

Kommentar zu: Urteil 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

De | Fr | It |

Schadensabwälzungsklauseln

Autor / Autorin

Markus Vischer
walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner
PETER & PARTNERS ATTORNEYS AT LAW

In seinem Urteil 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017 fasst das Bundesgericht seine Rechtsprechung zu Schadensabwälzungsklauseln im Verhältnis Bank – Bankkunde zusammen und bestätigt seine Auffassung, wonach Schadensabwälzungsklauseln den analog angewandten Regel von Art. 100 OR unterliegen.

Sachverhalt

[1] Der Bankkunde A eröffnete am 9. September 2004 ein Konto bei der Bank Z. AG. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sahen vor, dass A für Schäden aufgrund gefälschter Unterschriften hafte, ausser die Z. AG treffe ein grobes Verschulden.

[2] Dieses Konto wurde seit April 2007 vom unabhängigen Vermögensverwalter V. SA, vertreten durch B, verwaltet. B war früher für die Bank Z. AG tätig und betreute A im Rahmen eines Vermögensverwaltungsvertrags, bevor er zur V. SA wechselte und A als Vermögensverwaltungskunden zur V. SA «mitnahm».

[3] Im Juni 2007 hatte das Konto von A bei der Bank Z. AG einen Kontostand von ca. EUR 1.7 Millionen. Im September 2010 war der Kontostand noch ca. EUR 5'500, weil B in der Zwischenzeit mittels vier Instruktionen mit gefälschten Unterschriften von A das Konto geleert hatte. Im September 2010 wurde das Konto mittels einer Saldierungsinstruktion von B erneut mit einer gefälschten Unterschrift von A ganz geschlossen.

[4] Im Februar 2011 klagte die Tochter von A, X, der A die Ansprüche abgetreten hatte, gegen die Bank Z. AG auf Zahlung von EUR 1'294'800 plus 5% Zinsen seit 1. Februar 2011.

[5] Die Chambre patrimoniale des Kantons Waadt hiess die Klage von X im Umfang von EUR 82'800 plus 5% Zinsen seit 1. Juni 2011 gut und wies sie im Übrigen ab. Mit Urteil vom 15. Februar 2016 bestätigte der Cour d'appel civile des Kantonsgerichts des Kantons Waadt und wies die Berufungen von X und der Bank Z. AG ab. Darauf gelangte X mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.

Erwägungen

[6] Das Bundesgericht hielt fest, dass bei Vorliegen eines externen Vermögensverwalters zwei Vertragsbeziehungen zur Diskussion stehen, nämlich einmal ein Vermögensverwaltungsvertrag zwischen Kunde und Vermögensverwalter und ein Vertrag zwischen Kunde und Bank (im Allgemeinen ein Kontokorrentvertrag und Depotvertrag). Zwischen dem Vermögensverwalter und der Bank bestehe kein Vertrag (E. 3.1.1).

[7] Es hielt weiter fest, dass für Börsengeschäfte allein der Vermögensverwalter verantwortlich sei. Die Bank treffe keine Verantwortlichkeit. Sie führe aufgrund der «execution only»-Natur des einfachen Konto-/Depotvertrags lediglich einzelne Instruktionen des Kunden bezüglich Investitionen aus, ohne dessen Interessen im Allgemeinen wahren zu müssen (E. 3.1.1.).

[8] Damit der unabhängige Vermögensverwalter gemäss Vermögensverwaltungsvertrag handeln könne, gebe ihm der Kunde im Allgemeinen mittels eines Standardformulars eine Vollmacht bezüglich seiner Konten bei der Bank (E. 3.2).

[9] Grundlage einer Instruktion des Kunden oder seines Stellvertreters an die Bank sei ein Auftrag zwischen Kunde und Bank, weswegen der Kunde Auslagen und Verwendungen der Bank gemäss Art. 402 Obligationenrecht (OR; SR 220) zu ersetzen habe (E. 3.2.1).

[10] Wenn aber eine Instruktion durch einen nicht bevollmächtigten Dritten oder durch den bevollmächtigen Dritten ausserhalb seiner Vollmacht vorgenommen werde, fehle es an einem Auftrag des Kunden und die Bank könne grundsätzlich keinen Auslagen- und Verwendungsersatz geltend machen, auch wenn die Bank kein Verschulden treffe. In diesem Fall sei der Schaden ein Schaden der Bank, nicht des Kunden. Der Kunde verfüge vielmehr in diesem Fall über einen Anspruch auf Ersatz des Kontoguthabens, der ein Erfüllungsanspruch sei. Nach dem Gesetz erleide deshalb die Bank den Schaden, wenn sie eine gefälschte Instruktion ausführt. Die Bank habe in diesem Fall nur dann gestützt auf Art. 97 Abs. 1 oder Art. 41 Abs. 1 OR einen Schadenersatzanspruch gegen den Kunden, wenn dieser den Schaden schuldhaft mitverursacht hat. Dieser Anspruch sei kein Anspruch auf Reduktion des Schadenersatzes im Sinne von Art. 44 Abs. 1 OR, weil diese Bestimmung bei Erfüllungsansprüchen nicht zur Anwendung komme, sondern nur bei vertraglichen und ausservertraglichen Schadenersatzansprüchen (E. 3.2.2).

[11] Diese gesetzliche Regelung des Risikos von Legitimationsmängeln könne jedoch vertraglich geändert werden (E. 3.3).

[12] Es sei üblich, in den Allgemeinen Bedingungen der Bank eine sogenannte Risikotransferklausel aufzunehmen. Im Allgemeinen sehe eine solche Klausel vor, dass der Kunde den Schaden infolge Legitimationsmängel zu tragen habe, ausser die Bank treffe ein grobes Verschulden. Eine solche Klausel sei keine Haftungsausschluss- oder Haftungsreduktionsklausel, sondern eine Schadensabwälzungsklausel, welche u.U. sogar eine Zufallshaftung des Kunden bewirke (E. 3.3.1).

[13] Nach der Rechtsprechung unterstehe eine solche Schadensabwälzungsklausel den analog anzuwendenden Regeln von Art. 100 OR und Art. 101 Abs. 3 OR, auch wenn es nicht um eine Nicht- oder nicht richtige Erfüllung gemäss Art. 97 ff. OR gehe (E. 3.3.1).

[14] Es liege ein grobes Verschulden vor, wenn elementare Vorsichtsregeln verletzt werden, welche jede vernünftige Person in einer vergleichbaren Situation beachten müsse. Der Richter würdige das Verhalten gemäss Art. 4 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) auch im Hinblick darauf, welche Sorgfaltspflichten die Gegenpartei habe erwarten dürfen, und berücksichtige dabei die Vertragsklauseln und die Berufsusanzen im konkreten Fall (E. 3.3.2).

[15] Im Allgemeinen sei die Bank nicht verpflichtet, die Echtheit der Unterschriften von Instruktionen zu prüfen. Insbesondere sei sie nicht zur Ergreifung von ausserordentlichen Massnahmen verpflichtet, die mit einer schnellen Auftragserledigung unvereinbar wären. Sie müsse nur zusätzliche Überprüfungen vornehmen, wenn sie schwerwiegende Indizien für eine Fälschung habe, z.B. wenn eine vertragsgemässe oder übliche Instruktion zur Diskussion stehe oder sonst spezielle Umstände vorliegen, die Zweifel hervorrufen müssten (E. 3.3.2).

[16] Wenn eine Instruktion unüblich sei, genüge ein Nachfragen der Bank beim unabhängigen Vermögensverwalter nur, wenn dieser eine entsprechende spezielle Vollmacht habe. Sonst müsse die Nachfrage beim Kunden direkt erfolgen, was bei Anordnung banklagernder Mitteilungen an den Kunden u.U. bedeute, dass die Bank warte, bis der Kunde sie besuche (E. 3.3.2).

[17] Im vorliegenden Fall seien die Fälschungen für einen Laien zwar nicht erkennbar gewesen. Die Instruktionen seien aber aus verschiedenen Gründen unüblich gewesen, u.a. deshalb, weil es sich um Abflüsse ohne entsprechende Zuflüsse gehandelt habe. Die Bank hätte deshalb die Echtheit der Unterschriften vertiefter überprüfen müssen. Die vorgenommene telefonische Rückfrage der Bank bei B in Bezug auf zwei Instruktionen sei ungenügend gewesen. Es liege deshalb ein grobes Verschulden der Bank vor, weshalb die Schadensabwälzungsklausel nicht greife (E. 5.3.2).

[18] Das Bundesgericht hob deshalb das vorinstanzliche Urteil auf und wies die Sache zur Neubeurteilung an diese zurück, auch zur Prüfung, ob der Kunde den Schaden schuldhaft mitverursacht habe, u.a. deswegen, weil er das Konto während mehr als vier Jahren nicht überwacht habe, er die banklagernden Belastungsanzeigen nicht angeschaut und den unabhängigen Vermögensverwalter nicht genügend beaufsichtigt habe (E. 5.4).

Kommentar

[19] In diesem Urteil fasst das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung zur Risikoallokation zwischen Kunde und Bank bei gefälschten Kundeninstruktionen lehrbuchmässig zusammen. Das Bundesgericht schält gut heraus, dass Schadensabwälzungsklauseln grundsätzlich unproblematisch sind, solange sie sich auf Art. 97 Abs. 1 OR oder Art. 41 Abs. 1 OR, bzw., was sich aus BGE 111 II 263 E. 1c ergibt, auf Art. 398 Abs. 1 OR oder Art. 402 Abs. 2 OR und damit eine Unsorgfalt und ein Verschulden des Kunden stützen können. Problematischer sind solche Klauseln, wenn es (ausschliesslich) um eine Unsorgfalt und ein Verschulden der Bank oder sogar um eine Zufallshaftung geht. Diesbezüglich soll Art. 100 OR analog zur Anwendung kommen. In diesem Punkt befriedigt das Urteil nicht wirklich. Das Bundesgericht verweist dazu auf BGE 112 II 450 E. 3a, wo ohne weitere Begründung ausgeführt wird, es sei nicht einzusehen, warum Schadensabwälzungsklauseln und Haftungsausschluss- bzw. Haftungsbeschränkungsklauseln in Bezug auf Art. 100 OR verschieden zu behandeln seien (E. 3a: «En effet, on ne voit pas pour quelle raison le dépositaire pourrait se soustraire librement, au moyen d'une clause de transfert, à son devoir de restituer des fongibles (cas du dépôt irrégulier), alors qu'il ne pourrait exclure que dans les limites de l'art. 100 CO sa responsabilité découlant de l'impossibilité fautive de restituer une chose individualisée (cas du dépôt régulier)»). Auch in den weiteren vom Bundesgericht zitierten Urteilen, nämlich Urteile des Bundesgerichts 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 2.2.4 und 4A_54/2009 vom 20. April 2009 E. 1 wird nicht weiter begründet, warum Art. 100 OR auf Schadensabwälzungsklauseln analog anwendbar ist. Vielmehr wird in diesen lediglich auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung verwiesen, also u.a. auf BGE 112 II 450 E. 3a bzw. auf BGE 132 III 449 E. 2, welches Urteil seinerseits wieder auf BGE 112 II 450 E. 3a verweist. BGE 132 III 449 E. 2 weist zudem auf BGE 41 II 487 hin, welches Urteil aber keine Ausführungen zum Grund der Anwendbarkeit von Art. 100 OR auf Schadenabwälzungsklauseln enthält. Gleich verhält es sich mit vielen anderen, im vorliegend kommentierten Urteil nicht zitierten Entscheiden des Bundesgerichts (z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_398/2009 vom 23. Februar 2010 E. 5.1.2). Immerhin klingt in BGE 112 II 450 E. 3a das Motiv für die Anwendung von Art. 100 OR auf Schadensabwälzungsklauseln an, nämlich das Motiv der Vertragskontrolle (E. 3a: «De lege lata, l'art. 100 al. 2 CO peut être retenu comme fondement de ce contrôle judiciaire»).

[20] Dem Bundesgericht ist allerdings zugute zu halten ist, dass es die Frage der Anwendbarkeit von Art. 100 Abs. 1 OR im vorliegenden Fall nicht wirklich beantworten musste, lag doch im konkreten Fall eine Klausel vor, welche

den Gehalt dieser Bestimmung vertraglich verwirklichte, indem sie anordnete, dass eine Schadensabwälzung auf den Kunden bei grobem Verschulden der Bank nicht zulässig sei.

[21] Der Grund für die im Hauptpunkt unbefriedigende Situation mag sein, dass die rechtsdogmatische Diskussion von Schadensabwälzungsklauseln noch in den Anfängen steckt (so Susan Emmenegger/Luc Thévenoz/Thirza Döbeli/Leandro Lepori, Das schweizerische Bankprivatrecht 2016, SZW 2017, 221).

[22] Nach der hier vertretenen Auffassung sind Schadensabwälzungsklauseln eine spezielle Art von vertraglichen Schadloshaltungsklauseln. Solche Schadloshaltungsklauseln sind in einem mindestens auftragsähnlichen Verhältnis wie vorliegend vertragliche Konkretisierungen bzw. Modifikationen der allgemeinen Regel von Art. 402 Abs. 2 OR (Markus Vischer, Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte, AJP 2003, 493; s. auch zu den Schadloshaltungsklauseln in Unternehmenskaufverträgen Markus Vischer, Garantien und verwandte Versprechen wie Gewährleistungen, indemnities und covenants in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2013, 331). Es sind bedingte Leistungsversprechen des Kunden, das heisst Versprechen des Kunden, Schadenersatz zu leisten, wenn eine bestimmt definierte Bedingung, die Realisierung des Risikos bzw. der Gefahr, nämlich die Erleidung eines Schadens durch die Bank, hier infolge einer gefälschten Kundeninstruktion, eintritt (Vischer, a.a.O., AJP 2003, 493 f.). In Bezug auf die Umschreibung der Bedingung und damit der Schadenersatzpflicht gilt die Vertragsfreiheit. Vorbehältlich anderer Abreden spielt grundsätzlich weder eine Unsorgfalt noch ein Verschulden des aus der Schadloshaltung Verpflichteten, hier des Kunden, noch des aus der Schadloshaltung Berechtigten, hier der Bank, eine Rolle (Vischer, a.a.O., AJP 2003, 494 ff.). Vorbehältlich anderer Abreden setzt allerdings Art. 20 OR und die diese Bestimmung konkretisierende Regel von Art. 157 OR der Umschreibung der Bedingung und damit der Schadenersatzpflicht eine Grenze in dem Sinne, dass die Umschreibung nicht widerrechtlich oder sittenwidrig sein darf (Vischer, a.a.O., AJP 2003, 492). Eine weitere Grenze setzt Art. 2 ZGB und die diese Bestimmung konkretisierende Regel von Art. 156 OR in dem Sinne, dass der Berechtigte den Schaden nicht wider Treu und Glauben herbeiführen darf (Vischer, a.a.O., AJP 2003, 495). Keine Grenze setzt, wie das Bundesgericht richtig festhält, dagegen Art. 100 f. OR, weil es bei der Umschreibung der Bedingung und damit der Schadenersatzpflicht nicht um eine Haftungsbeschränkung, sondern um die Umschreibung der Leistungspflicht selber geht (Vischer, a.a.O., AJP 2003, 492).

[23] So kann Art. 100 f. OR höchstens analog zum Zuge kommen.

[24] Der Grund für diese analoge Anwendung könnte in den angesprochenen Bestimmungen (also Art. 20 OR, Art. 157 OR, Art. 2 ZGB, Art. 156 OR) gesehen werden. Allerdings bedarf dies durchaus weiterer dogmatischer Abklärungen, insbesondere dann, wenn die Schadensabwälzungsklauseln wie im vorliegenden Fall in AGB enthalten sind. Die angesprochene Vertragskontrolle wird dann eine AGB-Kontrolle, wodurch sich einmal mehr die Frage stellt, aufgrund welcher Normen die AGB-Kontrolle angesichts von Art. 8 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241)
vorgenommen wird. Insbesondere stellt sich die Frage, ob die vertrauenstheoretisch in der Form der Geltungs- und Auslegungskontrolle überstrapazierte sogenannte verdeckte Inhaltskontrolle (z.B. Markus Vischer, Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG, AJP 2014, 967, 976; Markus Vischer,
Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung, SJZ 2012, 180) weiter praktiziert werden soll (s. auch Thomas Koller, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB, AJP 2014, 22, mit der Bezeichnung der verdeckten AGB-Inhaltskontrolle als «methodologisch fragwürdig»; Thomas Koller, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP 2008, 945 mit der Qualifikation der verdeckten Inhaltskontrolle als methodenunehrlich bzw. methodologisch unzulänglich).

Dr. iur. Markus Vischer, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss.

Zitiervorschlag: Markus Vischer, Schadensabwälzungsklauseln, in: dRSK, publiziert am 8. September 2017

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw



Weblaw AG | Cybersquare | Laupenstrasse 1 | 3008 Bern

T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | info@weblaw.ch

www.weblaw.ch