selber gemäss Sachverhalt *nicht immer* das Bankformular benutzte.³⁷ Die AGB-Klausel ist somit von ihrem Wortlaut her anwendbar – da wir das Verschulden der Bank als nicht grob einstufen, würde die Bank diesen Schaden auf den Kunden abwälzen.

Der Richter hat jetzt nach seinem Ermessen zu entscheiden, ob auch ein Verzicht auf leichtes Verschulden als nichtig zu betrachten ist (Art. 100 Abs. 2 OR analog). In diesem Fall ist dies angezeigt. Die Fälschung war erkennbar. Im Auftragsverhältnis, das auf die Bankbeziehung als Rahmenvereinbarung hier anwendbar ist, ist eine getreue und sorgfältige Ausführung des übertragenen Geschäfts geschuldet (Art. 398 Abs. 2 OR). Es ist deshalb fraglich, ob es beim Auftrag überhaupt möglich ist, sich von der Haftung für irgendein Verschulden freizuzeichnen.³⁸ In der Lehre wird behelfsmässig argumentiert, Art. 398 OR betreffe den *Vertragsinhalt* und Art. 100 OR die *Vorwerfbarkeit*.³⁹ Dies überzeugt nicht. Auch liesse sich argumentieren, dass der Hinterleger als Hauptleistung die sichere Aufbewahrung verspricht (Art. 472 Abs. 1 OR), die er mit der Schadensabwälzungsklausel teilweise wieder zurücknimmt. Es ist deshalb im Ergebnis richtig, die Haftungsfreizeichnung auch bei leichtem Verschulden als nichtig zu betrachten. Bei Annahme eines mittleren Verschuldens wäre Art. 100 Abs. 2 OR erst recht anwendbar und das Argument für die mögliche Nichtigerklärung folglich stärker. Aus Vollständigkeitsüberlegungen erfolgt nachfolgend dennoch die Kontrolle anhand des AGB-Korrektivs.

AGB-Korrektiv

Gemäss Sachverhalt hat Meier die AGB mittels Vollübernahme übernommen. Die Ungewöhnlichkeitsregel kommt folglich nicht zur Anwendung.⁴⁰ Aus der Unklarheitenregel lässt sich vorliegend auch nichts ableiten, denn die AGB haben einen eindeutigen Wortlaut (allenfalls mit Ausnahme der Hilfspersonenhaftung, vgl. dazu oben, ob FN 32).

Kontrolle nach Art. 8 UWG

Es stellt sich die Frage, ob eine Schadensabwälzungsklausel gemäss dem revidierten Art. 8 UWG (in Kraft seit 1. Juli 2012) verstösst. Dies ist der Text von Art. 8 UWG: „*Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.*“

Sofern Meier das Konto privat nutzt, ist er Konsument. Für die Analyse des Missverhältnisses ist primär abzuklären, wie die Rechtslage ohne AGB aussieht. Das Bild ist dann klar. Fälscht jemand einen

³⁵ Siehe dazu BSK-Heierli/Schwyder, OR 41 N 50.

³⁶ Siehe BGer 4C.81/2002, E. 3.4.

³⁷ Im erwähnten BGer 4C.81/2002, E. 3.4 geschahen mehrere Fehler, die der Bank vorwerfbar waren. Die Vorinstanz entschied auf mittlere Fahrlässigkeit. Das Bundesgericht hielt fest, dass auch die Annahme einer groben Fahrlässigkeit möglich gewesen wäre.

³⁸ Vgl. BSK-Wiegand, OR 100 N 6; vgl. Bucher, OR AT, 348, FN 77 und Hofstetter, SPR VII/6, 127; das Bundesgericht liess die Frage in BGE 124 III 155 ff., 165 offen; vgl. BK-Fellmann, OR 398 N 19 ff.; BK-Weber, OR 100 N 44.

³⁹ Vgl. statt vieler BSK-Weber, OR 398 N 34.

⁴⁰ Zu beachten ist allerdings, dass mehrere Autoren bei AGB gegenüber den Konsumenten davon ausgehen, es sei („wenn überhaupt, so nur“) in allen Fällen nur eine Globalübernahme geschehen (vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1128c: „Werden Allgemeine Geschäftsbedingungen durch Verweisung übernommen, so spricht nach der Praxis die Vermutung für eine Globalübernahme. Soweit dem professionellen Verwender der AGB ein Konsument gegenübersteht, ist auf Grund der heutigen Vertrags(abschluss)wirklichkeit generell davon auszugehen, die vom Verwender vor geschlagenen AGB seien vom Konsumenten (wenn überhaupt, so nur) global übernommen worden.“). Vermutungsweise ist jedenfalls im Normalfall von einer Globalübernahme auszugehen (vgl. Huguenin, N 618).

Zahlungsauftrag zur Belastung eines bestimmten Kontos, liegt kein Zahlungsauftrag des betreffenden Kontoinhabers vor. Die Bank bezahlt deshalb mit ihrem eigenen Geld und kann mangels Weisung keinen Auslagenersatz verlangen (vgl. Art. 402 Abs. 1 OR). Nur wenn den Bankkunden die Fälschung vorwerfbar ist, weil er beispielsweise Formulare herumliegen lässt oder anderen Personen Zugang zu Formularen ermöglicht hat, lässt sich der Erfüllungsanspruch reduzieren. Die Grundlage dafür ist das Entgegenhalten eigener Ansprüche der Bank gemäss Art. 97 Abs. 1 OR,⁴¹ Art. 41 Abs. 1 OR oder Art. 402 Abs. 2 OR.⁴² Zusammengefasst braucht es also immer ein *Verschulden*, um den Schaden auf den Kunden abzuwälzen.

Die Abweichung in den AGB ist also sicher mal nachteilig, denn sie wälzt dieses Risiko auf den Bankkunden ab. Im Vergleich zur Rechtslage ohne AGB muss der Bankkunde mit den AGB ein *grenzenloses Risiko* tragen, das er über seine eigene Sorgfalt im Umgang mit den Bankunterlagen und Bankdaten hinaus nicht beherrschen oder beeinflussen kann. Die Bank hingegen kann sich sehr wohl dagegen wappnen, indem sie die eingehenden Zahlungsaufträge genau kontrolliert und sich gegen das Risiko versichert.⁴³ Eine Rechtfertigung für die Übernahme dieses gigantischen, vom Bankkunden nur sehr eingeschränkt steuerbaren Risikos ist nicht ersichtlich. Somit sind alle Elemente von Art. 8 UWG erfüllt. Die nach Treu und Glauben durchzuführende Analyse ergibt, dass die Risikoabwälzung ein erhebliches, weil nicht begrenzbares Risiko überwälzt, das von keiner Rechtfertigung gedeckt ist und von der Gesetzeslage massiv abweicht. Indem die Abwälzungsklausel eine grenzenlose und verschuldensunabhängige Haftung begründet, verschiebt die vertraglichen Rechte und Pflichten massiv zuungunsten des Bankkunden und ist deshalb nichtig.⁴⁴ Denkbar wäre die Risikoabwälzung nur, wenn der Bankkunde Gründe für den Missbrauch oder die Fälschung gesetzt hätte, denn das schweizerische Zivilrecht akzeptiert eine vertragliche Haftung grundsätzlich nur bei Verschulden. Der Wortlaut der AGB nimmt darauf jedoch keine Rücksicht.⁴⁵ Ebenso störend ist, dass die Bank mit der Schadensabwälzung die wesentlichen Versprechen des Auftrags (sorgfältige Behandlung der Weisungen) und der Hinterlegung (sorgfältige Aufbewahrung) durch die Hintertüre wieder zurücknimmt.

Fazit

Somit schuldet die Bank die Wiedergutschrift der abgehobenen CHF 10'800 auf das Konto Meiers aus *Erfüllung* des Kontovertrages.

⁴¹ Es wäre die Verletzung einer Verhaltenspflicht als Nebenpflicht, vgl. HGer ZH, HG150071, 25.11.2016, E. 4.1: „*Verletzt eine Partei ihre Vertragspflichten gegenüber der anderen Partei, wird sie nach Massgabe von Art. 97 Abs. 1 OR schadenersatzpflichtig. Zu den einzuhaltenden Vertragspflichten zählen auch die sog. Verhaltenspflichten. Sie verpflichten zu einer umfassenden Rücksichtnahme auf die Interessen des Vertragspartners und zu loyalen Verhalten. Dazu gehören auch Schutz- und Obhutspflichten (...). Danach ist jeder Rechtsgenosse verpflichtet, in seinem Machtbereich durch Ergreifung der geeigneten und zumutbaren Massnahmen den Vertragspartner vor voraussehbaren Gefahren zu schützen (...).*“

⁴² Zum Ganzen siehe ZR 2005, Nr. 28, E. 2: „*Fraglich ist, ob und wie sich ein allfälliges Selbstverschulden einer Partei auf deren Erfüllungsanspruch auswirkt. Das Bundesgericht hat in einem unveröffentlichten Entscheid die Haftung der Bank für ihren Anlageberater und stellvertretenden Direktor, der zulasten des Kontos der Klägerin ungesicherte Darlehen an andere Bankkunden gewährte, bejaht, und das Mitverschulden eines Kontoinhabers aufgrund mangelnder Überwachung der Buchungen verneint und ausgeführt, da die Forderung der Klägerin auf einem Erfüllungsanspruch und nicht auf einem Schadenersatzanspruch beruhe, bleibe kein Raum für einen Abzug wegen "Mitverschuldens" der Kontoinhaberschaft (...). In einem anderen Entscheid hat das Bundesgericht ausgeführt, die Tatsache, dass die Regeln über die Herabsetzung der Ersatzpflicht (Art. 99 Abs. 3 und Art. 44 Abs. 1 OR) nicht unmittelbar auf den Erfüllungsanspruch anwendbar seien, heisse jedoch nicht, dass ein allfälliges Verschulden des Gläubigers ohne Einfluss auf den Bestand seiner Forderung bleibe. Diese sei vielmehr dann herabzusetzen oder gar abzuweisen, wenn der Bank Einreden zustehen, die selbstständige Schadenersatzansprüche gegenüber ihrem Vertragspartner, beispielsweise aufgrund eines vertragswidrigen Verhaltens (Art. 97 Abs. 1 OR) oder einer unerlaubten Handlung (Art. 41 OR), begründen können (BGE 111 II 263; BGE 112 II 450).*“; das Bundesgericht lehnt die Reduktion des Erfüllungsanspruchs wegen Selbstverschuldens ab, vgl. BGer 4A_258/2012, E. 7.1.

⁴³ Vgl. BGH, XI ZR 117/96, 18.3.1997, in: NJW 1997, 1700 ff., 1702: „*Weiter spricht auch der Gesichtspunkt der Versicherbarkeit, der bei der Zuordnung von Haftungsrisiken zu berücksichtigen ist (...), gegen die Angemessenheit der Klausel. Die Kreditinstitute können, wie die Scheckkartenversicherung zeigt, das weitgestreute Fälschungsrisiko wesentlich besser durch eine Versicherung auffangen als der einzelne Bankkunde (...).*“

⁴⁴ Vgl. Meder, FS Bucher, 531 f.

⁴⁵ Vgl. dazu die deutsche Rechtsprechung zu Risikoabwälzungsklauseln, dargestellt bei Meder, 531 f. und BGH, Urteil vom 18. März 1997 - XI ZR 117/96 in NJW 1997, 1700 ff. Neuere Entscheide sind nicht verfügbar, weil das deutsche BGB beim Zahlungsverkehr keine Schadensabwälzungsklauseln mehr zulässt, vgl. §§ 675e, 675u BGB; vgl. dazu die umfassenden Überlegungen bei Rusch, SZW 2012, 439 ff., https://amoldrusch.files.wordpress.com/2017/09/121231_szw_2012_439.pdf (18.2.2019).