Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.81/2002 /rnd

Urteil vom 1. Juli 2002
I. Zivilabteilung

Bundesrichterinnen und Bundesrichter Walter, Präsident,
Corboz, Klett, Rottenberg Liatowitsch, Nyffeler,
Gerichtsschreiber Huguenin.

X._____ AG,
Beklagte und Berufungsklägerin, vertreten durch Advokat Dr. Caspar Zellweger, Elisabethenstrasse 2, Postfach 130,
4010 Basel,

gegen

R. H._____,
Kläger und Berufungsbeklagten, vertreten durch Advokat Dr. Dieter Schaub, Steinenberg 19, Postfach, 4001 Basel.

Hinterlegungsvertrag; Sorgfaltspflicht,

Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Basel-Landschaft, Fünferkammer, vom 27. November 2001.

Sachverhalt:
A.
R. H._____ (Kläger) und seine damalige Ehefrau unterhielten seit Beginn der neunziger Jahre eine Bankverbindung zur X._____ AG (Beklagte). Das entsprechende Bankkonto lautete auf den Namen der Ehefrau mit Vollmacht des Klägers. Am 6. November 1996 eröffnete dieser ein weiteres Konto bei der Beklagten, diesmal auf seinen eigenen Namen und ohne Vollmacht der Ehefrau. Darauf wurden vom Konto der Ehefrau DM 450'000.– übertragen. In der Folge wurden die Eheleute H._____ geschieden.

Im Mai 1997 wurde die Beklagte von einer Person angerufen, welche sich als R. H._____ ausgab. Im Anschluss daran erhielt die Beklagte ein mit 23. Mai 1997 datiertes Schreiben, welches oben links den Kläger als Absender angab. Eine Adresse war nicht vermerkt. Das Schreiben lautet wie folgt:
"Sehr geehrter Herr Y._____,
ich nehme Bezug auf das Telefonat mit Ihnen am 22. Mai 1997 und bestätige hiermit nochmals schriftlich die Vereinbarung. Bitte übertragen Sie die Restsumme vom Konto 30-400807.0 auf das Konto meiner Frau mit der Nr. 30-400815.0."
Die Unterschrift ist unleserlich.

Am 28. Mai 1997 überwies die Beklagte hierauf das frei verfügbare Barguthaben von DM 3'876.55 auf das Konto der Ehefrau des Klägers. Nach einem weiteren Telefonanruf des sich als Kläger ausgebenden Herrn vom 25. August 1997 löste die Beklagte die gebundene Treuhandanlage auf dem Konto des Klägers im Wert von DM 451'000.– auf und schrieb den Betrag dem Konto der Ehefrau gut.

Die Unterschrift auf dem Schreiben vom 23. Mai 1997 stammt mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht vom Kläger, sondern ist gefälscht.

B.
Das vom Kläger angerufene Bezirksgericht Arlesheim verurteilte am 7. Dezember 2000 die Beklagte, ihm DM 454'876.55 nebst Zins zu bezahlen. Die weitergehende Klage wurde abgewiesen. Das Obergericht des Kantons Basel-Landschaft wies mit Urteil vom 27. November 2001 die Berufung der Beklagten ab und entschied gleich wie das Bezirksgericht.
C.
Die Beklagte beantragt dem Bundesgericht mit Berufung, es sei das Urteil des Obergerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 27. November 2001 aufzuheben und die Klage abzuweisen. Der Kläger schliesst auf Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten ist, und auf Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
Nach Art. 55 Abs. 1 lit. c OG ist in der Berufungsschrift kurz darzulegen, welche Bundesrechtssätze der angefochtene Entscheid verletzt und inwiefern er gegen sie verstösst. Unzulässig sind dagegen Rügen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen und gegen die Beweiswürdigung der Vorinstanz richten (BGE 126 III 59 E. 2a; 120 II 97 E. 2b S. 99), es sei denn, es werde zugleich ein offensichtliches Versehen, eine Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften (Art. 63 Abs. 2 OG) oder eine unvollständige Ermittlung des Sachverhaltes vorgeworfen (Art. 64 OG). Wer sich auf solche Ausnahmen von der Bindung des Bundesgerichts an die tatsächlichen Feststellungen der letzten kantonalen Instanz beruft und den Sachverhalt gestützt darauf berichtigt oder ergänzt wissen will, hat darüber genaue Angaben mit Aktenhinweisen zu machen (Art. 55 Abs. 1 lit. d OG; BGE 115 II 484 E. 2a S. 485 f.).

Auf die Berufung ist insoweit nicht einzutreten, als die Beklagte in ihre Ausführungen tatbeständliche Elemente, die in den Feststellungen der Vorinstanz keine Stütze finden, einfliessen lässt, da sie keine substanziierten Rügen im Sinne der erwähnten Ausnahmen erhebt.
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. Die Beklagte stellt denn auch die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht in Frage (BGE 111 II 263 E. 1a; 112 II 450 E. 3a). Indessen beruft sie sich zu ihrer Entlastung auf Ziff. 3 Abs. 1 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), denen sich der Kläger unterworfen hat. Diese Bestimmung lautet wie folgt:
"Schäden infolge von Verspätungen, Verlusten oder Irrtümern beim Transport und im Übermittlungsverkehr sind vom Kunden zu übernehmen. Das gleiche gilt in Bezug auf das Nichterkennen von Fälschungen oder anderen Mängeln, insbesondere in Fragen der Legitimation oder Handlungsfähigkeit, sofern kein grobes Verschulden der Bank vorliegt."

Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, hat die beklagte Bank damit ihr Risiko der Doppelzahlung im Falle nicht autorisierter Überweisung vorbehältlich groben Verschuldens auf die Kunden überwälzt. Sie ging sodann im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts davon aus, dass die Beklagte mit dem Bankgeschäft ein obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe betreibe, weshalb Art. 100 Abs. 2 OR analog zur Anwendung gelangt (BGE 112 II 450 E. 3). Die Vorinstanz kam mit Bezug auf die erste Überweisung vom 28. Mai 1997 zum Ergebnis, dass es sich rechtfertige, Ziff. 3 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Blick auf die gesamten Umstände und in Abwägung der berechtigten Interessen der Parteien als nichtig zu betrachten.

Die Beklagte wirft der Vorinstanz vor, das ihr bei der Beurteilung des Verschuldens zustehende Ermessen überschritten zu haben. Als vorwerfbares Verhalten käme einzig in Frage, dass die Beklagte die Fälschung der Unterschrift auf dem Zahlungsauftrag nicht als solche erkannt habe. Wenn sich aber selbst der Experte allein aufgrund der Vergleichsunterschriften noch kein Urteil habe bilden können, könne von einem Sachbearbeiter der Bank schon gar nicht erwartet werden, die Fälschung der Unterschrift zu bemerken. Allenfalls wäre aufgrund der Situation im Mai 1997 von einem nur leichten Verschulden der Bank auszugehen.
3.

3.1 Nach Art. 100 Abs. 2 OR kann der Richter nach Ermessen einen zum Voraus erklärten Verzicht auf Haftung für leichtes Verschulden als nichtig betrachten, wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt. Damit bezweckt das Gesetz eine gerechte Zuweisung von Vertragsrisiken unter Verschuldensgesichtspunkten, namentlich zum Schutz der schwächeren Vertragspartei (Weber, Berner Kommentar, N. 5 und 7 zu Art. 100 OR). Da die Vorinstanz bei der ersten Überweisung ein grobes Verschulden verneint hat, ist zu prüfen, ob sie mit ihrer Gesamtwürdigung der Umstände nach den Vorgaben von BGE 112 II 450 E. 3a (Schutzbedürfnis des Kunden, namentlich hinsichtlich vorformulierter Vertragsbedingungen einerseits, Bedürfnis der Bank zum Ausschluss von Risiken, deren Vermeidung nicht in ihrem Machtbereich liegt, andererseits) in korrekter Ermessensausübung die Anwendbarkeit der streitigen Klausel ausgeschlossen hat.
3.2 Jeder Ermessensentscheid beruht auf einer Wertung, die nicht bis ins Letzte begründbar ist. Der Überprüfbarkeit eines Billigkeitsentscheids auf seine objektive Richtigkeit sind deshalb gewisse Schranken gesetzt (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N. 55 zu Art. 4 ZGB). Diese beachtet das Bundesgericht im Berufungsverfahren, indem es bei deren Überprüfung Zurückhaltung übt und nur einschreitet, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn sie Umstände berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen oder umgekehrt solche ausser Betracht gelassen hat, die hätten beachtet werden müssen. Es greift ausserdem in Ermessensentscheide ein, wenn sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 127 III 153 E. 1a S. 155).
3.3 Die Vorinstanz hielt fest, der Zahlungsauftrag vom 23. Mai 1997 betreffend die Überweisung an die Ehefrau sei in verschiedener Hinsicht auffällig gewesen:
- mit Schreibmaschine getippter Auftrag statt offizielles Bankformular,
- Bezeichnung des Sachbearbeiters der Bank als "Y._____" statt "Z._____",
- fehlende Adresse des Auftraggebers,
- Überweisungsbetrag nicht beziffert, sondern als "Restsumme" bezeichnet,
- unleserliche Unterschrift mit schwerfälligem Strichbild völlig ausserhalb der Variationsbreite der Vergleichsunterschriften.
Entscheidend kommt hinzu, dass der Sachbearbeiter der Beklagten von der Trennungssituation der Ehegatten H._____ wusste und ihm die Ehefrau des Klägers angedeutet hatte, mit der geplanten Überweisung lediglich das zurückholen zu wollen, was ihr der Kläger mit der Abdisposition vom 6. November 1996 weggenommen habe. Ferner kannte der Sachbearbeiter der Beklagten den Kläger nicht persönlich, so dass ihm die Stimme des vermeintlichen Auftraggebers fremd war. Dennoch führte die Bank den Zahlungsauftrag aus.
3.4 Vor diesem Hintergrund ist die Risikoabwägung, wie sie die Vorinstanz vornahm, nicht zu beanstanden. Anders entscheiden würde bedeuten, der Beklagten zuzugestehen, die beschriebenen Auffälligkeiten beim Zahlungsauftrag trotz Kenntnis der gestörten persönlichen Beziehung zwischen dem Kontoinhaber und der Überweisungsempfängerin zu missachten und trotz den offensichtlichen und - wie die Vorinstanz verbindlich feststellte - durch eine Rückfrage leicht ausräumbaren Verdachtsmomenten das Risiko der Doppelzahlung auf den Kläger abzuwälzen, der seinerseits nichts zum Zustandekommen der Fehlvergütung beigetragen hat. Das liefe den die zitierte Rechtsprechung tragenden Ideen krass zuwider. Entgegen der Auffassung der Beklagten kann es nicht zu den Sorgfaltspflichten eines Bankkunden gehören, seine Kontonummer geheim zu halten. Andernfalls wäre ihm verwehrt, Forderungen gegenüber Dritten durch Einzahlung auf sein Konto tilgen zu lassen. Die Vorinstanz hat daher das ihr gemäss Art. 100 Abs. 2 OR zustehende Ermessen nicht überschritten und zu Recht auf Nichtanwendbarkeit der Überwälzungsklausel erkannt. Angesichts der von der Vorinstanz zutreffend festgestellten Missachtung mehrerer grundlegender Sorgfaltspflichten wäre auch nicht zu
beanstanden gewesen, wenn die Vorinstanz das Verhalten bei der ersten nicht vom Kläger veranlassten Überweisung nicht lediglich im Bereich der gewöhnlichen oder mittleren Fahrlässigkeit angesiedelt hätte, bei welcher eine Freizeichnung noch zulässig ist (Fellmann, Berner Kommentar, N 513 zu Art. 398 OR), sondern als grob fahrlässig eingestuft hätte (vgl. Weber, a.a.O. N. 95 ff. zu Art. 100 OR; Brehm, Berner Kommentar, 2. Auflage, N. 197 ff. zu Art. 41 OR). Diesfalls hätte der Kläger auch in Anwendung der streitigen AGB-Bestimmung Erfüllung beanspruchen können.
4.
4.1 Die zweite Überweisung vom 25. August 1997 erfolgte nach dem angefochtenen Urteil wiederum aufgrund der telefonischen Weisung eines sich für den Kläger ausgebenden Herrn, der erläuterte, die im Schreiben vom 23. Mai 1997 erwähnte Restsumme beziehe sich nicht lediglich auf das noch vorhandene Barguthaben, sondern auch auf die noch auf dem Konto befindliche gebundene Treuhandanlage. Für die Vorinstanz war nicht nach-

vollziehbar, wie die Beklagte daraufhin ohne weitere Abklärungen dem Begehren des Anrufers nachkommen, die Treuhandanlage vorzeitig auflösen und den daraus resultierenden Betrag dem Konto der Ehefrau des Klägers gutschreiben konnte, zumal gemessen am durchschnittlichen Kontoinhaber DM 451'000.– einen hohen Betrag darstellte, die Auflösung der Anlage mit weiteren Kosten verbunden und im ursprünglichen Überweisungsauftrag vom 23. Mai 1997 weder von einer vorzeitigen Auflösung der Treuhandanlage noch von der Übernahme der dadurch anfallenden Kosten die Rede war. Die Beklagte habe mit dieser Überweisung das Konto praktisch saldiert, ohne zuvor beim Kläger eine an sich mögliche Erkundigung einzuziehen. Dadurch hat die Beklagte nach Auffassung der Vorinstanz elementare Vorsichtsmassnahmen ausser Acht gelassen und sich
damit dem Vorwurf groben Verschuldens ausgesetzt. Aus diesem Grunde hielt die Vorinstanz dafür, die Beklagte habe nach Ziff. 3 Abs. 1 der AGB das Risiko der nicht vom Kläger veranlassten Überweisung zu tragen.
4.2 Soweit die Beklagte mit der Berufung die Verschuldensbeurteilung durch die Vorinstanz in Frage stellt, kann auf das zur ersten Überweisung Gesagte verwiesen werden (E. 3.4 hiervor). Die Berufung ist insoweit unbegründet.
4.3 Die Beklagte macht weiter geltend, sie habe per 30. Juli 1997 einen Kontoauszug erstellt, der die Überweisung an die Exfrau des Klägers enthalte. Dieser Auszug sei banklagernd gehalten worden, was bedeute, dass er als zugestellt zu gelten habe. Der Kläger habe gegen die darin figurierende streitige Überweisung an seine geschiedene Frau nicht remonstriert, obwohl er dadurch die Ausführung der zweiten Zahlung hätte verhindern können. Da die Beklagte den Kläger darauf hingewiesen habe, dass sie "jeder Verantwortung für allfällige Folgen enthoben ist", die sich aus der Instruktion ergäben, die Korrespondenz banklagernd zu halten, habe er den Schaden selbst zu tragen.

Die Rüge ist unbegründet. Zustellungsfiktionen dienen in der Regel dazu, Zustellungsvereitelungen oder- Verzögerungen durch den Adressaten zu verhindern, bzw. dem Verantwortungsbereich des Empfängers zuzuweisen, wenn anzunehmen ist, dieser sei seiner Obliegenheit, den Empfang der Sendung zu ermöglichen, nicht nachgekommen. Der Annahmefiktion kommt dann die Bedeutung zu, einen bestimmten Fristenlauf auszulösen, der andernfalls auf unbestimmte Zeit aufgeschoben bliebe (vgl. Kramer, Berner Kommentar, N. 92 zu Art. 1 OR). In dem von der Beklagten angeführten BGE 124 II 124 war über den Beginn einer Rechtsmittelfrist in einem Fall internationaler Rechtshilfe in Strafsachen zu entscheiden. Das Bundesgericht hielt dafür, wenn einem Bankkunden das fristauslösende Dokument entsprechend seinen Weisungen banklagernd zugestellt werde, sei es seine Sache, sich mit der beauftragten Bank so zu organisieren, dass er ohne Verzug in den Besitz fristauslösender Entscheide gelange. Die Frist zur Ergreifung des betreffenden Rechtsbehelfs läuft daher ab dem Zeitpunkt der Ablage des Entscheids in das Banklagernd-Dossier (vgl. BGE 124 II 124 E. 2d).
Im Innenverhältnis zwischen Bank und Auftraggeber stellt sich die Frage jedoch anders. Hier geht es nicht nur um die Zustellungs-, sondern auch um die in den AGBs der Banken ebenfalls regelmässig vereinbarte Genehmigungsfiktion. Derartige Regelungen, wie sie auch die AGBs der Beklagten vorsehen, sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich zulässig und für beide Seiten verbindlich (vgl. zu Letzterem BGE 104 II 190 E. 2a S. 194 f.). Ausnahmsweise kann das Gericht jedoch von deren Unverbindlichkeit ausgehen, wenn die Genehmigungsfiktion nach den Umständen des Falles zu einem unbilligen, das Rechtsempfinden verletzenden Ergebnis führt. So darf sich die Bank nach der Praxis des Bundesgerichts nicht auf die Genehmigungsfiktion berufen, wenn sie diese benutzt, um den Bankkunden absichtlich zu schädigen (Urteil vom 7. Dezember 1984 E. 2b, abgedruckt in SJ 1985 S. 246 ff.; nicht veröffentlichtes Urteil 4C.72/1999 vom 26. Mai 1999 E. 3b). Sodann setzt die Genehmigungsfiktion nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts voraus, dass dem Kunden die Reklamation objektiv möglich und zumutbar sein muss; sie kann durch den Nachweis umgestossen werden, dass die Bank um die tatsächliche Nichtgenehmigung wusste (nicht
veröffentlichtes Urteil 4C.278/1996 vom 25. Februar 1998 E. 3b). Im beurteilten Fall liegt zwar nicht eine absichtliche Schädigung vor, wohl aber eine Nachlässigkeit, die damit vergleichbar ist. Wie bereits festgehalten worden ist, muss der Beklagten als verschuldete Verletzung ihrer Sorgfaltspflicht vorgeworfen werden, dass sie die Überweisungen getätigt hat, ohne vorher mit dem Kläger Kontakt aufgenommen bzw. verifiziert zu haben, dass er diese wirklich vornehmen wollte. Nach den Umständen ist ihr Verschulden als erheblich bzw. grob einzustufen. Damit stünde indessen nach dem Rechtsempfinden in unverträglichem Widerspruch, wenn sie sich gestützt auf die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion dennoch ihrer vertraglichen Haftung entziehen könnte. Aus diesen Gründen ist der Vorinstanz, die zum gleichen Ergebnis gekommen ist, zuzustimmen und die von der Beklagten erhobene Rüge eines Verstosses gegen Bundesrecht als unbegründet abzuweisen.

5.
Die Beklagte hat im kantonalen Verfahren einer allfälligen Forderung des Klägers Schadenersatzansprüche aus unsorgfältiger Geschäftsführung ohne Auftrag zur Verrechnung gegenübergestellt. Nach dem angefochtenen Urteil hat sich die Beklagte dazu auf das Verhalten der jetzigen Lebensgefährtin des Klägers in einem in A._____ in Deutschland von der geschiedenen Ehefrau des Klägers geführten Prozess berufen, das sie dem Kläger zurechnete. Die Lebensgefährtin des Klägers hatte ihren Schuldbeitritt zu einer Vereinbarung erklärt, worin sich der Kläger verpflichtet hatte, seiner Exfrau jährlich DM 100'000.– in monatlichen Teilbeträgen von DM 8'000.– zu bezahlen. Die Exfrau des Klägers hat in A._____ eine Monatsrate eingeklagt. Die dortige Beklagte erklärte Aufrechnung mit der Gegenforderung des Klägers in der Höhe von DM 451'000.– aufgrund jenes Bezuges der Exfrau des Klägers, welcher Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet. Die Vorinstanz schloss nicht grundsätzlich aus, dass die im Prozess A._____ Beklagte als Hilfsperson des Klägers bei der Besorgung der auftragslosen Geschäftsführung im Interesse der hiesigen Beklagten hätte handeln können, weshalb die Vorinstanz die Vorbringen der Beklagten im Lichte von Art. 419 ff.
OR prüfte. Sie hielt dazu fest, es sei nicht die von der Beklagten als Sorgfaltswidrigkeit behauptete prozessuale Unterlassung, die Edition der Vollmacht des Klägers über das Konto seiner Exfrau bei der Beklagten zu begehren, welche zum Scheitern der Verrechnungseinrede im Prozess vor Amtsgericht A._____ geführt habe. Damit hat die Vorinstanz eine für das Bundesgericht verbindliche Feststellung (Art. 63 Abs. 2 OG) über den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Klägers als auftragloser Geschäftsführer und dem Schaden der Beklagten aus unsorgfältiger Geschäftsführung getroffen. Mithin fehlt es am Nachweis einer Schadenszufügung durch den Kläger, weshalb eine Haftung nach Art. 420 OR von vornherein entfällt (Jörg Schmid, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Freiburg 1992, Rz. 462; Fellmann, a.a.O., N 457 ff. zu Art. 398 OR). Auf die Ausführungen der Beklagten in rechtlicher Hinsicht zur Geschäftsführung ohne Auftrag ist daher mangels Entscheidrelevanz nicht einzutreten.
6.
Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Diesem Verfahrensausgang entsprechend hat die Beklagte die Gerichtskosten zu tragen und dem Kläger eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 156 und 159 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist, und das Urteil des Obergerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 27. November 2001 wird bestätigt.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 7'000.– wird der Beklagten auferlegt.
3.
Die Beklagte hat den Kläger für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 8'000.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Basel-Landschaft, Fünferkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 1. Juli 2002
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: