

Band 145

Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Rolf H. Weber
Prof. Dr. Rolf Sethe
Prof. Dr. Susan Emmenegger

Andrea Marina Bigler

Legitimationsmängel im Kontext der Bank-Kunden-Beziehung

Privatrechtliche Fragen

Schulthess § 2023

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----------|
| Vorwort | VII |
| Inhaltsverzeichnis | IX |
| Literaturverzeichnis | XXI |
| Materialienverzeichnis | XXXIX |
| Abkürzungsverzeichnis | XLI |
| | |
| Einleitung | 1 |
| I. Ausgangslage und Zielsetzung | 1 |
| II. Vorgehensweise | 2 |
| | |
| Erstes Kapitel: Legitimation, Legitimationsmangel und Rechtsverhältnisse im Legitimationsmangelfall | 5 |
| I. Legitimation | 5 |
| 1. Begriff im Allgemeinen | 5 |
| 2. Legitimation in der Bank-Kunden-Beziehung im Besonderen | 6 |
| II. Legitimationsmangel | 6 |
| 1. Begriff | 7 |
| 2. Typische Ursachen | 8 |
| a) Phishing-Angriff | 9 |
| b) «Man-in-the-Middle»-Attacke | 9 |
| c) CEO-Betrug | 10 |
| 3. Folge: Fehlgerichtete Leistung | 10 |
| III. Rechtsverhältnisse im Legitimationsmangelfall | 11 |
| 1. Verhältnis Bank-Kundin | 11 |
| 2. Verhältnis Bank-nichtberechtigter Dritter | 11 |
| 3. Verhältnis Kundin-nichtberechtigter Dritter | 12 |
| IV. Ergebnis | 13 |

Zweites Kapitel: Vertragsverhältnis Bank-Kundin..... 15

I. Bankkontoziehung..... 15

- 1. Bankkontovertrag..... 15
 - a) Girovertrag 16
 - b) Kontokorrentabrede..... 17
 - c) Verwahrungsabrede..... 18
- 2. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)..... 19
 - a) Begriff und Merkmale 19
 - b) Rechtsnatur 20
 - c) Zweck und Funktion 20
 - d) Problematik..... 22
 - e) Übernahme in das Vertragsverhältnis 23

II. Pflichten der Bank bei der Ausführung von Zahlungsaufträgen (Girovertrag)..... 24

- 1. Pflicht zur vertrags- und weisungsgemässen Ausführung..... 25
- 2. Pflicht zur persönlichen Ausführung..... 25
- 3. Pflicht zur sorgfältigen Ausführung 26
- 4. Pflicht zur getreuen Ausführung 28
 - a) Obhuts- und Schutzpflichten 28
 - b) Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten 29
 - c) Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht..... 29
 - d) Geheimhaltungs- und Diskretionspflicht 30
- 5. Pflicht zur Legitimationsprüfung im Besonderen..... 31
 - a) Verfahren der Legitimationsprüfung 31
 - b) Sorgfaltsmassstab 33
 - c) Möglichkeiten der Identifikation 36
 - (1) Zahlungsauftrag unter persönlicher Vorsprache..... 36
 - (2) Zahlungsauftrag unter Verwendung einer Zahlkarte 38
 - (3) Zahlungsauftrag per Post..... 38
 - (4) Zahlungsauftrag per Fax..... 39
 - (5) Zahlungsauftrag per E-Banking 39
 - (6) Zahlungsauftrag per E-Mail 40
 - (7) Zahlungsauftrag per Telefon 41

| | | |
|---|---|-----------|
| III. | Weitere ausgewählte Pflichten der Bank aus dem Bankkontovertrag | 42 |
| 1. | Rückerstattungspflicht..... | 43 |
| 2. | Rechenschaftspflicht | 43 |
| IV. | Pflichten der Kundin aus dem Bankkontovertrag | 44 |
| 1. | Pflicht zur Entschädigung | 44 |
| 2. | Pflicht zur Leistung von Verwendungersatz | 45 |
| 3. | Treuepflicht..... | 45 |
| 4. | Pflicht zur Kontrolle der banklagernden Korrespondenz gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben?..... | 45 |
| V. | Ausgewählte AGB-Klauseln | 48 |
| 1. | Legitimationsklausel | 48 |
| a) | Allgemeine Legitimationsklausel | 48 |
| (1) | Legitimationsprüfung – Pflichten der Bank | 50 |
| (2) | Sorgfaltspflichten der Kundin | 52 |
| (3) | Schadenabwälzung | 52 |
| (4) | Rechtsscheinhaftung | 54 |
| b) | E-Banking-Legitimationsklausel | 54 |
| (1) | Selbstlegitimation..... | 55 |
| (2) | Rechtsscheinhaftung | 55 |
| c) | Bankkarten-Legitimationsklausel | 55 |
| (1) | Legitimationsverfahren | 56 |
| (2) | Rechtsscheinhaftung | 56 |
| 2. | Genehmigungsfiktionsklausel | 57 |
| a) | Beanstandungspflicht..... | 58 |
| b) | Genehmigungsfiktion | 58 |
| VI. | Ergebnis..... | 58 |
| | | |
| Drittes Kapitel: Dispositive Rechtslage im Legitimationsmangelfall | | 61 |
| I. | Grundsatz: Keine Erfüllungswirkung der fehlgerichteten Zahlung | 61 |
| 1. | Fehlender Anspruch der Bank auf Verwendungersatz..... | 61 |
| 2. | Erfüllungsanspruch der Kundin | 63 |

| | |
|--|-----------|
| II. Ausnahme: Erfüllungswirkung der fehlgerichteten Zahlung infolge Rechtsscheinhaftung (Art. 33 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 3 OR)..... | 66 |
| 1. Voraussetzungen | 67 |
| a) Rechtsschein | 67 |
| b) Zurechenbarkeit zur Kundin | 69 |
| c) Gutgläubigkeit der Bank | 71 |
| d) Kausalität der Disposition | 74 |
| 2. Rechtsfolge | 75 |
| 3. Praktische Bedeutung im Legitimationsmangelfall | 76 |
| 4. Exkurs: Kein Raum für eigenständige Rechtsscheinhaftung | 78 |
| III. Ausnahme: Erfüllungswirkung der fehlgerichteten Zahlung infolge nachträglicher Genehmigung (Art. 38 Abs. 1 OR) | 79 |
| 1. Voraussetzungen | 79 |
| a) Handeln als Stellvertreter | 80 |
| b) Handeln ohne Ermächtigung | 80 |
| c) Genehmigung | 81 |
| 2. Rechtsfolge | 83 |
| 3. Praktische Bedeutung im Legitimationsmangelfall | 83 |
| IV. Ausblick: Verrechnungsweiser Schadenersatzanspruch der Bank | 85 |
| V. Ergebnis..... | 85 |
| | |
| Viertes Kapitel: Schadenabwälzungsklausel | 87 |
| I. Begriff..... | 87 |
| 1. Übersicht über die verwendeten Begriffe | 87 |
| 2. Schadenabwälzungsklausel als geeigneter Begriff | 88 |
| II. Zweck und Funktion | 89 |
| III. Problematik..... | 89 |
| IV. Ausgestaltungsformen | 91 |
| 1. Klassische Schadenabwälzungsklausel | 91 |
| 2. Klassisch-moderne Schadenabwälzungsklausel | 92 |
| 3. Moderne Schadenabwälzungsklausel | 93 |
| 4. Kundenfreundliche moderne Schadenabwälzungsklausel | 98 |
| 5. Standpunkt des Bundesgerichts | 100 |

| | | |
|------------|--|------------|
| V. | Rechtsdogmatische Einordnung | 101 |
| 1. | Ausgangslage | 101 |
| 2. | Schadloshaltungsversprechen der Kundin..... | 103 |
| a) | Begriff | 103 |
| b) | Rechtsnatur | 104 |
| (1) | Vertraglich vereinbartes Leistungsversprechen..... | 104 |
| (2) | Suspensiv bedingtes Leistungsversprechen..... | 104 |
| (3) | Schadenausgleichsversprechen | 106 |
| (4) | Selbständiges Nebenleistungsversprechen | 107 |
| (5) | Auf Dauer angelegtes Nebenleistungsversprechen..... | 108 |
| (6) | Zwischenfazit..... | 109 |
| 3. | Stellungnahme zu anderen Einordnungsvorschlägen | 109 |
| a) | Vertragsrechtlicher Schadenersatzanspruch..... | 109 |
| b) | Einschränkung des Erfüllungsanspruchs | 111 |
| 4. | Fazit | 112 |
| VI. | Schranken der Zulässigkeit | 113 |
| 1. | Art. 100 f. OR (analog)..... | 113 |
| a) | Regelungsinhalt im Überblick | 113 |
| (1) | Vorbemerkung: Verschuldensformen..... | 114 |
| (2) | Art. 100 Abs. 1 OR: Generelle Freizeichnungsschranke..... | 115 |
| (3) | Art. 100 Abs. 2 OR: Zusätzliche Freizeichnungsschranke für Sonderfälle..... | 116 |
| (4) | Art. 101 OR: Haftung für Hilfspersonen | 117 |
| b) | Analoge Anwendung auf Schadenabwälzungsklauseln | 118 |
| c) | Rechtsprechung | 122 |
| (1) | Dreistufige Einzelfallprüfung..... | 122 |
| (2) | Grobes Verschulden von Bankorganen (Art. 100 Abs. 1 OR) und Hilfspersonen (Art. 101 Abs. 3 OR)..... | 123 |
| (3) | Leichtes Verschulden von Bankorganen (Art. 100 Abs. 2 OR)..... | 129 |
| (4) | Leichtes Verschulden von Hilfspersonen (Art. 101 Abs. 3 OR) | 133 |
| d) | Grenzen des Schutzes durch Art. 100 f. OR | 136 |
| e) | Würdigung..... | 137 |
| 2. | Art. 8 UWG..... | 139 |
| a) | Regelungsinhalt im Überblick | 139 |
| b) | Anwendung auf Schadenabwälzungsklauseln | 142 |
| (1) | Bankkundin als Konsument..... | 142 |

| | |
|---|------------|
| (2) Bestimmung des formellen Missverhältnisses..... | 143 |
| (3) Bestimmung des materiellen Missverhältnisses | 144 |
| (4) Zwischenfazit | 148 |
| c) Rechtsprechung | 149 |
| d) Würdigung..... | 150 |
| 3. Ungewöhnlichkeitsregel..... | 151 |
| a) Anwendungsbereich | 152 |
| b) Voraussetzungen..... | 153 |
| c) Anwendung auf Schadenabwälzungsklauseln | 155 |
| d) Rechtsprechung | 157 |
| e) Würdigung..... | 158 |
| 4. Fazit | 159 |
| VII. Entstehung, Erfüllung und Durchsetzung des Anspruchs der Bank..... | 161 |
| 1. Entstehung des unbedingten Schadloshaltungsanspruchs | 161 |
| a) Eintritt der Suspensivbedingungen | 162 |
| b) Einrede der Nichteintrittsfiktion? | 163 |
| 2. Erfüllung des Schadloshaltungsanspruchs: Ausgleich des entstandenen Schadens | 165 |
| a) Fehlende Anwendbarkeit von Art. 42 ff. OR..... | 165 |
| b) Berechnung des Schadens..... | 166 |
| c) Bemessung der Ausgleichsleistung..... | 166 |
| 3. Durchsetzung des Schadloshaltungsanspruchs..... | 168 |
| a) Selbständige Durchsetzung durch Kontobelastung..... | 168 |
| b) Erfüllungsklage..... | 168 |
| c) Verrechnungsmöglichkeit..... | 169 |
| d) Beweislast..... | 169 |
| e) Verjährung..... | 170 |
| VIII. Ergebnis..... | 170 |
| | |
| Fünftes Kapitel: Genehmigungsfiktionsklausel | 173 |
| I. Begriff..... | 173 |
| II. Zweck und Funktion | 174 |
| III. Rechtsdogmatische Einordnung der Genehmigungsfiktion..... | 175 |

| | |
|--|------------|
| IV. Schranken der Zulässigkeit | 176 |
| 1. Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB)..... | 176 |
| a) Regelungsinhalt im Überblick | 176 |
| b) Rechtsprechung | 177 |
| (1) Grundsätze | 177 |
| (2) Legitimationsmangelfälle..... | 179 |
| c) Würdigung..... | 182 |
| 2. Weitere Schranken? | 185 |
| a) Art. 100 f. OR (analog)..... | 185 |
| b) Art. 8 UWG | 186 |
| c) Ungewöhnlichkeitsregel | 187 |
| 3. Fazit | 188 |
| V. Durchsetzung | 188 |
| 1. Selbständige Durchsetzung durch Kontobelastung | 188 |
| 2. Beweislast | 189 |
| 3. Verjährung | 190 |
| 4. Schranke: Grundlagenirrtum seitens der Kundin | 190 |
| a) Einleitung | 190 |
| b) Gegenstand des Irrtums | 191 |
| c) Qualifikation als Grundlagenirrtum..... | 191 |
| d) Voraussetzungen der Irrtumsanfechtung | 193 |
| e) Rechtsfolge..... | 194 |
| VI. Ergebnis..... | 195 |
| Sechstes Kapitel: Rechtsscheinhaftungsabrede..... | 197 |
| I. Begriff..... | 197 |
| II. Zweck und Funktion | 198 |
| III. Ausgestaltungsformen..... | 198 |
| 1. Umfassende Rechtsscheinhaftungsabrede..... | 198 |
| 2. Abgeschwächte Rechtsscheinhaftungsabrede | 199 |
| IV. Rechtsdogmatische Einordnung..... | 199 |

| | | |
|--|---|------------|
| V. | Schranken der Zulässigkeit | 200 |
| 1. | Art. 8 UWG..... | 200 |
| | a) Bestimmung des formellen Missverhältnisses | 200 |
| | b) Bestimmung des materiellen Missverhältnisses..... | 200 |
| | c) Zwischenfazit | 202 |
| 2. | Ungewöhnlichkeitsregel..... | 203 |
| 3. | Fazit | 204 |
| VI. | Durchsetzung | 205 |
| 1. | Selbständige Durchsetzung durch Kontobelastung | 205 |
| 2. | Beweislast | 205 |
| 3. | Verjährung | 206 |
| VII. | Ergebnis..... | 206 |
| Siebtens Kapitel: Schadenersatzansprüche der Bank | | 209 |
| I. | Vertragliche Schadenersatzansprüche..... | 209 |
| 1. | Anwendungsbereich..... | 210 |
| 2. | Anspruchsgrundlage: Art. 97 Abs. 1 OR..... | 212 |
| 3. | Anspruchsvoraussetzungen | 213 |
| | a) Schaden der Bank | 214 |
| | b) Vertragsverletzung der Kundin..... | 214 |
| | c) Kausalzusammenhang | 215 |
| | (1) Anforderungen | 216 |
| | (2) Unterbrechung..... | 218 |
| | d) Verschulden der Kundin..... | 221 |
| 4. | Bemessung der Schadenersatzleistung | 222 |
| 5. | Durchsetzung | 224 |
| 6. | Fazit | 225 |
| II. | Ausservertragliche Schadenersatzansprüche..... | 226 |
| 1. | Anwendungsbereich..... | 226 |
| 2. | Anspruchsgrundlage: Art. 41 Abs. 1 OR..... | 227 |
| 3. | Anspruchsvoraussetzungen | 228 |
| | a) Schaden der Bank | 228 |
| | b) Widerrechtlichkeit | 228 |

| | |
|---|------------|
| c) Kausalzusammenhang | 230 |
| d) Verschulden der Kundin | 230 |
| 4. Bemessung der Schadenersatzleistung und Durchsetzung | 230 |
| 5. Fazit | 231 |
| III. Schadenersatzansprüche aus «culpa in contrahendo» | 232 |
| 1. Anwendungsbereich | 232 |
| 2. Anspruchsgrundlage: Art. 26 OR | 232 |
| 3. Anspruchsvoraussetzungen | 233 |
| a) Dahinfallen der Genehmigungsfiktion infolge Irrtumsanfechtung | 233 |
| b) Schaden der Bank | 233 |
| c) Fahrlässigkeit der irrenden Kundin | 234 |
| d) Gutgläubigkeit der Bank | 234 |
| e) Kausalzusammenhang | 235 |
| 4. Bemessung der Schadenersatzleistung und Durchsetzung | 236 |
| 5. Fazit | 237 |
| IV. Ergebnis | 237 |
| | |
| Achtes Kapitel: Schadenersatzansprüche der Kundin | 239 |
| | |
| I. Vertragliche Schadenersatzansprüche | 239 |
| 1. Anwendungsbereich | 239 |
| 2. Anspruchsgrundlage: Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR | 242 |
| 3. Anspruchsvoraussetzungen | 243 |
| a) Schaden der Kundin | 243 |
| b) Vertragsverletzung (Sorgfaltspflichtverletzung) der Bank | 243 |
| c) Kausalzusammenhang | 244 |
| d) Verschulden der Bank | 244 |
| 4. Fazit | 244 |
| | |
| II. Ausservertragliche Schadenersatzansprüche | 245 |
| 1. Anwendungsbereich | 245 |
| 2. Anspruchsgrundlagen: Art. 41 Abs. 1 OR und Art. 55 Abs. 1 OR | 245 |
| 3. Gemeinsame Anspruchsvoraussetzungen von Art. 41 Abs. 1 OR und Art. 55 Abs. 1 OR | 246 |
| a) Schaden der Kundin | 247 |
| b) Widerrechtlichkeit | 247 |

| | |
|--|------------|
| c) Kausalzusammenhang | 248 |
| 4. Zusätzliche Anspruchsvoraussetzung von Art. 41 Abs. 1 OR: Verschulden der Bank | 248 |
| 5. Zusätzliche Anspruchsvoraussetzungen von Art. 55 Abs. 1 OR | 248 |
| a) Handlung einer Hilfsperson | 249 |
| b) Ausübung dienstlicher oder geschäftlicher Verrichtung | 249 |
| c) Misslingen des Sorgfalts- und Befreiungsbeweises | 249 |
| 6. Fazit | 250 |
| III. Bemessung der Schadenersatzleistung..... | 251 |
| IV. Durchsetzung | 251 |
| V. Ergebnis..... | 253 |
| | |
| Neuntes Kapitel: Prüfschema für den Legitimationsmangelfall..... | 255 |
| I. Ausgangslage: Prüfungsabfolge des Bundesgerichts | 255 |
| II. Übersicht: Vierstufiges Prüfschema..... | 257 |
| III. Prüfstufe 1: Dispositive Rechtslage | 258 |
| 1. Darstellung..... | 258 |
| 2. Erläuterungen..... | 259 |
| IV. Prüfstufe 2: Vertragliche Vereinbarung..... | 260 |
| 1. Darstellung..... | 260 |
| 2. Erläuterungen..... | 260 |
| V. Prüfstufe 3a: Schadenersatzansprüche der Bank nach Art. 97 Abs. 1 OR.... | 264 |
| 1. Darstellung..... | 264 |
| 2. Erläuterungen..... | 264 |
| VI. Prüfstufe 3b: Schadenersatzansprüche der Bank nach Art. 41 Abs. 1 OR.... | 265 |
| 1. Darstellung..... | 265 |
| 2. Erläuterungen..... | 265 |
| VII. Prüfstufe 3c: Schadenersatzansprüche der Bank nach Art. 26 OR..... | 266 |
| 1. Darstellung..... | 266 |
| 2. Erläuterungen..... | 267 |

| | |
|---|------------|
| VIII. Prüfstufe 4a: Schadenersatzansprüche der Kundin nach Art. 398 Abs. 2 | |
| i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR | 268 |
| 1. Darstellung..... | 268 |
| 2. Erläuterungen..... | 268 |
| IX. Prüfstufe 4b: Schadenersatzansprüche der Kundin nach Art. 41 Abs. 1 OR | |
| bzw. Art. 55 Abs. 1 OR..... | 269 |
| 1. Darstellung..... | 269 |
| 2. Erläuterungen..... | 269 |
| Zusammenfassung der Ergebnisse | 271 |