

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 03
Fax +41 31 634 50 53
handelsgericht.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

HG 20 126

Bern, 20. Juli 2021

Besetzung

Oberrichter D. Bähler (Vizepräsident), Handelsrichter Schmid und
Handelsrichter Kiener
Gerichtsschreiberin i.V. Diem

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____

Kläger

C. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____

Klägerin

gegen

D. _____ **AG**
handelnd durch Rechtsanwalt E. _____ und Rechtsanwältin
F. _____, D. _____ AG, Legal

Beklagte

Gegenstand

Forderung aus Vertrag

Klage vom 23. November 2020
Klageantwort vom 28. Januar 2021



Regeste:

Im Zusammenhang mit in betrügerischer Absicht getätigten Bargeldbezügen durch eine unbekannte Täterschaft (uT) hat die Beklagte das Mass an Aufmerksamkeit vermissen lassen, das unter den vorliegenden Umständen von einer durchschnittlichen Bank hätte erwartet werden dürfen und müssen. Die Bank hatte auf telefonische Anfrage der uT hin eine Debitkarte samt Code via einen Kurierdienst in einen ausländischen Staat geschickt, wo die uT die Sendung abging. Eine wiederholte Vielzahl von Bargeldbezügen während sehr kurzer Zeit bis zur Ausschöpfung der Monatslimite bei einem vorher inaktiven Konto fiel der Bank nicht auf. Ihre Sorgfaltspflichtverletzung kann als erheblich bzw. grobfahrlässig qualifiziert werden (E. 21).

Indem die Klägerschaft ihre Bankkorrespondenz nicht innert vernünftiger Frist geprüft und beanstandet hatte, hat sie zur Verschlimmerung des eingetretenen Schadens schuldhaft beigetragen (E. 22).

Der Hinweis auf dem Kontoauszug, wonach dieser ohne Gegenbericht innert 30 Tagen als genehmigt gilt, stellt keine Vereinbarung zwischen der Bank und dem Kunden dar, sondern lediglich eine einseitige Willensäusserung der Bank (E. 23).

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Mit Klage vom 23. November 2020 (pag. 1 ff.) stellte die Klägerschaft folgendes Rechtsbegehren (pag. 2):
 1. *Die Beklagte sei zu verurteilen, den Klägern CHF 82'670.70 zuzüglich Zins zu 5 % seit 8. Oktober 2019 zu bezahlen.*
 2. *In der Betreuung Nr. _____ des Betreibungsamts Bern-Mittelland sei der Rechtsvorschlag aufzuheben.*
 - *Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten*
2. Mit Klageantwort vom 28. Januar 2021 (pag. 29 ff.) stellte die Beklagte ihrerseits folgendes Rechtsbegehren (pag. 30):
 1. *Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.*
 2. *Eventualiter macht die Beklagte verrechnungsweise einen Schadenersatzanspruch in der Höhe von CHF 50'076.35 nebst Zins zu 5 % ab dem 8. Oktober 2019 geltend.*
 3. *Die Klägerschaft sei zur Zahlung einer praxismässigen Umtriebsentschädigung zu verpflichten.*
 4. *Dies alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerschaft.*

3. Die Hauptverhandlung fand am 29. Juni 2021 statt. Zu Beginn der Verhandlung wurde den Parteien Gelegenheit zu Tatsachenvorträgen gewährt. Anlässlich der ersten Parteivorträge bestätigten die Parteien ihre Rechtsbegehren. In der Folge wurde eine Beweisverfügung erlassen und Parteibefragungen mit A._____ und C._____ durchgeführt. In den Schlussvorträgen bestätigten die Parteien erneut ihre Rechtsbegehren. Die Urteilsberatung fand gleichentags in Abwesenheit der Parteien statt.

II. Formelles

4. Das Gericht tritt auf die Klage ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]). Das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen wird von Amtes wegen geprüft (Art. 60 ZPO).
5. Vorliegend handelt es sich wegen des Auslandwohnsitzes der Klägerschaft um einen internationalen Sachverhalt. Da es sich um eine Streitigkeit in Zivil- oder Handelssachen handelt und die Beklagte ihren Sitz in der Schweiz hat, ist das LugÜ anwendbar (vgl. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen [Lugano-Übereinkommen, LugÜ; SR 0.275.12]). Die vorliegend geltend gemachten Ansprüche basieren auf dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Basisvertrag vom 14. Juli 2014 (Klagebeilage [KB] 10). Die allgemeinen Geschäfts- und Teilnahmebedingungen der Beklagten von 2018 (KB 2; nachfolgend: aAGB), welche integrierender Bestandteil des Basisvertrags bilden, beinhalten in Ziff. 28 eine Gerichtsstandsvereinbarung mit ausschliesslichem Gerichtsstand Bern (KB 2), welche gültig zustande gekommen ist (vgl. Art. 23 LugÜ). Der Gerichtsstand in Bern wäre auch ungeachtet der Gerichtsstandsvereinbarung gegeben, da Bern sowohl der Sitz der Beklagten als auch der vereinbarte Erfüllungsort ist (vgl. Ziff. 28 aAGB und Art. 5 Ziff. 1 und Art. 2 Abs. 1 LugÜ sowie Art. 112 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht [IPRG; SR 291]). Diese örtliche Zuständigkeit ist nicht bestritten.
6. Das Handelsgericht ist gemäss Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO auch sachlich zuständig, weil die Streitigkeit die geschäftliche Tätigkeit der Beklagten betrifft, diese im schweizerischen Handelsregister eingetragen und der Streitwert von CHF 30'000.00 vorliegend klarerweise überschritten ist, womit die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht offensteht. Die sachliche Zuständigkeit blieb ebenfalls unbestritten.
7. Gemäss Art. 116 Abs. 1 IPRG untersteht der Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht. Vorliegend haben die Parteien in Ziff. 28 aAGB vereinbart, dass «alle Rechtsbeziehungen zwischen dem Kunden und D._____ dem materiellen schweizerischen Recht» unterstehen. Eine Ausnahme nach Art. 120 IPRG liegt nicht vor. Auf das vorliegende Rechtsverhältnis ist schweizerisches Recht anwendbar.

8. Wird eine Leistungs- oder Gestaltungsklage (Art. 84 ff. und Art. 87 ZPO) erhoben, ist das schutzwürdige Interesse grundsätzlich – unter Vorbehalt einer missbräuchlichen Klage – ohne Weiteres gegeben. Vorliegend handelt es sich um eine Leistungsklage, womit das schutzwürdige Interesse gegeben ist.
9. Die Klägerschaft bildet eine (aktive) Streitgenossenschaft. Gemäss Basisvertrag vom 14. Juli 2014 sind Kläger und Klägerin für das fragliche, auf beide Ehegatten lautende, Konto jeweils einzelzeichnungsberechtigt, womit vorliegend von einer einfachen Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 71 ZPO auszugehen ist, deren Voraussetzungen ohne weiteres erfüllt sind.
10. Die Klägerschaft leistete den Gerichtskostenvorschuss in der Höhe von CHF 11'850.00 fristgerecht.
11. Die restlichen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Klage ist einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO).
12. Die Urteile des Handelsgerichts des Kantons Bern werden durch drei Richter gefällt, davon zwei Fachrichter (Art. 3 ZPO i.V.m. Art. 45 Abs. 2 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

III. Sachverhalt

13. Unbestrittener Sachverhalt
- 13.1 Die Klägerschaft, Frau C._____ (nachfolgend: Klägerin) und Herr A._____ (nachfolgend: Kläger), ist ein schweizerisches Ehepaar, welches seinen Wohnsitz per Dezember 2013 nach Makati City in der Metro Manila auf den Philippinen verlegte (pag. 3, Ziff. 1). Im Juli 2014 eröffnete die Klägerschaft ein Privatkonto mit der Kontonummer ._____ bei der D._____ AG (nachfolgend: Beklagte; pag. 3, Ziff. 1, KB 10).
- 13.2 Aus den vorliegenden Akten ist erwiesen, dass sich der relevante Sachverhalt im Jahr 2018 im Wesentlichen wie folgt abspielte:
- 13.3 Eine unbekannte Person rief zwischen dem 4. Juli 2018 und dem 30. Oktober 2018 21 Male bei der Beklagten an (vgl. die Übersicht in KB 25). Dem Gericht liegen Aufzeichnungen von elf dieser Anrufe vor (KB 19). Da die Aufnahmen gemäss Ausführungen der Beklagten zum damaligen Zeitpunkt zu Schulungszwecken nach dem Zufälligkeitsprinzip erfolgten, bestehen für die übrigen zehn Anrufe keine entsprechenden Aufzeichnungen (pag. 34, Ziff. 12).
- 13.4 Am 5. Juli 2018, d.h. unmittelbar nach dem ersten Anruf der unbekannten Person, übergab die Beklagte zwei an die Adresse von A._____ in den Philippinen gerichtete Sendungen, eine mit einer neuen, auf das streitige Privatkonto der Klägerschaft lautende D._____ Card und eine mit der dazugehörigen persönlichen Identifikationsnummer (PIN), an das Zustellunternehmen TNT. Die beiden Sendungen (D._____ Card und dazugehörige PIN) wurden am 9. Juli 2018 einer unbe-

kannten Person, welche den Empfang unterschriftlich bestätigte, ausgehändigt (KB 33 und Klageantwortbeilage [KAB] 28).

- 13.5 Zwischen dem 9. und 10. Juli 2018 erfolgten die ersten 28 Bezüge im Umfang von total CHF 19'940.53 mit der neuen D._____ Card an Geldautomaten auf den Philippinen (pag. 15, Ziff. 17; KB 16).
- 13.6 Anlässlich eines (oder mehrerer) Anrufe vom 11. Juli 2018 durch die unbekannte Person bei der Beklagten wurde offenbar eine Erhöhung der Kartenlimite veranlasst. Die erfolgten Kartenlimiten-Erhöhrungen auf CHF 10'000.00 pro Tag und CHF 20'000.00 pro Monat bestätigte die Beklagte dem Kläger und der Klägerin je mit Schreiben vom 11. Juli 2018 (KB 34 und 35). Die Bestätigungsschreiben wurden an die Korrespondenzadresse der Klägerschaft in der Schweiz bei der Notarin G._____ zugestellt.
- 13.7 Zwischen dem 31. Juli 2018 und 2. August 2018 erfolgten weitere 32 Bezüge im Umfang von total CHF 19'910.22 mit der neuen D._____ Card (pag. 15, Ziff. 17; KB 16).
- 13.8 Am 1. August 2018 stellte die Beklagte der Klägerschaft den Kontoauszug des Monats Juli 2018 via E-Banking zu (KB 16).
- 13.9 Zwischen dem 31. August 2018 und dem 2. September 2018 erfolgten erneut 16 Bezüge im Umfang von total CHF 10'104.68 mit der neuen D._____ Card (pag. 15, Ziff. 7; KB 16).
- 13.10 Am 1. September 2018 stellte die Beklagte der Klägerschaft den Kontoauszug des Monats August 2018 via E-Banking zu (KB 16).
- 13.11 Am 5. September 2018 erfolgte ein letzter Bargeldbezug in der Höhe von CHF 22.98 mit der neuen D._____ Card (pag. 15, Ziff. 7; KB 16).
- 13.12 Am 1. Oktober 2018 stellte die Beklagte der Klägerschaft den Kontoauszug des Monats September 2018 via E-Banking zu (KB 16).
- 13.13 Nachdem der Kläger bei einem Besuch in einer Filiale der Beklagten in der Schweiz am 29. Oktober 2018 von diesen Geldbezügen Kenntnis erhalten hatte, reichte er am darauffolgenden Tag bei der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern Strafanzeige gegen unbekannte Täterschaft (nachfolgend: uT) ein (pag. 5 K, Ziff. 3 KB 18). Die Staatsanwaltschaft eröffnete am 5. November 2018 die Untersuchung wegen Betrugs (Art. 146 StGB) und betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage (Art. 147 StGB; pag. 5, Ziff. 3; KB 18), sistierte diese jedoch am 1. April 2019, da die Täterschaft nicht eruiert werden konnte (pag. 5, Ziff. 3, KB 18). Am 10. Mai 2019 wurden der Klägerschaft sodann die Verfahrensakten zur Einsichtnahme zugestellt (pag. 5, Ziff. 3, KB 18).
- 13.14 Der Kläger erstattete zusätzlich in den Philippinen unter Inanspruchnahme eines lokalen Rechtsanwalts Strafanzeige. Auch das dortige Strafverfahren blieb bisher ergebnislos (pag. 5, Ziff. 4).
- 13.15 Am 26. September 2019 beantragte die Klägerschaft über ihren Anwalt bei der Beklagten, das Privatkonto mit der Kontonummer ._____ aufzulösen und forderte

sie auf, das Kontoguthaben «in der Höhe von CHF 82'679.70» auf ihr Konto bei der H._____ zu überweisen (pag. 18, Ziff. 20, KB 40).

- 13.16 Als keine entsprechende Zahlung seitens der Beklagten erfolgte, leitete die Klägerschaft am 20. November 2019 die Betreuung ein (pag. 19, Ziff. 20). Nach Zustellung des Zahlungsbefehls am 28. Januar 2020 bei der Beklagten erhob diese am 4. Februar 2020 Rechtsvorschlag (pag. 19, Ziff. 20, KB 47).

14. Wesentliche Parteistandpunkte

- 14.1 Die Klägerschaft ist der Ansicht, die uT habe im Sommer des Jahres 2018 telefonisch veranlasst, dass die Beklagte ihr eine D._____ Card und die dazugehörige PIN für das fragliche Konto sandte, ohne dass die Beklagte eine ausreichende Legitimationsprüfung vornahm (pag. 4, Ziff. 2 und pag. 6, Ziff. 6). Die beiden Sendungen seien nie bei der Klägerschaft angekommen. Da die Unterschrift auf der Empfangsbestätigung offensichtlich nicht vom Kläger stamme, müssen beide Sendungen von der uT auf dem Zustellweg abgefangen worden sein (pag. 13, Ziff. 15). Mit dieser Karte habe die unbekannte Drittperson in den folgenden Wochen sodann rund CHF 50'000.00 abgehoben, welche der Klägerschaft belastet wurden (pag. 4, Ziff. 2 und pag. 15, Ziff. 17). Zudem habe die Beklagte eine Erhöhung der Kontolimits für die D._____ Card gewährt, ohne eine ausreichende Legitimationsprüfung vorzunehmen (pag. 14, Ziff. 16 m.V.a. KB 34 und 35).
- 14.2 Die Beklagte ist der Auffassung, dass die uT im Umkreis der Klägerschaft zu suchen sei. Zudem habe die Klägerschaft ihre Unterlagen zur Geschäftsbeziehung nicht sorgfältig aufbewahrt, so dass der uT der Zugang zu den geheim zu haltenden Bankunterlagen ermöglicht wurde. Deshalb hätte eine oder mehrere unbekannte Drittpersonen die am Telefon gestellten Sicherheitsfragen jeweils beantwortet und damit eine D._____ Card und die dazugehörige PIN bestellen können (pag. 31, Ziff. 7 und pag. 40, Ziff. 19). Die beiden Sendungen seien denn auch nicht auf dem Zustellweg entwendet worden, sondern an die korrekte Adresse der Klägerschaft in den Philippinen zugestellt worden und damit in den Zugriffs- oder Einflussbereich bzw. in den Machtbereich der Klägerschaft gelangt (pag. 32, Ziff. 9).

IV. Rechtliches

15. Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Es ist damit in seiner rechtlichen Würdigung der Tatsachen frei und insofern nicht an die Begründung der Anträge der Parteien gebunden.
16. Parteivorbringen
- 16.1 Die Klägerschaft verlangt die ordnungsgemässe Erfüllung ihres Vertrags mit der Beklagten, namentlich die Bezahlung von CHF 82'670.70 (pag. 3, Ziff. 1). Die Beklagte sei im Zusammenhang mit den Bargeldbezügen durch die uT ihren Sorgfaltspflichten in verschiedener Hinsichten nicht ordnungsgemäss nachgekommen. Daher bleibe die Forderung der Klägerschaft auf Rückzahlung des an die uT ausbezahlten Betrags in der Höhe von CHF 50'438.40 bestehen. Diesen Schaden

könne die Beklagte nicht auf die Klägerschaft überwälzen (pag. 4, Ziff. 2 und pag. 19, Ziff. 21).

16.2 Die Beklagte anerkennt, dass die Klägerschaft gegenüber der Beklagten einen Rückerstattungsanspruch in der Höhe von CHF 32'232.29, d.h. Kontostand per 30. September 2018, gegenüber der Beklagten hat (pag. 31, Ziff. 6). Was den die CHF 32'232.29 übersteigenden Betrag betrifft, so stellt sie sich auf den Standpunkt (vgl. pag. 41 ff., Ziff. 22 ff.),

- (1) dass sie ihre vertraglichen Pflichten, namentlich ihre Sorgfaltspflichten, bei der Legitimationsprüfung nicht verletzt habe;
- (2) dass die Klägerschaft ihre Unterlagen zur Geschäftsbeziehung nicht sorgfältig aufbewahrt und keine geeigneten Massnahmen getroffen habe, um das Risiko eines unbefugten Zugriffs bzw. Betrugs zu verhindern;
- (3) dass der aus der Sorgfaltspflicht entstandene Schaden gestützt auf Ziff. 2 aAGB vollumfänglich der Klägerschaft überwälzt werden dürfe;
- (4) dass der Beklagten ein Schadenersatzanspruch im Umfang des in den Monaten August 2018 und September 2018 abgehobenen Betrags gegen die Klägerschaft zustehe, da diese ihre Schadensminderungspflicht verletzt hatte; sowie
- (5) dass die Klägerschaft die Bargeldbezüge vom Juli 2018 und August 2018 mangels Beanstandung der entsprechenden Kontoauszüge innert Monatsfrist genehmigt habe.

17. Vertragsqualifikation

17.1 Vorliegend haben die Parteien im Rahmen der Eröffnung des fraglichen Privatkontos eine Geschäftsbeziehung aufgenommen, deren Grundlage der Basisvertrag vom 4. Juli 2014 (KB 10) bildet. Mit Unterzeichnung des Basisvertrags erklärten die Parteien die Allgemeinen Geschäfts- und Teilnahmebedingungen der Beklagten (in KB 2 und 3) als dessen integrierender Bestandteil. Beim zwischen den Parteien abgeschlossenen Basisvertrag handelt es sich um einen Kontovertrag. Auf eine genauere Vertragsqualifikation kann vorliegend verzichtet werden.

18. Erfüllungsanspruch des Kunden und Beweislast

18.1 Überweist ein Kunde Geld auf sein bei einer Bank eröffnetes Konto, geht dieses ins Eigentum der Bank über. Dem Kunden steht diesbezüglich jedoch ein Rückerstattungsanspruch zu, weshalb die Bank verpflichtet ist, dem Kunden auf sein Verlangen hin das bestehende Guthaben gemäss Vertrag auszuzahlen (BGE 146 III 326 E. 5.1; BGE 146 III 121 E. 3.1).

18.2 Überweist die Bank einem Dritten auf Anweisung des Kunden (d.h. mit einem entsprechenden Auftrag) Geld von diesem Konto, erwirbt sie gegen ihn eine Forderung auf Rückerstattung (Art. 402 OR). Die Bank kann daher die Rückerstattungsklage des Kunden mit der Forderung auf Rückzahlung verrechnen (BGE 146 III 326 E. 5.1; BGE 146 III 121 E. 3.1.1).

- 18.3 Überweist die Bank jedoch ohne Anweisung (d.h. ohne entsprechenden Auftrag) Geld von diesem Konto an einen Dritten, erwirbt sie keine Forderung auf Rückerstattung, mit welcher sie die Rückerstattungsklage des Kunden verrechnen könnte. In diesem Fall hat der Kunde daher grundsätzlich das Recht, sein Guthaben entsprechend dem Kontosaldo vor der auftragslosen Buchung zurückzufordern und die Bank ist nach den allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsätzen (Art. 68 ff. OR) verpflichtet, dem Kunden den entsprechenden Betrag zu bezahlen, somit zum zweiten Mal eine Zahlung zu leisten (BGE 146 III 326 E. 5.1; BGE 146 III 121 E. 3.1.2; BGE 132 III 449 E. 2; BGE 112 II 450 E. 3a).
- 18.4 Unbestritten ist vorliegend, dass die Klägerschaft anlässlich der Eröffnung ihres Privatkontos bei der Beklagten gesamthaft einen Betrag von CHF 83'471.00 einbezahlt hatte. Unbestritten ist weiter, dass die streitigen Bankbezüge zwischen dem 9. Juli 2018 und dem 5. September 2018 durch eine uT in betrügerischer Absicht getätigt wurden und die Beklagte einen Betrag in der Höhe von CHF 50'438.40 ohne entsprechenden Auftrag der Klägerschaft an eine Drittperson geleistet hat. Festzuhalten ist somit, dass der Erfüllungsanspruch der Klägerschaft im Umfang des Kontosaldos per Ende Juni 2018 in der Höhe von CHF 82'670.70 grundsätzlich weiterhin besteht.
- 18.5 Da die Beklagte anerkennt, dass die Klägerschaft einen obligatorischen Anspruch bezüglich des Guthabensaldos per 30. September 2018 in der Höhe von CHF 32'232.29 ihr gegenüber hat (pag. 31, Ziff. 6 und pag. 40, Ziff. 21), wird im Nachfolgenden lediglich zu prüfen sein, ob dem Erfüllungsanspruch der Klägerschaft im Umfang der verbleibenden CHF 50'438.40 verrechnungsweise entsprechende Ansprüche der Beklagten entgegenstehen.
19. Risikoüberwälzung auf den Kunden und Beweislast
- 19.1 Eine Bank kann das normalerweise von ihr getragene Risiko bzw. den Schaden infolge Legitimationsmängeln auf den Kunden überwälzen, sofern zwischen den Parteien eine entsprechende Vereinbarung getroffen wurde (sog. Risikotransferklausel).
- 19.2 Die Zulässigkeit einer solchen Risikotransferklausel wird vom Bundesgericht allerdings in zweifacher Hinsicht beschränkt: Einerseits sei Art. 100 Abs. 1 OR, welcher die Befreiung von der Haftung für die Nicht- oder Schlechterfüllung des Vertrages regelt, analog auf solche Klauseln anwendbar. Eine Schadensabwälzung bei Absicht oder grober Fahrlässigkeit sei daher ausgeschlossen. Andererseits könne die Schadensabwälzung auch bei leichtem Verschulden gestützt auf Art. 100 Abs. 2 OR nach gerichtlichem Ermessen als nichtig qualifiziert werden (BGE 132 III 449 E. 2; BGE 112 II 450 E. 3.a; BGE 146 III 326, E. 6.1). Während eine Grobfahrlässigkeit dann vorliegt, wenn elementare Sorgfaltsregeln verletzt werden, namentlich wenn eine Bank Verdachtsmomente übergeht, die jedem sorgfältigen Bankier hätten auffallen müssen, wird leichte Fahrlässigkeit bejaht, wenn eine Person nicht die gesamte Sorgfalt walten lässt, die von ihr hätte erwartet werden können (BGer 4A_379/2016 vom 15. Juni 2017, E. 3.3.2).
- 19.3 Die Beklagte ist der Auffassung, sie könne das grundsätzlich von ihr getragene Risiko infolge Legitimationsmängeln gestützt auf Ziff. 2 aAGB auf die Klägerschaft

übertragen (pag. 41, Ziff. 22). Unter dem Titel «Legitimations- und Unterschriftenprüfung» hält diese Bestimmung folgende Sorgfaltspflichten der Parteien fest:

«Der Kunde hat die Pflicht, seine Unterlagen zur Geschäftsbeziehung mit D._____ sorgfältig aufzubewahren und alle Vorsichtsmassnahmen zu treffen, die das Risiko eines unbefugten Zugriffs oder Betrugs vermindern. Den Schaden, der auf eine Verletzung dieser Sorgfaltspflicht zurückzuführen ist, trägt der Kunde. D._____ prüft die Legitimation des Kunden oder seines Vertreters sowie deren Unterschriften mit geschäftsüblicher Sorgfalt und trifft angemessene Massnahmen, um Betrugereien zu erkennen und zu verhindern. Verletzt D._____ dabei die geschäftsübliche Sorgfalt, übernimmt sie den eingetretenen Schaden. Unterschriften sind auf Ersuchen von D._____ beglaubigen zu lassen.»

- 19.4 Diese Bestimmung kann nicht als Risikotransferklausel in dem Sinne, dass das gesamte Risiko infolge mangelnder Legitimation auf den Kunden überwältzt wird, verstanden werden. Vielmehr konkretisiert die Bestimmung den Umfang und das Mass an Sorgfalt, welches die Parteien voneinander verlangen können. Die Bestimmung wiederholt folglich, was bereits gesetzlich vorgesehen ist.
- 19.5 Vorliegend ist die Beklagte gemäss Art. 8 ZGB beweisbelastet dafür, (1) dass sie ihrer Sorgfaltspflicht nachgekommen ist, namentlich dass sie (a) die Legitimation der bestellenden Person im Zusammenhang mit der Bestellung der neuen D._____ Card und der dazugehörigen PIN, (b) die Legitimation der anfragenden Person im Zusammenhang mit der Erhöhung der Kartenlimiten und (c) die Unterschrift der empfangenden Person auf der Empfangsbestätigung der beiden Sendungen (neue D._____ Card und dazugehörige PIN) mit geschäftsüblicher Sorgfalt geprüft hatte sowie dass sie (d) angemessene Massnahmen getroffen hatte, um Betrugereien zu entdecken und zu verhindern. Die Beklagte hat ebenfalls den Beweis zu erbringen, (2) dass die Klägerschaft ihrer vertraglichen Sorgfaltspflicht nicht nachgekommen ist, namentlich dass diese (a) ihre Unterlagen zur Geschäftsbeziehung mit der Beklagten nicht sorgfältig aufbewahrt (hatte) und nicht alle Vorsichtsmassnahmen getroffen hatte, die das Risiko eines unbefugten Zugriffs oder Betrugs vermindern, wobei die Klägerschaft in Bezug auf (2) eine Mitwirkungspflicht trifft.
20. Sorgfaltspflicht der Klägerschaft
- 20.1 Standpunkt der Beklagten
- 20.1.1 Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerschaft ihrer Sorgfaltspflicht gemäss Ziff. 2 aAGB der Beklagten nachgekommen ist. Ihrer Ansicht nach müsse die uT Zugang zu den geheim zu haltenden Bankunterlagen der Klägerschaft gehabt haben, andernfalls es sich nicht erklären lasse, dass eine oder mehrere unbekannte Drittpersonen eine D._____ Card inklusive dazugehöriger PIN hätten bestellen können sowie dass die uT bei der telefonischen Identifikation die gestellten Sicherheitsfragen habe beantworten können (pag. 31, Ziff. 7 und pag. 40, Ziff. 19).

- 20.1.2 Unabhängig davon, wie und wo die Klägerschaft die Unterlagen aufbewahrt hatte, hätte die uT auch gar nicht Zugriff auf diese Unterlagen gebraucht, um ihren Betrug erfolgreich umzusetzen. So würde die Klägerschaft namentlich für die Kommunikation über ihre Bankbeziehung den unsicheren Kommunikationskanal E-Mail verwenden (pag. 35, Ziff. 14). Sodann habe die Klägerschaft in den (mittels Computer verfassten) Schreiben vom 29. Oktober 2014 (KB 30) und 11. März 2015 (KB 31) weitgehende Informationen über die Geschäftsbeziehung niedergeschrieben. Die uT hätte einfach auf diese elektronisch erstellten Dokumente zugreifen können, um von diesen vertraulichen Informationen erfahren zu können (pag. 32, Ziff. 9). Weiter seien neben dem Empfänger sämtliche im selben Wohndomizil anzutreffenden Personen zum Bezug von Sendungen berechtigt (pag. 32 f., Ziff. 9).
- 20.1.3 Schliesslich bringt die Beklagte mehrfach vor, die Klägerschaft habe beim Ausfüllen des Basisvertrags falsche Angaben gemacht, indem sie eine falsche Adresse geliefert habe. Namentlich habe sie anstelle ihres richtigen Wohnsitzes in den Philippinen die in der Schweiz befindliche Korrespondenzadresse als Wohnsitz angegeben (pag. 31, Ziff. 5; pag. 35, Ziff. 14; pag. 54; pag. 70).
- 20.2 Standpunkt der Klägerschaft
- 20.2.1 Die Klägerschaft ihrerseits weist darauf hin, dass die Beklagte nicht nachvollziehbar begründen könne, inwiefern die Klägerschaft die Unterlagen zur Geschäftsbeziehung unsorgfältig aufbewahre und zu welchen Unterlagen und relevanten Informationen die uT gekommen sein solle. Dies komme daher, dass die Klägerschaft sämtliche Unterlagen sorgfältig aufbewahre (pag. 52; pag. 67). Namentlich bewahre die Klägerschaft ihre Unterlagen, so auch ihre Kontokarten und die dazugehörige PIN, in einem Safe in Manila auf (KB 18; pag. 58, Rz 45 ff.). Des Weiteren verlange Ziff. 2 aAGB einen Kausalzusammenhang zwischen der unsorgfältigen Aufbewahrung und dem eingetretenen Schaden, was die Beklagte ebenfalls nicht darlege. Eine Schadensüberwälzung gestützt auf die besagte Bestimmung sei daher ausgeschlossen (pag. 19 f., Ziff. 21).
- 20.3 Zwischenbeurteilung
- 20.3.1 Gestützt auf die vorliegenden Akten kann nicht abschliessend beurteilt werden, ob die Klägerschaft ihrer Sorgfaltspflicht nachgekommen ist. Fraglich ist in diesem Zusammenhang zudem, ob die Klägerschaft diesbezüglich ihrer Mitwirkungspflicht hinreichend nachgekommen ist. Beide Fragen können allerdings offengelassen werden, da – wie nachfolgend aufgezeigt wird – die Beklagte nicht beweisen kann, dass sie ihrerseits ihrer Sorgfaltspflicht nachgekommen ist und sie daher das Risiko ungeachtet einer allfälligen Sorgfaltspflichtsverletzung der Klägerschaft nicht gestützt auf Ziff. 2 aAGB auf die Klägerschaft überwälzen kann.
- 20.3.2 Inwiefern das Vorbringen der Beklagten, wonach die Klägerschaft anlässlich der Kontoeröffnung eine falsche Adresse des Wohnsitzes angegeben hätte, vorliegend von Relevanz ist, ist nicht ersichtlich.
21. Sorgfaltspflicht der Beklagten
- 21.1 Standpunkt der Klägerschaft

- 21.1.1 Die Klägerschaft ist der Ansicht, die Beklagte habe auf jegliche geschäftsübliche Sorgfalt verzichtet, indem sie der uT vor dem Versand der D._____ Card und der dazugehörigen PIN sowie vor der Erhöhung der Kontolimiten keine hinreichenden Sicherheitsfragen gestellt habe. Zum einen verfüge die Beklagte gerade nicht mehr über die Aufzeichnungen der ersten Anrufe der uT, mit welchen diese die D._____ Card und die dazugehörige PIN bestellt sowie eine Erhöhung der Kontolimiten erwirkt hatte. Den Nachweis, dass sie eine genügende Legitimationsprüfung vorgenommen habe, könne sie daher von vorneherein nicht erbringen (pag. 7, Ziff. 8).
- 21.1.2 Zum anderen sei den Aufzeichnungen der Beklagten und der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern im Allgemeinen zu entnehmen, dass die Beklagte bei der Prüfung der Legitimation des Anrufers nicht die geringste Sorgfalt habe walten lassen und daher grobfahrlässig gehandelt habe. Namentlich gehe daraus weder hervor, dass die Beklagte zur Legitimationsprüfung irgendwelche hinreichende Sicherheitsfragen gestellt hat noch wie diese beantwortet worden sein sollten. Vielmehr habe die Beklagte auf jegliche geschäftsübliche Sorgfalt bei der Legitimationsprüfung verzichtet und sämtliche, teilweise offenkundigen Anzeichen, dass es sich bei der uT nicht um den angeblichen Anrufer, Herr A._____, handeln konnte, systematisch ignoriert. Des Weiteren habe der Anrufer auf manche vermeintlichen Sicherheitsfragen entweder gar nicht, nur ausweichend oder schlicht unverständlich geantwortet und in manchen Fällen hätten die Mitarbeitenden der Beklagten die vermeintlichen Sicherheitsfragen sogar selbst beantwortet (pag. 8 ff., Ziff. 9 ff.). Gestützt darauf müsse davon ausgegangen werden, dass die Beklagte die von ihr geforderte Sorgfalt auch bei den ersten, nicht aufgezeichneten Anrufen, in welchen die beiden Sendungen und die Erhöhung der Kartenlimiten veranlasst wurden, nicht eingehalten und der uT darin zudem sensible Daten mitgeteilt hatte, so dass diese die Sicherheitsfragen in späteren Anrufen beantworten konnte (pag. 11, Ziff. 13).
- 21.1.3 Darüber hinaus habe es eine Vielzahl von (weiteren) Auffälligkeiten gegeben, welche seitens der Beklagten eine Intervention zur Folge hätte haben müssen. Namentlich sei alleine schon die grosse Zahl der Anrufe innert kurzer Zeit, nachdem in den vergangenen Jahren nur wenig Kundenkontakte erfolgten, auffällig gewesen. Ebenso hätte es der Beklagten auffallen müssen, dass der Anrufer immer wieder darauf drängte, die Limite für Kartenbezüge zu erhöhen, obwohl vom Konto der Klägerschaft zuvor während Jahren nicht ein einziger Bargeldbezug erfolgte. Ebenso hätte die Beklagte ohne Weiteres erkennen müssen, dass die hohe Anzahl von Bargeldbezügen innert kürzester Zeit wirtschaftlich nicht den geringsten Sinn ergebe. Schliesslich sei die hohe Zahl von Versuchen, Bargeld über die verschiedenen Limiten hinaus zu beziehen, sowie die Tatsache, dass innert Minuten, nachdem die Tages- oder Monatslimite zurückgesetzt wurde, sofort wieder neue Bezüge erfolgten, auffällig gewesen (pag. 18, Ziff. 19, pag. 68). Auch dass die Sendungen an eine andere als an die Korrespondenzadresse der Klägerschaft gewünscht worden seien, hätte der Beklagten auffallen müssen. Es wäre an der Beklagten gewesen, diese Auffälligkeiten zu erkennen und zu verhindern, was sie jedoch versäumt habe (pag. 18, Ziff. 19).

21.1.4 Entgegen der klaren schriftlichen Weisung der Klägerschaft habe die Beklagte schliesslich die D._____ Card und die dazugehörige PIN in die Philippinen geschickt. Da die beiden Sendungen nie bei der Klägerschaft angekommen seien und die Empfangsbestätigungen dagegen offensichtlich nicht durch den Kläger unterschrieben wurden, müssten diese Sendungen von der uT auf dem Zustellweg abgefangen worden sein (pag. 13, Ziff. 15). Der Umstand, dass die Beklagte die Sendungen entgegen den ausdrücklichen Anweisungen der Klägerschaft in die Philippinen geschickt hatte, liege in ihrer Risikosphäre (pag. 72).

21.2 Standpunkt der Beklagten

21.2.1 Die Beklagte bestreitet, ihre Sorgfaltspflichten verletzt zu haben (pag. 31, Ziff. 8).

21.2.2 Sie bestreitet zunächst mit Nichtwissen, dass eine oder mehrere unbekannte Drittpersonen eine D._____ Card und die dazugehörige PIN für das Konto bestellt hatten (pag. 31, Ziff. 7 und pag. 33, Ziff. 10).

21.2.3 Weiter bestreitet sie den Vorwurf der Klägerschaft, die Beklagte habe die Legitimation des Anrufers ungenügend geprüft, indem sie keine hinreichenden Sicherheitsfragen gestellt oder sonst wie in diesem Zusammenhang ihre Sorgfaltspflichten verletzt habe (pag. 33, Ziff. 10 und pag. 34, Ziff. 13). Diesbezüglich führt die Beklagte aus, dass die Klägerschaft einen klaren «hindsight bias» zeige, wobei nicht berücksichtigt werde, dass der Zahlungsverkehr ein Massengeschäft sei und Bankmitarbeiter nicht vor jedem Kundenauftrag die ganze Kundenbeziehung und das Kundenverhalten der letzten Jahre analysieren könnten (pag. 34, Ziff. 13).

21.2.4 Abklärungen bezüglich einzelner Kunden würden dann getroffen, wenn ein informatikgeschütztes System bei einem Kunden eine Auffälligkeit generiere. Im Zusammenhang mit der zur Diskussion stehenden Geschäftsbeziehung sei keine Auffälligkeit ausgelöst worden, da die getätigten Transaktionen sich im Rahmen der vergleichbaren Geschäftsbeziehung gehalten hätten. Deswegen seien keine Abklärungen getroffen worden (pag. 40, Ziff. 20).

21.2.5 Zum Vorwurf der Klägerschaft, wonach die Beklagte weisungswidrig Sendungen in die Philippinen geschickt habe, erwidert die Beklagte, dass es zwar dem Kläger als ehemaligem Mitglied des diplomatischen Dienstes notorisch bekannt sein dürfte, dass auf den Philippinen die Gefahr bestehe, dass Postsendungen auf dem Zustellweg entwendet würden, nicht aber der Beklagten (pag. 38, Ziff. 15). Zudem habe die Beklagte der Klägerschaft bereits in anderem Zusammenhang ein Schreiben an die Wohnsitzadresse der Klägerschaft nach Manila geschickt, worauf die Klägerschaft nicht reklamiert habe (pag. 38, Ziff. 15). Es sei denn auch plausibel und nachvollziehbar, dass jemand, welcher in den Philippinen wohne und dort Bargeldbezüge tätigen möchte, sich die Zustellung einer neuen D._____ Card an diese Adresse wünsche. Schliesslich seien die beiden Sendungen auch nicht an eine neue, von der uT angepasste Adresse, sondern an die korrekte, von der Klägerschaft bekannt gegebene Adresse geschickt worden (pag. 39, Ziff. 17).

21.3 Zwischenbeurteilung

21.3.1 Fraglich ist zunächst, welches Mass an Aufmerksamkeit von der Beklagten in der vorliegenden Angelegenheit hätte erwartet werden dürfen und müssen. Sodann hat

geprüft zu werden, ob die Beklagte der von ihr geforderten Aufmerksamkeit nachgekommen ist.

- 21.3.2 Gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB ist die Beklagte dazu verpflichtet, diejenige Aufmerksamkeit an den Tag zu legen, die aufgrund der Umstände geboten ist. Da die gebotene Aufmerksamkeit sich «nach den Umständen» richtet, ist stets eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen. Die konkreten Umstände geben jeweils vor, ob und in welchem Umfang gegebenenfalls Abklärungen und Nachforschungen zu tätigen sind oder Rücksprache mit dem Kunden genommen werden soll. Massstab ist, welche Abklärungen eine durchschnittliche Bank in derselben Situation zur Überprüfung, ob eine Transaktion vom Kunden autorisiert ist oder nicht, getroffen hätte.
- 21.3.3 Soweit die Beklagte behauptet, sie habe vor dem Versand der neuen D. _____ Card und der dazugehörigen PIN sowie vor der Erhöhung der Kontolimiten hinreichende Sicherheitsfragen gestellt, um die Identität des Anrufers festzustellen, misslingt ihr diesbezüglich der direkte Beweis, da die einschlägigen Anrufe nicht aufgezeichnet wurden. Ebenso wenig legt sie dar, welche Sicherheitsfragen grundsätzlich gestellt würden, wenn ein Kunde telefonisch eine neue D. _____ Card und die dazugehörige PIN bestellt oder telefonisch eine Kontolimiten-Erhöhung wünscht. Es bleibt unklar, welche Vorkehren die Beklagte trifft, um gerade solche Fälle, in denen eine unbekannte Drittperson sich als vermeintlicher Kunde ausgibt und in betrügerischer Absicht eine neue D. _____ Card bestellt oder eine Kartenlimiten-Erhöhung erwirkt, zu verhindern. Vielmehr beschränkt sie sich darauf, pauschal zu bestreiten, dass sie ihre Sorgfaltspflicht nicht eingehalten habe und dass sie nicht gewusst habe, dass eine unbekannte Person die D. _____ Card sowie die dazugehörige PIN bestellt hatte. Da ihr aber die Beweislast in dieser Hinsicht obliegt, wäre es an ihr gewesen, ihre Behauptung mit substantiierten Argumenten und Beweismitteln zu untermauern.
- 21.3.4 Des Weiteren kann die Beklagte auch nichts aus den aufgezeichneten Telefonaten für sich ableiten. Diesen Aufzeichnungen ist gerade im Gegenteil zu entnehmen, dass die Mitarbeitenden der Beklagten dem Anrufer lediglich eher allgemein gehaltene Sicherheitsfragen stellten, um dessen Identität festzustellen, so etwa die Frage nach dem Namen und dem Geburtsdatum, allfälligen Mitinhabern, dem Bestehen von Daueraufträgen, dem aktuellen Kontostand oder der Benutzung von E-Banking. Ebenso fällt auf, dass die Mitarbeitenden sich teilweise sehr schnell mit einer nicht oder nicht vollständig zutreffenden Antwort zufriedengegeben oder dem Anrufer selbst die korrekte Antwort – beispielsweise den aktuellen Kontostand – preisgegeben hatten. Diesbezüglich muss zwar berücksichtigt zu werden, dass anlässlich der aufgezeichneten Telefonate keine konkreten Aufträge vom unbekannten Anrufer entgegengenommen und ausgeführt wurden und daher die Anforderungen an die Sicherheitsfragen tiefer angesetzt werden konnten. Berücksichtigt werden muss weiter, dass die Beurteilung retrospektiv und bereits mit dem Wissen, dass es sich beim Anrufer um eine uT handelte, erfolgte. Ebenso muss berücksichtigt werden, dass es den Mitarbeitenden der Beklagten nicht zuzumuten ist, bei jedem Anruf vertiefte Abklärungen durchzuführen. Vorliegend scheinen dem Gericht die Anrufe allerdings ausreichend ungewöhnlich und die Anhaltspunkte für einen Betrug genügend vorhanden, dass von den Mitarbeitenden der Beklagten ein grös-

seres Mass an Sorgfalt bei der Feststellung der Identität des Anrufers hätte verlangt werden können, als es der Fall gewesen war. Insbesondere fällt auf, dass es sich nicht um Einzelfälle gehandelt hatte, in denen das verlangte Mass an Sorgfalt bei der Identitätsfeststellung nicht eingehalten worden ist, sondern bei fast jedem der aufgezeichneten Anrufe. Dies könnte den Schluss nahelegen, dass die Mitarbeitenden der Beklagten auch bei den relevanten Anrufen die von ihnen geforderte Sorgfalt nicht eingehalten hatten. Vorliegend einen Schluss *a minore ad maius* zu ziehen, scheint jedoch nicht gerechtfertigt und wäre zudem obsolet, da – wie bereits ausgeführt (Rz 21.3.3) – der Beklagten der Beweis, dass sie bei der Legitimationsprüfung ihrer Sorgfaltspflicht hinreichend nachgekommen ist, sowieso misslungen ist.

- 21.3.5 Der Beklagten ist nicht alleine im Zusammenhang mit der Legitimationsprüfung eine Sorgfaltspflichtsverletzung vorzuwerfen. Vielmehr ist festzustellen, dass im fraglichen Sommer 2018 eine Vielzahl von Auffälligkeiten bestanden hätten, welche die Beklagte hätte entdecken und durch weitere Abklärungen und / oder Nachforschungen verhindern können und müssen.
- 21.3.6 Betrachtet man die Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien, so ist festzuhalten, dass seit der Kontoeröffnung am 14. Juli 2014 bis zum ersten Anruf der uT am 4. Juli 2018 weder Bargeldbezüge oder sonstige Transaktionen durch die Klägerschaft getätigt worden sind noch dass die Klägerschaft eine regelmässige Kontaktaufnahme suchte. Gegenteilig kann den Akten entnommen werden, dass eine Kontaktaufnahme mit der Beklagten sich eben gerade sehr schwierig erwiesen hatte. Vor diesem Hintergrund ist es namentlich auffällig, dass die Klägerschaft plötzlich den regelmässigen Kontakt mit der Beklagten suchte und regelmässig höhere Summen an Geld bezogen hatte. Sodann ist alleine die Tatsache, dass teilweise bis zu 16 Mal pro Tag Bargeldbezüge erfolgten, auffällig. Dass diese Bargeldbezüge jeweils bedeutende Beträge umfassten, macht diesen Vorgang umso auffälliger und hätte nur schon für sich betrachtet zu einer Intervention der Beklagten führen müssen. Dazu kommt weiter die Auffälligkeit, dass die Kontolimite, nachdem bereits eine Vielzahl von Bargeldbezüge getätigt worden sind, erhöht werden sollte. Auch dass jeweils sofort nach Rücksetzung der Kontolimite wieder Bargeld bezogen wurde, hätte der Beklagten auffallen müssen. Darüber hinaus hätte das System der Beklagten merken müssen, dass die Unterschrift auf der Empfangsbestätigung nicht mit jener des Klägers übereinstimmt. Dass die Beklagte trotz all dieser Auffälligkeiten keinen Verdacht schöpfte, wird als massive Sorgfaltspflichtsverletzung erachtet. Von einer Bank sollte erwartet werden können, dass sie Auffälligkeiten wie die vorliegenden erkennt und entsprechende Massnahmen einleitet, um Licht ins Dunkel zu bringen. Ihrer Sorgfaltspflicht ist sie jedenfalls nicht so nachgekommen, wie dies ein Kunde von ihr hätte erwarten dürfen.
- 21.3.7 Dem Argument der Beklagten, wonach der Zahlungsverkehr ein Massengeschäft sei und ein Bankmitarbeiter daher nicht vor jeden Kundenauftrag die ganze Kundenbeziehung und das Kundenverhalten in den letzten Jahren analysieren könne, kann im Übrigen nicht gefolgt werden. Das Massengeschäft ist ihr Geschäftsmodell und daher auch ihr Risiko.

- 21.3.8 Weiter kann sich die Beklagte ihrer Haftung nicht entziehen, indem sie sich darauf beruft, ihr System habe keine Auffälligkeiten generiert. Es liegt in ihrer Verantwortung, angemessene Massnahmen zu treffen, um Betrugereien wie die vorliegende zu erkennen und zu verhindern. Richtet die Beklagte dazu ein System ein, welches Auffälligkeiten generieren sollte, so liegt es auch an ihr dafür zu sorgen, dass dieses System Auffälligkeiten entdeckt, die entdeckt werden müssen. Welche Vorkehren die Beklagte neben der Implementierung dieses Systems getroffen hatte, bringt sie nicht vor. Der Beklagten misslingt somit auch der Beweis, dass sie angemessene Massnahmen getroffen hatte, um Betrugereien in der Art, wie sie vorliegend geschehen sind, zu erkennen und zu verhindern.
- 21.4 Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Beklagte im Zusammenhang mit den betrügerischen Handlungen der uT das Mass an Aufmerksamkeit hat vermissen lassen, das die Umstände von ihr verlangt hätten und das von einer durchschnittlichen Bank hätte erwartet werden können. Ihre Sorgfaltspflichtsverletzung kann als erheblich bzw. grobfahrlässig qualifiziert werden. Eine Schadens- bzw. Risikoüberwälzung auf die Klägerschaft ist damit ausgeschlossen.
- 21.5 Anzumerken bleibt, dass für den vorliegend nicht eingetretenen Fall, dass zwischen den Parteien eine Risikotransferklausel im eigentlichen Sinne getroffen worden wäre, eine Schadensabwälzung gestützt auf Art. 100 Abs. 1 OR dennoch ausgeschlossen gewesen wäre, weil der Beklagten eine grobe Fahrlässigkeit anzulasten ist.
- 21.6 Ob Ziff. 2 aAGB im Hinblick auf Art. 8 UWG unzulässig wäre, kann schliesslich offengelassen werden.
22. Schadenersatzforderung
- 22.1 Hat der Kunde durch eine Verletzung seiner eigenen Pflichten schuldhaft zur Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens beigetragen, ist zu prüfen, ob die Bank die Rückerstattungsklage ihres Kunden mit einer Schadenersatzforderung (gemäss Art. 97 Abs. 1 OR) verrechnen kann. Gemäss bundesgerichtlicher Praxis trage der Kunde namentlich zur Verschlimmerung des Schadens der Bank bei, wenn er die unberechtigten oder unbegründeten Buchungen, die er durch die Einsichtnahme in die erhaltenen Kontoauszüge hätte feststellen können oder müssen, nicht innert der vereinbarten Frist bestreitet, oder indem er seine bei der Bank gelagerte Post nicht kontrolliert (BGer 4A_119/2018 E. 6.2). Besteht allerdings ein Selbst- oder Mitverschulden der Bank, ist ihr Ersatzanspruch wiederum nach gerichtlichem Ermessen zu reduzieren (Art. 44 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR). Jüngst hat das Bundesgericht zudem festgehalten, dass der Kunde vollumfänglich von der Haftung befreit werden könne, wenn das Eigenverschulden der Bank derart schwerwiegend ist, dass es die zum Schaden beitragende Vertragsverletzung des Kunden als entfernt und rechtlich unbedeutend erscheinen lässt (BGer 4A_178/2019 vom 6. August 2020, E. 6.4).
- 22.2 Vorliegend hat die Beklagte nach den allgemeinen vertragsrechtlichen Regeln die Vertragsverletzung, den Schaden sowie den Kausalzusammenhang nachzuweisen. Das Verschulden der Klägerschaft wird sodann vermutet (BGer 4A_586/2017 vom 16. April 2018 m.w.V.). Letzterer steht allerdings der Entlastungsbeweis offen, dass

sie in Bezug auf die Begründung und Verschlimmerung des eingetretenen Schadens kein Verschulden trifft. Schliesslich hat die Beklagte auch zu beweisen, dass sie kein Selbst- oder Mitverschulden am eingetretenen Schaden trifft.

22.3 Der Schaden betrage gemäss Ausführungen der Beklagten grundsätzlich CHF 50'438.41. Sie verzichte jedoch auf die Gebühren für die Bargeldbezüge im Ausland der umstrittenen Transaktionen in der Höhe von gesamthaft CHF 390.00, womit der Schaden um diesen Betrag auf CHF 50'076.35 verringert werde (pag. 44, Ziff. 25).

22.4 Gemäss Ausführungen der Beklagten habe die Klägerschaft gegen Ziff. 7 aAGB verstossen, welche unter dem Titel «Prüfungs- und Beanstandungspflicht» folgende Bestimmung enthält:

«Der Kunde ist verpflichtet, die Auszüge und Anzeigen umgehend zu prüfen. Beanstandungen des Kunden aus der Ausführung von Aufträgen sind innert Monatsfrist nach der entsprechenden Mitteilung vorzunehmen. Nicht rechtzeitig erfolgte Beanstandungen des Kunden können zur Verletzung der Schadensminderungspflicht führen. Für den hieraus entstehenden Schaden hat der Kunde einzustehen.»

22.5 Die Klägerschaft habe es entgegen ihrer Pflicht gemäss Ziff. 7 aAGB unterlassen, die Kontoauszüge sowie die Anzeige bezüglich der Erhöhung der Kontolimits zu prüfen und zu beanstanden.

22.6 Da die Klägerschaft selbst nicht bestreitet, dass sie die Kontoauszüge der Monate Juli und August 2018 sowie die Anzeige bezüglich der Erhöhung der Kontolimits nicht innert der Monatsfrist zur Kenntnis genommen hatte, geschweige denn diese beanstandet hatte, ist sie unbestrittenermassen ihrer Prüfungs- und Beanstandungspflicht nach Ziff. 7 aAGB nicht nachgekommen.

22.7 Die Beklagte wirft der Klägerschaft vor, dass die betrügerischen Bargeldbezüge im August und September 2018 hätten vermieden werden können, hätte die Klägerschaft die Bankunterlagen sofort geprüft und umgehend eine Beanstandung vorgenommen (pag. 44, Ziff. 25). Die Klägerschaft bestreitet demgegenüber eine Berechtigung der Beklagten zur Schadensüberwälzung auf die Klägerschaft. Selbst wenn sie nach Anzeige der neuen Kartenlimits am 11. Juli 2018 eine Beanstandung hätte vornehmen müssen, so hätte sie damit bis zum 12. August 2018 Zeit gehabt. Bis zu diesem Datum seien aber bereits Bargeldbezüge von rund CHF 40'000.00 erfolgt, so dass selbst mit einer Beanstandung der Klägerschaft lediglich ein Schaden in der Höhe von rund CHF 10'000.00 hätte verhindert werden können (pag. 19 f., Ziff. 21).

22.8 Um die Frage zu beantworten, ob die Klägerschaft den eingetretenen Schaden hätte verhindern oder minimieren können, hätte sie die Benachrichtigung der Kontolimits-Erhöhung sowie die via E-Banking zugestellten Kontoauszüge rechtzeitig geprüft und beanstandet, hat der zeitliche Ablauf der Geschehnisse genauer erörtert zu werden.

- 22.9 Die erste Serie der Bargeldbezüge (28 Bezüge im Umfang von gesamthaft CHF 19'940.53) durch die uT erfolgte am 9. und 10. Juli 2018. Zu diesem Zeitpunkt lag der Klägerschaft weder die Benachrichtigungen der Kontolimiten-Erhöhung noch einer der relevanten Kontoauszüge vor. Die entsprechenden Schreiben wurden der Klägerschaft nachweislich erst nach dem 10. Juli 2018 zugestellt, sodass eine entsprechende Prüfung und Beanstandung gar nicht erst möglich gewesen wäre. Es kann somit festgehalten werden, dass die Klägerschaft den Schaden infolge der ersten Serie der Bargeldbezüge mangels diesbezüglicher Anhaltspunkte nicht hätte verhindern können. Dies behauptet die Beklagte denn auch nicht (vgl. pag. 44, Ziff. 25).
- 22.10 Die zweite Serie der Bargeldbezüge (32 Bezüge in der Höhe von gesamthaft CHF 19'910.22) durch die uT erfolgte zwischen dem 31. Juli 2018 und dem 2. August 2018. Unbestritten ist, dass die Benachrichtigung der Kontolimiten-Erhöhung der Klägerschaft zu diesem Zeitpunkt bereits an ihre Korrespondenzadresse bei der Notarin G. _____ zugestellt worden ist. Die Schreiben datieren vom 11. Juli 2018 und wurden per A-Post versandt, womit davon ausgegangen werden kann, dass sie spätestens am 16. Juli 2018 zugestellt worden sind. Ab Zustelldatum hätte die Klägerschaft somit noch rund zwei Wochen Zeit gehabt, um die Benachrichtigungen zu prüfen und gegebenenfalls zu beanstanden, bis die zweite Serie der Bargeldbezüge begonnen hatte. Hätte die Klägerschaft das Schreiben vom 11. Juli 2018 umgehend zur Kenntnis genommen, hätte sie merken können, dass etwas nicht stimmen konnte, da sie selbst die entsprechenden Kontolimiten-Erhöhung nicht in Auftrag gegeben hatte. In der Folge hätte die Klägerschaft entweder selber Nachforschungen tätigen, sich bei der Beklagten erkundigen, wieso die Kontolimite erhöht wurde oder die Kontolimiten-Erhöhung beanstanden können. Gemäss Parteiaussage des Klägers vom 29. Juni 2021 (pag. 58 f., Rz 84 ff.) habe dieser das Schreiben vom 11. Juli 2018 hingegen weder bei der Notarin abgeholt noch durch diese öffnen lassen. Da sie somit die Benachrichtigung der Kontolimiten-Erhöhung gar nicht erst zur Kenntnis genommen hatte, hatte die Klägerschaft dementsprechend faktisch auch nicht die Möglichkeit gehabt, diese zu beanstanden oder in anderer Weise zu reagieren.
- 22.11 Fraglich ist grundsätzlich, ob ein Kunde verpflichtet ist, die Korrespondenz mit der Bank zu prüfen und falls ja, innert welcher Zeitspanne vom Kunden erwartet werden kann, dass er diese Prüfung und eine allfällige Beanstandung vornimmt.
- 22.12 Das Gericht ist der Ansicht, dass eine Bank von ihrer Kundschaft grundsätzlich erwarten kann, dass diese ihre Post gelegentlich öffnet, kontrolliert und Beanstandungen vornimmt. Weiter kann sie davon ausgehen, dass ein Kunde, sofern er selber keine Kontolimiten-Erhöhung beantragt hatte, selber Nachforschungen tätigt oder die Bank entsprechend informiert, sobald er eine entsprechende Benachrichtigung erhalten hatte. Zu beachten ist im vorliegenden Fall, dass der Kläger im diplomatischen Dienst der Eidgenossenschaft stand, unter anderem Generalkonsul und ehemaliger Geschäftsträger des Bundes war und damit nicht völlig branchenfremd ist. Insbesondere von einer Person mit einem Werdegang wie jenem des Klägers kann eine Bank erwarten, dass er der Bankkorrespondenz angemessene Beachtung schenken würde. Festzuhalten ist zudem, dass in den aAGB explizit ei-

ne Prüf- und Beanstandungspflicht vorgesehen ist. Als Zwischenfazit kann daher festgehalten werden, dass die Beklagte von der Klägerschaft hätte erwarten können und dürfen, dass diese ihre Bankkorrespondenz prüft und gegebenenfalls beanstandet.

- 22.13 Fraglich ist dagegen, innert welcher Frist eine Kontrolle und Beanstandung hätte erfolgen müssen. Während die Beklagte der Auffassung ist, die Klägerschaft wäre verpflichtet gewesen, umgehend eine Beanstandung vorzunehmen, stellt sich jene auf den Standpunkt, sie hätte – sofern überhaupt eine Beanstandungspflicht bestünde – gemäss Ziff. 7 aAGB einen Monat lang Zeit dazu gehabt.
- 22.14 Wie die Klägerschaft korrekterweise vorbringt (pag. 68) wurden die neuen AGB der Beklagten (nAGB; KB 4) in Ziff. 7 («Prüfungs- und Beanstandungspflicht») um den Zusatz, wonach der Kunde verpflichtet sei, Beanstandungen im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung «umgehend» vorzubringen, ergänzt. Die aAGB sahen demgegenüber lediglich vor, dass der Kunde umgehend eine Prüfung vorzunehmen habe. Die Beanstandungen hingegen seien innert Monatsfrist vorzunehmen. Die Klägerschaft weist weiter darauf hin, dass die Beklagte den Wortlaut sicher nicht geändert hätte, wenn der Kunde bereits nach den aAGB verpflichtet gewesen wäre, die Beanstandungen umgehend vorzunehmen. In ihrem Informationsschreiben über die Anpassung der AGB per 2020 (KB 5) halte die Beklagte denn auch ausdrücklich fest, dass die Beanstandungen «neu grundsätzlich so rasch als möglich anzubringen» seien (pag. 68). Dass Ziff. 7 aAGB eine Pflicht entnommen könnte, Beanstandungen umgehend vorzubringen, muss unter diesen Umständen verneint werden.
- 22.15 Allerdings ist diesbezüglich den Ausführungen der Beklagten zu folgen, wonach zwischen der Beanstandungs- und der Schadenminderungspflicht zu differenzieren sei. Eine Schadenminderungspflicht des Kunden besteht unabhängig davon, ob eine solche zwischen der Bank und dem Kunden vereinbart worden ist oder nicht. Nach der Ansicht des Gerichts verlangt die Schadenminderungspflicht im vorliegenden Fall von der Klägerschaft, dass diese, sobald sie von den unberechtigten Bargeldbezügen oder anderen Aufträgen Kenntnis genommen hatte oder Kenntnis genommen haben müsste, umgehend eine Beanstandung vorzunehmen hat. Hätte sie nachweislich Kenntnis von den betrügerischen Bargeldbezügen genommen, mit einer Beanstandung jedoch zugewartet, bis die Monatsfrist abgelaufen ist, so würde dies gegen ihre Schadenminderungspflicht verstossen.
- 22.16 Von einem Kunden hingegen zu verlangen, dass er seine Post umgehend kontrolliert und beanstandet, scheint weder zumutbar noch realistisch zu sein. Vorliegend hätte die Klägerschaft rund zwei Wochen Zeit gehabt, um die Benachrichtigung zu prüfen und gegebenenfalls zu beanstanden. Eine Frist von zwei Wochen – auch unter Berücksichtigung möglicher Ferienabwesenheiten – erachtet das Gericht als sehr knapp bemessen und daher nicht angemessen, eine Beanstandung innert dieser Zeit zu verlangen. Festgehalten werden kann, dass von der Klägerschaft nicht hätte erwartet werden können, dass sie nach Erhalt der Benachrichtigung der Kontolimiten-Erhöhung innert zwei Wochen ihre Bankkorrespondenz überprüft und diese gegebenenfalls beanstandet.

- 22.17 Der Kontoauszug des Monats Juli 2018 wurde der Klägerschaft am 1. August 2018 via E-Banking zugestellt. Entsprechend den obenstehenden Ausführungen konnte auch diesbezüglich von der Klägerschaft nicht erwartet werden, dass sie umgehend eine entsprechende Prüfung und Beanstandung vornehmen würde.
- 22.18 Zusammenfassend hätte die Klägerschaft, hätte sie Kenntnis vom Schreiben vom 11. Juli 2018 genommen, den durch die zweite Serie der Bargeldbezüge entstandenen Schaden verhindern können, dies aber nicht müssen. Auch diesen Schaden kann die Beklagte folglich nicht auf die Klägerschaft überwälzen.
- 22.19 Die dritte Serie der Bargeldbezüge (17 Bezüge im Umfang von gesamthaft CHF 10'127.66) durch die uT erfolgte zwischen dem 31. August 2018 und dem 5. September 2018.
- 22.20 Seit der Zustellung der Benachrichtigungen der Kontolimiten-Erhöhung waren zu diesem Zeitpunkt bereits rund sechs Wochen vergangen. Von einem Kunden zu erwarten, dass es innert einer Zeitspanne von sechs Wochen eine entsprechende Prüfung und Beanstandung der Bankkorrespondenz vornimmt, wird vorliegend als angemessen und zumutbar erachtet.
- 22.21 Neben den Schreiben vom 11. Juli 2018 verfügte die Klägerschaft zu diesem Zeitpunkt zudem seit rund vier Wochen über den Kontoauszug des Monats Juli 2018, welchen sie grundsätzlich via E-Banking von den Philippinen aus hätte einsehen können. Dass der Kunde innerhalb von vier Wochen seine Korrespondenz mit der Bank überprüft und Beanstandungen vornimmt, sofern etwas nicht stimmen sollte, kann eine Bank ebenfalls von ihm verlangen.
- 22.22 Vorliegend wären der Klägerschaft somit zwei Schreiben vorgelegen, deren Prüfung und Beanstandung ihr bis zum Beginn der dritten Serie der Bargeldbezüge möglich und zumutbar gewesen wäre. Die Klägerschaft hätte in Bezug auf die dritte Serie merken, dass etwas nicht stimmt, und entsprechend reagieren können und müssen. Dies hat die Klägerschaft jedoch unterlassen und damit dazu beigetragen, dass dieser Schaden bei der Bank eingetreten ist. Die Beklagte könnte daher grundsätzlich Ersatz des gesamten Schadens, welcher im Zusammenhang mit der letzten Serie der Bargeldbezüge eingetreten ist, verlangen.
- 22.23 Wie bereits festgestellt (Ziff. 21.4) ist der Beklagten jedoch bezüglich des vorliegend eingetretenen Betrugs ein grobfahrlässiges Verhalten vorzuwerfen. In diesem Fall ist ihr Ersatzanspruch nach Art. 44 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR nach gerichtlichem Ermessen zu reduzieren. Eine vollumfängliche Befreiung der Haftung der Klägerschaft erachtet das Gericht nicht als gerechtfertigt, da das in Bezug auf die Prüfung und Beanstandung der Bankkorrespondenz nachlässige Verhalten der Klägerschaft selbst ebenfalls zum Schaden der Beklagten beigetragen hat und nicht als dermassen unbedeutend zu qualifizieren ist, dass eine Haftungsbefreiung angezeigt erschiene. Dem Gericht scheint eine hälftige Teilung des Schadens der letzten Serie der Bargeldbezüge den Umständen angemessen.
- 22.24 Dass die Klägerschaft kein Verschulden treffe, wäre an ihr zu beweisen gewesen. Diesen Beweis hat die Klägerschaft allerdings nicht erbracht. Vielmehr räumt die Klägerschaft ein, dass sie es schlicht und einfach unterlassen hatte, ihre Bankkor-

respondenz zu prüfen (pag. 57, Rz 31 f.). Da sie den Entlastungsbeweis gar nicht erst antritt, kann er ihr auch nicht gelingen.

- 22.25 Als Zwischenfazit wird festgehalten, dass der Beklagten ein Schadenersatzanspruch in der Höhe der Hälfte des bei ihr eingetretenen Schadens der dritten Serie gegen die Klägerschaft zusteht, da diese an die Verschlimmerung des Schadens schuldhaft beigetragen hat.

23. Genehmigungsfiktion

- 23.1 Die Beklagte führt weiter aus, die Klägerschaft habe die umstrittenen Bargeldbezüge im Juli 2018 in der Höhe von CHF 19'965.53 und im August 2018 in der Höhe von CHF 19'935.22 durch Schweigen genehmigt, indem sie es jeweils unterlassen hatte, innerhalb der Monatsfrist eine Beanstandung vorzunehmen. Die Beklagte stützt sich dazu auf Ziff. 7 aAGB, wonach Beanstandungen des Kunden aus der Ausführung von Aufträgen innert Monatsfrist nach der entsprechenden Mitteilung vorzunehmen sind. Ein entsprechender Hinweis stehe auch auf dem jeweiligen Kontoauszug: «Bitte überprüfen Sie den Kontoauszug. Ohne Ihren Gegenbericht innert 30 Tagen gilt er als genehmigt.» (pag. 43, Ziff. 24).
- 23.2 Die Klägerschaft stellt sich dagegen auf den Standpunkt, dass die Beklagte in ihren AGB – im Unterschied zu vielen Banken – eben gerade keine Genehmigungsfiktion niedergeschrieben habe. Darüber hinaus sei der Hinweis auf den jeweiligen Kontoauszügen nie Vertragsbestandteil geworden (pag. 69).
- 23.3 Was die Beweislast betrifft, so obliegt der Nachweis der Beklagten, dass zwischen den Parteien eine Vereinbarung bestand, wonach nach Ablauf einer Frist von einem Monat die durch die Beklagte an die Klägerschaft zugestellten Kontoauszüge als genehmigt gelten und dass die Klägerschaft nicht innert der vereinbarten Frist eine entsprechende Beanstandung vorgenommen hatte.
- 23.4 Ziff. 7 aAGB erwähnt zunächst, dass ein Auftrag durch die Beklagte ausgeführt wurde. Eine solche Ausführung ist in der Zustellung der neuen D._____ Card und der dazugehörigen PIN, der Erhöhung der Kartenlimiten sowie der Ausgabe der Bargeldbezüge erfolgt. Den Ausführungen der Klägerschaft, wonach erst gar keine Aufträge erfolgt seien (pag. 68), ist daher nicht zu folgen. Die Bestimmung verlangt weiter, dass allfällige Beanstandungen dieser ausgeführten Aufträge innert Monatsfrist nach der entsprechenden Mitteilung vorzunehmen sind. Für den Fall einer nicht rechtzeitigen Beanstandung seitens der Klägerschaft sieht die Bestimmung als Rechtsfolge vor, dass dies eine Verletzung der Schadensminderungspflicht zur Folge haben könne. Dass hingegen mangels Beanstandung die ausgeführten Aufträge als genehmigt gelten würden, sieht die Bestimmung gerade nicht vor. Entgegen der Ansicht der Beklagten (pag. 71) ist der Klausel denn auch keine implizite Genehmigungsfiktion zu entnehmen. Eine Vereinbarung über eine Genehmigungsfiktion kann Ziff. 7 aAGB somit nicht entnommen werden.
- 23.5 Was den Hinweis auf den jeweiligen Kontoauszügen betrifft, wonach diese ohne Gegenbericht innert 30 Tagen als genehmigt gelten, ist – den Ausführungen der Klägerschaft entsprechend (pag. 69) – festzustellen, dass es sich dabei zunächst um eine einseitige Willensäusserung handelt. Damit dieser Hinweis zum Vertrags-

bestandteil geworden wäre, müsste eine entsprechende Annahme der Klägerschaft vorliegen, was vorliegend jedoch nicht erfolgt ist und gemäss Ausführungen der Klägerschaft auch nie erfolgt wäre (pag. 69). Die Beklagte bringt jedoch vor, das Bundesgericht habe in BGE 127 III 147 bestätigt, dass die Kontoauszüge als genehmigt gelten würden, sofern keine entsprechende Reaktion erfolge (pag. 55). Dem besagten Urteil lag jedoch – im Unterschied zur vorliegenden Konstellation – der Sachverhalt zugrunde, dass die AGB bereits eine Bestimmung enthielten, wonach Konto- oder Depotauszüge innert Monatsfrist zu beanstanden seien, andernfalls die entsprechenden Auszüge als genehmigt gelten. Die diesbezüglichen Ausführungen des Bundesgerichts können daher nicht unbesehen auf die vorliegende Streitfrage übertragen werden. Anzufügen ist zudem, dass das Bundesgericht im Falle einer Anerkennung des Saldos von einer Beweislastumkehr ausging, sodass in einem späteren Streitfall nicht mehr die Bank als Kontoführerin die Richtigkeit, sondern der Kunde die Fehlerhaftigkeit der Rechnung zu beweisen habe (BGE 127 III 147, E. 2b).

- 23.6 Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass zwischen den Parteien eine Genehmigungsfiktion vereinbart worden wäre, so kann das Gericht gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ausnahmsweise von deren Unverbindlichkeit ausgehen, wenn diese nach den Umständen des Falles zu einem unbilligen, das Rechtsempfinden verletzenden Ergebnis führen würde (BGer 4C.81/2002, E. 4.3). Vorliegend liegt zwar keine absichtliche Schädigung der Klägerschaft durch die Beklagte vor. Dennoch ist das Verschulden der Beklagten – wie bereits ausgeführt (Rz 21.4) – als erheblich bzw. grob einzustufen. Es stünde daher nach dem Rechtsempfinden in unverträglichem Widerspruch, könnte sich die Beklagte, nachdem sie ihre Sorgfaltspflicht so stark verletzt hatte, gestützt auf eine Genehmigungsfiktion dennoch ihrer vertraglichen Haftung entziehen.
- 23.7 Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die Parteien keine Genehmigungsfiktion vereinbart hatten und selbst wenn sie eine solche vereinbart hätten, wäre diese aufgrund des Ausmasses der Sorgfaltspflichtsverletzung der Beklagten für die Parteien in der vorliegenden Konstellation unverbindlich. Die Klägerschaft hat die Kontoauszüge daher trotz fehlender (rechtzeitiger) Beanstandung nicht genehmigt.
24. Verzugszinsen
- 24.1 Die Klägerschaft verlangt zudem einen Zins zu 5 % seit 8. Oktober 2019.
- 24.2 Der Schuldner einer Geldforderung wird mit der Inverzugsetzung durch den Gläubiger verzugszinspflichtig (Art. 104 OR). Zur Inverzugsetzung bedarf es gemäss Art. 102 Abs. 1 OR der Fälligkeit der Forderung sowie einer Mahnung seitens des Gläubigers. Letztere erübrigt sich, wenn die Parteien eine Verfalltagsabrede getroffen haben (Art. 102 Abs. 2 OR). Soweit nichts anderes verabredet wurde, beträgt der Zinssatz nach Art. 104 Abs. 1 OR 5 %. Die Klägerschaft hat das Kontoguthaben mit Schreiben vom 26. September 2019 (KB 40) gekündigt und die Rückzahlung des Guthabens innert spätestens zehn Tagen gefordert. Die Forderung auf Rückerstattung ist damit fällig. In ihrem Schreiben vom 26. September 2019 (KB 40) verlangte die Klägerschaft die Rückzahlung des Guthabens «innert

spätestens zehn Tagen». Gemäss der Lehre ist im Vermerk «zahlbar innert 30 Tagen» (und damit auch «zahlbar innert spätestens 10 Tagen») eine unmissverständliche Aufforderung der Gläubigerin an die Schuldnerin, die fällige Leistung unverzüglich zu erbringen, zu erblicken. In einem solchen Fall stelle die blossе Zusage einer Rechnung bereits eine Mahnung dar (HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2019, N 921 m.w.V.). Gemäss Beschluss der Zivilabteilungskonferenz des Obergerichts des Kantons Bern genügt demgegenüber die Formulierung «zahlbar innert 30 Tagen» in einer Rechnung als «vorgezogene Mahnung» nicht. Da die Mahnung erst nach dem Fälligkeitstermin erfolgen könne, brauche es beim Terminus «zahlbar innert 30 Tagen» zusätzlich noch eine Mahnung. Vorbehalten bleiben gemeinsam vereinbarte Verfalltagsgeschäfte (vgl. ZAK-Beschluss vom 23. Februar 2012). Der Praxis der Zivilabteilungskonferenz des Obergerichts des Kantons Bern folgend ist die Beklagte vorliegend mangels Mahnung – zumindest bis zur Einleitung der Betreibung – nicht in Verzug gesetzt worden.

- 24.2.1 Als Mahnung gilt die Einleitung der Betreibung, wobei hierbei berücksichtigt werden muss, dass die Mahnung eine empfangsbedürftige Erklärung ist und mithin dem Schuldner zugestellt werden muss. Erst ab Empfang der Mahnung soll der Schuldner mit Verzugszinsen belastet werden (BGer 4A_11/2013 E. 5). Der Zahlungsbeehl wurde der Beklagten am 28. Januar 2020 zugestellt. Die Beklagte hat der Klägerschaft folglich Verzugszinsen in der Höhe von 5 % seit dem 28. Januar 2020 zu bezahlen.

V. Kosten

25. Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO hat die unterliegende Partei die Prozesskosten zu tragen. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei als unterliegend. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Das Gericht kann von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 ZPO). Vorliegend obsiegt die Klägerschaft fast vollumfänglich, namentlich zu rund 94 %, weswegen der Beklagten die Prozesskosten in diesem Umfang aufzuerlegen sind. Die Klägerschaft hat die verbleibenden 6 % zu tragen.
26. Die Prozesskosten setzen sich aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung zusammen (Art. 95 Abs. 1 ZPO), wobei die Kantone die Tarife festsetzen (Art. 96 ZPO).
27. Die Gerichtskosten bestehen vorliegend aus der Entscheidgebühr. Die Entscheidgebühr richtet sich hauptsächlich nach dem Streitwert des Verfahrens (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 21 EG ZSJ und Art. 42 Abs. 1 des Dekrets betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [Verfahrenskostendekret, VKD; BSG 161.12]). Der Streitwert wird durch die Rechtsbegehren bestimmt, wobei Zinsen nicht hinzuzurechnen sind (Art. 91 Abs. 1 ZPO).

Der vorliegende Streitwert beläuft sich auf CHF 82'670.70, bei welchem die Gebühr gemäss Art. 42 Abs. 1 VKD zwischen CHF 3'800.00 (Minimum) und CHF 19'900.00 (Maximum) angesetzt wird. Die Bedeutung des Geschäfts ist als durchschnittlich zu werten, während der Sachverhalt als eher komplex einzuordnen ist. Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass nur ein Schriftenwechsel und nur eine eintägige Verhandlung stattgefunden hatte. Unter Berücksichtigung dieser Umstände erscheinen insgesamt Gerichtskosten von CHF 11'850.00 der Streitsache angemessen. Diese werden der Beklagten im Umfang von CHF 11'150.00 (rund 94 %) und der Klägerschaft im Umfang von CHF 700.00 (rund 6 %) zur Bezahlung auferlegt.

28. Als Parteientschädigung sind grundsätzlich der Ersatz notwendiger Auslagen und die Kosten einer berufsmässigen Vertretung zu berücksichtigen (Art. 95 Abs. 3 Bst. a und b ZPO). Die Parteien können eine Kostennote einreichen (Art. 105 Abs. 2 ZPO).

28.1 Die Klägerschaft beantragte zunächst mit Kostennote vom 29. Juni 2021 ein Honorar in der Höhe von CHF 13'800.00, Spesen in der Höhe von CHF 414.00 sowie Mehrwertsteuern von 7.7 % ausmachend CHF 1'094.50, gesamthaft somit CHF 15'308.50. Aufgrund des Wohnsitzes der Klägerschaft im Ausland muss der Rechtsvertreter für die von ihm erbrachten Leistungen keine Mehrwertsteuer abliefern (vgl. Art. 8 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Mehrwertsteuer [Mehrwertsteuergesetz, MWSTG; SR 641.20]). Dementsprechend ist bei der Bestimmung der Entschädigungshöhe auch keine Mehrwertsteuer zu berücksichtigen. Beantragt werden sodann die Reiseauslagen des Klägers für die persönliche Anwesenheit an der Hauptverhandlung vom 29. Juni 2021 in der Höhe von USD 1'385.00 bzw. CHF 1'272.75 (bei einem Umrechnungskurs von 0.92, Stand 9. Juli 2021) und die Anwaltskosten des philippinischen Anwalts in der Höhe von PHP 12'500.00 bzw. CHF 229.50 (bei einem Umrechnungskurs von 0.018, Stand 9. Juli 2021).

Gemäss Art. 5 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des Parteikostenersatzes (PKV; BSG 168.811) beträgt das Honorar bei einem Streitwert von CHF 82'670.70 CHF 3'900.00 bis CHF 23'700.00. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz gemäss Art. 41 Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes (KAG; BSG 168.1) nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses. Vorliegend erachtet das Gericht den Zeitaufwand, die Schwierigkeit sowie die Bedeutung der Streitsache als durchschnittlich und die als Beweismittel eingereichten Urkunden sind von überblickbarem Umfang. Aufgrund dieser Faktoren erachtet das Gericht eine Ausschöpfung des Tarifrähmens von ca. der Hälfte als sachgerecht und dem gebotenen Aufwand, der Bedeutung sowie der Schwierigkeit der Sache angemessen. Unter Berücksichtigung des Prozessausgangs ist die Parteientschädigung für die Klägerschaft daher gerundet auf gesamthaft CHF 14'773.00 festzusetzen.

28.2 Die Beklagte beantragt eine praxisgemässe Umtriebsentschädigung. Den obigen Ausführungen entsprechend (Rz 28.1) ist das Honorar beim vorliegenden Streitwert und einer Ausschöpfung des Tarifrähmens von ca. der Hälfte auf CHF 13'800.00 festzusetzen. Dazugerechnet werden praxisgemäss ein Auslagenersatz in der

Höhe von 3 % des gewährten Honorars, ausmachend CHF 414.00, sowie Mehrwertsteuern in der Höhe von 7.7 %, ausmachend CHF 1'094.50. Unter Berücksichtigung des Prozessausgangs ist die Parteientschädigung für die Beklagte daher gerundet auf gesamthaft CHF 919.00 festzusetzen.

Das Handelsgericht entscheidet:

1. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerschaft CHF 77'606.87 zuzüglich Zins zu 5 % seit 28. Januar 2020 zu bezahlen.

Soweit weitergehend wird die Klage abgewiesen.

2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. _____ des Betreibungsamts Bern-Mittelland wird im Umfang gemäss Ziff. 1 hiervor beseitigt.
3. Die Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 11'850.00, werden der Beklagten im Umfang von CHF 11'150.00 (rund 94 %) und der Klägerschaft im Umfang von CHF 700.00 (rund 6 %) zur Bezahlung auferlegt. Sie werden dem Gerichtskostenvorschuss der Klägerschaft in der Höhe von CHF 11'850.00 entnommen. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin vorgeschossene Gerichtskosten in der Höhe von CHF 11'150.00 zu erstatten.
4. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerschaft eine Parteientschädigung von CHF 13'361.00 (inkl. Auslagen) zu leisten sowie die Reiseauslagen des Klägers in der Höhe von CHF 1'196.00 und die Anwaltskosten des philippinischen Anwalts in der Höhe von CHF 216.00 zu ersetzen, d.h. gesamthaft CHF 14'773.00 zu bezahlen.
5. Die Klägerschaft wird verurteilt, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 919.00 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuern) zu bezahlen.
6. Den Parteien zu eröffnen.

Bern, 20. Juli 2021

Im Namen des Handelsgerichts

Der Vizepräsident:

Oberrichter D. Bähler

Die Gerichtsschreiberin i.V.:

Diem

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert im Sinn von Art. 51 ff. BGG beträgt CHF 82'670.70.

Hinweis: Der Entscheid ist rechtskräftig.