

Inhaltsverzeichnis

Vorwort VII

Inhaltsverzeichnis IX

Literaturverzeichnis XXI

MaterialienverzeichnisXXXIX

AbkürzungsverzeichnisXLI

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. Bankkontobeziehung 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 Verwendungsersatz	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 Verwendungsersatz.....	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 Schadenabwärmungsklauseln.....	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 Schadenabwärmungsklauseln.....	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
Siebttes 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