

Thomas Probst

Bankgebühren und der Schutz des Kunden vor missbräuchlichen AGB

Banken arbeiten zurzeit in einem schwierigen wirtschaftlichen Umfeld. Die Finanzmärkte sind geprägt von hoher Volatilität und sporadischen Börsenturbulenzen. Zudem hat eine expansive Geldpolitik der führenden Zentralbanken den Zins als Ertragsfaktor praktisch zum Verschwinden gebracht. Je spärlicher die bisherigen Ertragsquellen der Banken fließen, umso grösser wird die Bedeutung der Bankgebühren für das Bankgeschäft. Der Beitrag erörtert die privatrechtlichen Grundlagen von Bankgebühren und unterzieht einzelne Klauseln aus Banken-AGB einer kritischen Prüfung aus obligationenrechtlicher und lauterkeitsrechtlicher Sicht.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Bankrecht; OR besonderer Teil; Verwaltungsverfahren;

Wettbewerbsrecht

Zitiervorschlag: Thomas Probst, Bankgebühren und der Schutz des Kunden vor missbräuchlichen AGB, in: Jusletter 24. April 2017

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Rechtliche Grundlagen
 - A. Begriff und Rechtsgrundlagen für Bankgebühren
 - 1. Begriff der Bankgebühr
 - 2. Rechtsgrundlagen für Bankgebühren
 - a) Allgemeines
 - b) Kontoeröffnungsvertrag und Girovertrag
 - c) Depotvertrag
 - d) Vermögensverwaltungsvertrag
 - e) Entgeltlichkeit von Bankdienstleistungen
 - B. AGB Kontrolle im Allgemeinen
 - 1. Obligationenrechtliche und lauterkeitsrechtliche AGB-Kontrolle von Bankgebühren
 - 2. Vereinbarung vertraglicher Hauptleistungen in AGB?
- III. Beurteilung einzelner AGB zu Bankgebühren
 - A. Verzicht des (Bank-)Kunden in AGB auf die Herausgabe von Entschädigungen
 - 1. Vorausverzicht durch Individualabrede
 - 2. Vorausverzicht in den AGB
 - a) Obligationenrechtliche Konsens-, Gültigkeits- und Auslegungskontrolle von Verzichtsklauseln
 - aa) Konsenskontrolle
 - bb) Gültigkeits- und Auslegungskontrolle
 - b) Lauterkeitsrechtliche Inhaltskontrolle von Verzichtsklauseln
 - B. Gebührenanpassungsklauseln in AGB
 - 1. Obligationenrechtliche Konsens-, Gültigkeits- und Auslegungskontrolle von Gebührenanpassungsklauseln
 - a) Konsenskontrolle
 - b) Gültigkeits- und Auslegungskontrolle
 - 2. Lauterkeitsrechtliche Inhaltskontrolle von Gebührenanpassungsklauseln
 - C. Depottransfergebühren in AGB
 - 1. Obligationenrechtliche Konsens-, Gültigkeits- und Auslegungskontrolle von Depottransfergebühren in AGB
 - a) Konsenskontrolle
 - b) Gültigkeitskontrolle
 - aa) Auftragsrecht
 - bb) Hinterlegungsvertragsrecht
 - cc) Fazit
 - c) Auslegungskontrolle
 - 2. Lauterkeitsrechtliche Inhaltskontrolle von Depottransfergebühren
 - 3. Ergebnis und Durchsetzungsprobleme
- IV. Schlussfolgerungen

I. Einleitung

[Rz 1] Ausgangspunkt dieses Beitrags bildet die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichts¹ zu *Retrozessionen*² (Rückvergütungen), *Finder's fees*³ und *Vertriebsentschädigungen* (auch «Bestandespflegekommissionen»)⁴. Vergütungen dieser Art haben in der gewerblichen Vermögensverwaltung lange Zeit nicht nur eine beachtliche Einnahmequelle für Vermögensverwalter dargestellt, sondern dienten auch als ein bewährtes Mittel zur Steigerung des Umsatzes gebührenpflichtiger Finanztransaktionen sowie zur Förderung des Zuflusses von Kundengeldern an Banken.

[Rz 2] Mit der richterlichen Überprüfung der Rechtmässigkeit und den daraus resultierenden *höheren Transparenzanforderungen* an – dem Anleger oft unzulänglich bewussten – Vergütungen⁵ sowie mit dem konjunkturellen Margendruck im Finanzsektor hat für Banken die Erhebung von *Kundengebühren* an wirtschaftlicher Bedeutung gewonnen. AGB, die zulasten des Bankkunden *Gebühren* bzw. *einseitige Gebührenerhöhungen* vorsehen, dürften daher vermehrt zum Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten werden, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der lauterkeitsrechtlichen Bestimmung von Art. 8 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden der Frage nachgegangen werden, wie *Gebührenklauseln* in Banken-AGB aus *obligationenrechtlicher* und *lauterkeitsrechtlicher* zu beurteilen sind⁶.

[Rz 3] In einem ersten Teil werden die massgeblichen *Rechtsgrundlagen* für die Erhebung von Bankgebühren gegenüber den Kunden geklärt (nachstehend, Abschnitt II). Anschliessend werden im zweiten Teil einzelne Klauseln aus Banken-AGB im Lichte der *obligationenrechtlichen* und *lauterkeitsrechtlichen* AGB-Kontrolle beurteilt (nachstehend, Abschnitt III). Kurze Schlussfolgerungen schliessen den Beitrag ab (nachstehend, Abschnitt IV).

¹ Vgl. BGE 132 III 460 ff.; BGE 137 III 393 ff.; BGE 138 III 755 ff.

² «Retrozessionen» oder «Rückvergütungen» sind Zahlungen, die ein (externer) Vermögensverwalter – aufgrund einer entsprechenden vertraglichen Abrede mit der Depotbank des Kunden – von dieser Bank erhält, weil sie dank der Vermögenstransaktionen des Vermögensverwalters vom Anleger (Kunden) Gebühren (Kommissionen) vereinnahmt hat und einen Teil davon an den Vermögensverwalter «abtritt». Dank der «Retrozession» profitiert der (externe) Vermögensverwalter finanziell, wenn er mit dem Vermögen seines Klienten (möglichst viele) Finanztransaktionen über die Depotbank abwickelt. Dies bringt die Gefahr des «*churning*», d.h. der Vornahme unnötig häufiger (gebührenpflichtiger) Transaktionen mit sich.

³ Als *Finder's fees* werden üblicherweise *einmalige Entschädigungszahlungen* bezeichnet, welche Banken an (externe) Vermögensverwalter für die Zuführung neuer Kunden bzw. neuer Vermögenswerte entrichten.

⁴ *Vertriebsentschädigungen* («Bestandespflegekommissionen») sind Entschädigungen, welche die Bank (als Vermögensverwalterin des Bankkunden) von Anbietern von Anlageprodukten (z.B. Fondsanteile, Derivate) erhält. Dies schafft für die Bank einen finanziellen Anreiz, ihrem Kunden in erster Linie jene Anlageprodukte zu empfehlen, für die sie selber eine Vertriebsentschädigung erhält.

⁵ In BGE 132 III 460 ff. bejahte das Bundesgericht die auftragsrechtliche Pflicht des (externen) Vermögensverwalters (Art. 400 Abs. 1 OR), von der Depotbank erhaltene Anteile («Retrozessionen») an Kommissionen, welche die Bank vom Anleger vereinnahmt hat, *herauszugeben*. Auf dieses dispositivrechtliche Herausgaberecht kann der Kunde *verzichten*, sofern er zuvor *vollständig* und *wahrheitsgetreu* über den Inhalt seines Verzichts *aufgeklärt* worden ist und die *Verzichtserklärung* des Kunden *klar* bzw. *ausdrücklich* und *eindeutig* ist. – In BGE 137 III 393 ff. konkretisierte das Bundesgericht die Anforderungen an einen *gültigen Verzicht* des Kunden auf die Herausgabe der vom (externen) Vermögensverwalter (von der Depotbank) vereinnahmten Retrozessionen. – In BGE 138 III 755 bestätigte das Bundesgericht diese Rechtsprechung und stellte klar, dass auch *Vertriebsentschädigungen* («Bestandespflegekommissionen»), welche die Bank als Vermögensverwalterin des Bankkunden von Anbietern von Anlageprodukten (z.B. Fondsanteile, Derivate) erhält, dem Kunden (Anleger) herauszugeben sind, und zwar nicht nur dann, wenn es um Anlageprodukte *Dritter*, sondern auch, wenn es um Anlageprodukte verbundener *Konzerngesellschaften* der Bank geht.

⁶ Das Kartellrecht wird an dieser Stelle nicht spezifisch behandelt. Für Einzelheiten zum *kartellrechtlichen* Schutz vor missbräuchlichen AGB, siehe PROBST THOMAS, in Kramer/Probst/Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, N 580 ff. [im Folgenden: PROBST, AGB] sowie PROBST THOMAS, Wettbewerbsrecht und Konsumentenschutz – Ein (dis-)harmonisches Konkubinät?, in: Jusletter vom 6. Februar 2017, N 79 ff. [im Folgenden: PROBST, Wettbewerbsrecht und Konsumentenschutz].

II. Rechtliche Grundlagen

A. Begriff und Rechtsgrundlagen für Bankgebühren

1. Begriff der Bankgebühr

[Rz 4] Der Begriff «Gebühr» («*émolument*») ist nicht obligationenrechtlicher bzw. vertragsrechtlicher Natur, sondern stammt aus dem *öffentlich-rechtlichen Verwaltungsrecht*, genauer dem Abgaberecht. Unter einer «Gebühr» wird das *Entgelt* für die Inanspruchnahme einer *staatlichen Leistung* (z.B. für die Vornahme einer Amtshandlung oder für die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung) verstanden⁷. Aufgrund des geltenden Legalitätsprinzips bedarf die Erhebung einer Gebühr einer *formell-gesetzlichen* Grundlage⁸. Ausserdem hat der Staat bei Festsetzung einer Gebühr namentlich das *Äquivalenzprinzip* zu beachten, d.h., die Höhe des Entgelts muss im Einzelfall in einem vernünftigen Verhältnis zum tatsächlichen Wert der Leistung stehen, die der Bürger vom Staat in Anspruch nimmt⁹.

[Rz 5] Im *Privatrecht* verwendet das *Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB)* den Begriff der «Gebühr» («*émolument*») im vorgenannten technischen, öffentlich-rechtlichen Sinn¹⁰. Demgegenüber ist das *Obligationenrecht (OR)* begrifflich *weniger konsequent*. Zwar spricht auch das OR meist von «Gebühren» im Sinne des öffentlich-rechtlichen Abgaberechts¹¹, aber vereinzelt findet sich dieser Begriff nicht als *terminus technicus*, sondern in einem *abweichenden* (atypischen) Sinn. So spricht der Gesetzgeber beim Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung in Art. 406d Ziff. 2 OR von einer *Einschreibgebühr* («*frais d'inscription*») und bei der Kommission in Art. 425 OR von einer *Kommissionsgebühr* («*droit de commission*»). Im ersten Fall geht es um ein Entgelt des Auftraggebers für seine Aufnahme in die Adressdatei aller partnersuchenden Personen des Beauftragten sowie für die Bereitstellung seiner persönlichen Unterlagen¹². Im zweiten Fall handelt es sich um die vom Kommittenten (Auftraggeber) zu bezahlende *Provision* für die Tätigkeit des Kommissionärs (Ein- oder Verkauf beweglicher Waren) als Auftragnehmer¹³. Mit andern Worten: im *Auftragsrecht* spricht das OR¹⁴ gelegentlich von «Gebühr» zur Bezeichnung eines (meist wiederholt zu entrichtenden) (Teil-)Entgelts für die vom Auftragnehmer zu erbringenden bzw. erbrachten (*Dienst-*)Leistungen.

[Rz 6] Diese atypische Begriffsverwendung hat sich auch im *Bankwesen* eingebürgert¹⁵. Unter «Bankgebühr» ist demnach das Entgelt für die Erbringung einer – in der Regel auftragsrechtlich

⁷ HÄFELIN U./MÜLLER G./UHLMANN F., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2011, N 2626, [im Folgenden: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN].

⁸ Vgl. BGE 132 II 371, 374 Erw. 2.1.

⁹ Vgl. BGE 132 II 371, 375 Erw. 2.1; 130 III 225, 228 Erw. 2.3. – Darüber hinaus gilt auch das *Kostendeckungsprinzip*, wonach die *Gesamteinnahmen* aus einer Gebühr die Kosten des entsprechenden Verwaltungszweigs nicht wesentlich übersteigen dürfen. Vgl. BGE 132 II 371, 374; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2637 ff.

¹⁰ Vgl. Art. 48 Abs. 4 ZGB, Art. 885 Abs. 3 ZGB, Art. 907 Abs. 3 ZGB und Art. 954 ZGB.

¹¹ Art. 493 Abs. 7 OR, Art. 929 Abs. 1 und 2 OR, Art. 1153 Abs. 5 OR.

¹² Vgl. PIETRUSZAK THOMAS, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 6. Auflage, Basel 2015, Art. 406d N 7 [im Folgenden: BSK OR I- PIETRUSZAK].

¹³ Art. 432 OR.

¹⁴ Vgl. Art. 406a Abs. 2, 425 Abs. 2 OR.

¹⁵ Auch bei Innominatverträgen wird bei einem wiederkehrenden Entgelt teilweise (im atypischen Sinn) von «Gebühren» gesprochen (z.B. Leasinggebühren oder Lizenzgebühren).

begründeten¹⁶ – *Bankdienstleistung* zu verstehen. Solche privatrechtlichen «Gebühren» unterliegen weder dem (öffentlich-rechtlichen) Legalitätsprinzip noch dem Äquivalenz- oder Kostendeckungsprinzip. Anwendbar sind hingegen vor allem die obligationenrechtlichen bzw. vertragsrechtlichen Bestimmungen.

2. Rechtsgrundlagen für Bankgebühren

a) Allgemeines

[Rz 7] Rechtsgrundlage für Gebühren, die Banken von ihren Kunden verlangen, bildet ein *Vertrag* als zweiseitiges Rechtsgeschäft. Ein Privatkunde schliesst mit einer Bank als erstes meist einen *Kontoeröffnungsvertrag* (inkl. Kontokorrentabrede) ab. Dazu kommt häufig ein *Girovertrag* zur Abwicklung des laufenden Zahlungsverkehrs des Kunden (nachstehend, Abschnitt b). Will der Kunde Wertpapiere oder andere Anlageprodukte erwerben, so schliesst er mit seiner Bank zusätzlich einen *Depotvertrag* ab (nachstehend, Abschnitt c). Falls sich ein Kunde nicht selber mit den Einzelheiten der Bewirtschaftung seines Depotvermögens beschäftigen möchte, kann er mit der Bank oder einem (externen) Dritten einen *Vermögensverwaltungsvertrag* abschliessen (nachstehend, Abschnitt d). Zu diesen verschiedenen Verträgen ist kurz Folgendes zu präzisieren:

b) Kontoeröffnungsvertrag und Girovertrag

[Rz 8] Wer ein Bankkonto benötigt, schliesst mit einer Bank einen *Kontoeröffnungsvertrag* (*contrat d'ouverture de compte*) ab. Dies geschieht üblicherweise durch Ausfüllen und Unterzeichnen eines entsprechenden *Vertragsformulars*¹⁷ mit diversen Angaben und zu wählenden Optionen¹⁸. Verbunden mit der Kontoeröffnung ist normalerweise eine *Kontokorrentabrede*, wonach die Anerkennung des (z.B. monatlichen) Kontosaldo durch den Kunden *novatorische Wirkung* entfaltet¹⁹. Damit entsteht zwischen den Parteien im Umfang des (gezogenen und anerkannten) Saldo jeweils eine *neue Forderung*²⁰. In diesem Zusammenhang wird Stillschweigen des Kunden auf einen ihm zugestellten bzw. an ihn abgesandten²¹ Kontoauszug vertraglich oft als *Zustimmung* vereinbart²². Falls der Bankkunde das Konto zur Abwicklung seines *bargeldlosen Zahlungsverkehrs* benutzen

¹⁶ Dazu der sogleich nachfolgende Abschnitt, Ziff. 2, Rz. 7 ff.

¹⁷ Dieses Formular kann heute auch *on-line* ausgefüllt werden. Als Beispiel sei auf das entsprechende on-line-Formular der Postfinance verwiesen.

¹⁸ Folgende Angaben sind regelmässig erforderlich: Wahl der gewünschten Kontoart (z.B. Jugendkonto, Sparkonto, Ausbildungskonto, Privatkonto), persönlichen Daten des Kontoinhabers (Name, Adresse, Geburtsdatum, Beruf, Einkommenskategorie etc.), Währung des Kontos, Korrespondenzsprache, Zeichnungsberechtigung («Unterschriftenkarte»), allfällige Kreditlimite (ev. mit Kreditkarte), Zustimmung zu den einschlägigen AGB.

¹⁹ Art. 117 Abs. 2 OR.

²⁰ BGE 130 III 694, 697 Erw. 2.2.2, BGE 129 III 118, 121 Erw. 2.3; BGE 100 III 79, 83 Erw. 3. – Zur Frage, inwieweit der vom Kunden anerkannte Kontosaldo als Schuldanererkennung im Sinne von Art. 82 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) gilt: BGE 138 III 797 ff.; ferner BGE 132 III 480 ff.

²¹ Problematisch in diesem Zusammenhang ist die (auf ersten Blick) banale Bestimmung, wonach Mitteilungen der Bank als erfolgt gelten, wenn sie an die letzte bekannte Adresse des Kunden versandt worden sind («Mitteilungen gelten als erfolgt, wenn sie an die jüngste [der Bank] bekannte Adresse versandt worden sind»). Vgl. dazu PROBST, AGB, N 570 ff.

²² BGE 130 III 694, 697 Erw. 2.2.2; BGE 127 III 147, 150 Erw. 2b.

will, schliesst er mit der Bank zusätzlich einen *Girovertrag (contrat de giro bancaire)*²³ ab, wonach die Bank seine Zahlungsanweisungen ausführt und die bezahlten Beträge seinem Konto belastet sowie die (von Schuldner des Bankkunden) eingehenden Zahlungen dem Konto gutschreibt²⁴.

[Rz 9] Die Kontoführung und die Abwicklung des Zahlungsverkehrs unterliegen dem *Auftragsrecht*, weshalb die Bank nach Art. 398 Abs. 2 OR für die *treue und sorgfältige Ausführung* dieser Tätigkeiten haftet²⁵. Für ihre Tätigkeit (Kontoführung und Abwicklung des Zahlungsverkehrs) verlangt die Bank vom Kunden ein *Entgelt* in Form von Gebühren, die meist in den AGB vorgesehen sind²⁶.

c) Depotvertrag

[Rz 10] Falls der Bankkunde das Konto nicht nur für die Abwicklung seines laufenden Zahlungsverkehrs, sondern auch für die *Vermögensanlage* verwenden will, weil er z.B. Wertpapiere oder andere Anlageprodukte erwerben möchte, bedarf er eines (faktischen bzw. virtuellen²⁷)

²³ Die *Giroabrede* ergibt sich typischerweise aus der Wahl der entsprechenden Kontokategorie, welche die Bank für die Abwicklung des (bargeldlosen) Zahlungsverkehrs vorsieht bzw. anbietet. So bedarf es z.B. bei einem nur der Geldanlage dienenden Sparkonto keiner *Giroabrede*.

²⁴ Vgl. BGE 126 III 20, 21 Erw. 3a; BGE 124 III 253, 255 Erw. 3b; TERCIER P./BIERI L./CARRON B., *Les contrats spéciaux*, 5. Auflage, Zürich 2016, N 5626, [im Folgenden: TERCIER/BIERI/CARRON] – Vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4C.377/2000 vom 8. März 2001.

²⁵ BGE 126 III 20, 21 Erw. 3a; TERCIER/BIERI/CARRON, N 5627; EMCH U./RENTZ H./ARPAGAU R., *Das schweizerische Bankgeschäft*, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011, N 656, [im Folgenden: EMCH/RENTZ/ARPAGAU].

²⁶ Beispiel einer entsprechenden Bestimmung in AGB: «[Die Bank] legt die Zinsen und Preise (Kommissionen, Gebühren, Spesen usw.) fest. Sie behält sich vor, diese jederzeit dem Geld- und Kapitalmarkt, der Teuerung und anderen Kostenänderungen anzupassen. Zinssätze werden auf geeignete Weise öffentlich bekanntgegeben und treten am dort erwähnten Termin ohne besondere Mitteilung an den Kunden in Kraft. Änderungen von Preisen und die Einführung neuer Preise werden dem Kunden direkt bekanntgegeben. Bei unwesentlichen oder dringlichen Preisänderungen kann sich [die Bank] auf die öffentliche Bekanntgabe beschränken. Die Zins- oder Preisänderung gilt als genehmigt, wenn der Kunde nicht innert Monatsfrist nach Bekanntgabe der Änderung den Vertrag kündigt. Bei einer Kündigung dürfen dem Kunden wegen der Einhaltung von Kündigungs- oder Rückzugsfristen keine Nachteile erwachsen». – Wie das Beispiel zeigt, nennen meist weder der Vertrag noch die AGB die *konkrete Höhe* des Entgelts. Der massgebliche Betrag (z.B. CHF 5 pro Monat für die Kontoführung) ergibt sich erst aus weiteren Merkblättern der Bank. – Vgl. zur Entgeltlichkeit, unten Abschnitt II/A/2/e, Rz. 14 ff.

²⁷ Infolge der starken Verbreitung von (Buch-)Effekten ist im modernen Effektenhandel das «Depot» insofern bloss noch «virtueller» Natur, als es in einem *Effektenkonto* besteht, welches über Käufe und Verkäufe von Effekten des Anlegers *Buch führt*, ohne dass eine physische Verschiebung von Werttiteln stattfindet. Das «Depot» ist also lediglich noch ein Konto, welches buchhalterisch die Vermögenswerte des Kunden angibt und die Ein- und Ausgänge von Vermögenswerten auf dem Konto verbucht. Der eigentlich überholte Begriff «Depot» hat den Vorteil, auf den Umstand hinzuweisen, dass der Kunde der Bank Vermögenswerte anvertraut, die in *seinem Eigentum bleiben*. (Nota: Als «Effekten» gelten gemäss Börsengesetz «vereinheitlichte und zum massenweisen Handel geeignete Wertpapiere, nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion (Wertrechte) und Derivate»; Art. 2 lit. a BEHG; SR 954.1). – Zwischen dem Kontokorrent-Konto und dem (offenen) Depot(konto) besteht insofern Parallellität, als bei ersterem Ab- und Zuflüsse von *Buchgeld* verbucht werden, während bei letzterem der Eingang bzw. Abgang von *Werttiteln* (Wertpapiere und andere Anlageprodukte) verbucht wird. Im Unterschied zum *Bargeld*, welches bei Einzahlung auf ein Bankkonto ins *Eigentum* der Bank übergeht, so dass der Kunde nur (aber immerhin) eine *obligationenrechtliche (Geld-)Forderung* gegenüber der Bank erwirbt, verbleibt bei der Einlieferung von Werttiteln ins «Depot» (bzw. von Bucheffekten ins Effektenkonto) das *Eigentum* beim Kunden, weshalb er über einen *sachenrechtlichen* Herausgabeanspruch verfügt.

*Depots*²⁸ zur Verwahrung der erworbenen Vermögenswerte bzw. Vermögensrechte²⁹. Zu diesem Zweck schliesst der Kunde mit seiner Bank einen *Depotvertrag* ab, was meist durch Zustimmung zum *Depotreglement*³⁰ (AGB) der Bank erfolgt³¹. Der Depotvertrag beinhaltet die *Verwahrung* der Vermögenswerte (Effekten) des Bankkunden sowie die dazu gehörige *administrative Konto-* bzw. *Buchführung*. Soweit in diesem Rahmen Kosten (z.B. Kommissionen) oder Erträge (z.B. Zinsen, Dividenden) anfallen, werden sie (von der Bank) dem Bankkonto des Kunden, welches für den Depotvertrag als Referenzkonto³² dient, belastet bzw. gutgeschrieben.

[Rz 11] Der Depotvertrag unterliegt den Bestimmungen über den *Hinterlegungsvertrag*³³, soweit es um die Verwahrung *körperlicher* (beweglicher) *Vermögenswerte* geht. Andernfalls gelangt auf den Depotvertrag *Auftragsrecht* zur Anwendung³⁴. Für die Verwahrung der Vermögenswerte bzw. für die administrative Führung des «Depots» erhebt die Bank ein Entgelt («Depotgebühr») nach den jeweils in den AGB enthaltenen bzw. darin verwiesenen Depottarifen³⁵. Zur administrativen Führung des «Depots» gehört auch die *Ausführung* von *Einzelaufträgen* («*execution only*»-Anweisungen)³⁶ des Bankkunden, wonach die Bank gewisse Vermögenswerte im Rahmen des De-

²⁸ Die Banken unterscheiden üblicherweise zwischen «verschlossenen» und «offenen» Depots. Beim *verschlossenen* Depot übergibt der Kunde der Bank Wertgegenstände (z.B. Schmuck, Bilder, wichtige Dokumente) in einem *verschlossenen Behältnis* zur sicheren Verwahrung. Die Bank hat normalerweise keine Kenntnis vom Inhalt des Behältnisses, welches sie in ihrem eigenen Tresor aufbewahrt, verlangt aber eine Wertangabe. Über die Verwahrung des Behältnisses hinaus hat die Bank für den Kunden keine Geschäftsbesorgungen bezüglich der bei ihr hinterlegten Wertgegenstände vorzunehmen. Es liegt somit ein *Hinterlegungsvertrag* (Art. 472 ff. OR) vor. – Beim *offenen* Depot übernimmt die Bank die Vermögenswerte (z.B. Wertpapiere, Fondsanteile) des Kunden nicht bloss zur sicheren Verwahrung, sondern zusätzlich zur Vornahme gewisser (entgeltlicher) *Verwaltungshandlungen* (z.B. Inkasso von Dividenden oder Zinsen auf Wertpapieren). Die Pflicht zur Aufbewahrung der Vermögenswerte wird demnach durch eine *Pflicht zur (beschränkten) Geschäftsbesorgung* ergänzt. In diesen Fällen tritt der Depotvertrag als eine Kombination aus *Hinterlegungsvertrag* (Art. 472 ff. OR) und *Auftrag* (Art. 394 ff. OR) auf. – Nicht zu verwechseln mit dem «verschlossenen» Depot ist die *Bankfachmiete*. Bei dieser mietet der Bankkunde – als Alternative zur Verwahrung im eigenen Tresor bei sich zu Hause – ein Schliessfach im Kundentresorraum der Bank, um darin seine persönlichen Wertgegenstände zu verwahren (*Selbstverwahrung*). Soweit für den Kunden der Zugang zum Schliessfach von einer spezifischen Mitwirkung der Bank abhängt (z.B. Öffnung des Kundentresorraums; Aushändigung eines Zweitschlüssels zur Öffnung des Schliessfachs) beinhaltet der *Mietvertrag* (BGE 102 III 6 ff.) auch eine *auftragsrechtliche* Komponente.

²⁹ Körperliche Vermögenswerte des Kunden kann die Bank beim *offenen* Depot entweder in Form der (eher selten gewordenen) Einzelverwahrung oder der (heute üblichen) Sammelverwahrung aufbewahren. Bei der *Einzelverwahrung* (z.B. Schuldbriefe) verwahrt die Bank die Vermögenswerte des Kunden als *individualisierte Speziessache* unter dem Namen (bzw. anderen Identifikationsmerkmalen) des Kunden. Bei der *Sammelverwahrung* (Art. 973a OR) werden die Vermögenswerte des Bankkunden von der Bank als (nicht individualisierte) *Gattungssachen* zusammen mit Vermögenswerten *derselben Gattung anderer* Bankkunden verwahrt, weshalb dem Hinterleger (Bankkunden) am entsprechenden Sammelbestand ein nach Bruchteilen bestimmter *Miteigentumsanteil* zusteht. Die Sammelverwahrung der Vermögenswerte kann durch die Bank selber (*Haussammelverwahrung*) oder bei einem Dritten (*Drittsammelverwahrung*) als zentrale Verwaltungsstelle (z.B. SIX SIS) erfolgen.

³⁰ Die massgeblichen Depotbestimmungen sind z.T. als kurzer *Unterabschnitt* in den AGB zum Bankkonto zu finden, z.T. bilden sie einen *Anhang* zu den Bankkonto-AGB oder es besteht ein separates Dokument «*Depotreglement*».

³¹ Eröffnet ein Kunde bei einer Bank ein «Depot», so führt dies für die Bank häufig zu weiteren (entgeltlichen) Geschäftsbesorgungen (z.B. Kommissionsgeschäften). In der Praxis besteht – jedenfalls bei (vermögenden) Privatkunden – die Tendenz, das Depotreglement bereits bei der Kontoeröffnung, also vorsorglich mit Blick auf künftige Geschäfte, durch den Kunden akzeptieren zu lassen (vgl. EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 735).

³² Ohne über ein Bankkonto bei der entsprechenden Bank zu verfügen, kann der Kunde kein «Depot» eröffnen. Vgl. z.B. AGB-Postfinance 2015, Teilnamebedingungen Depot, Ziff. 2.

³³ Vgl. Art. 472 ff. OR. – Zu den verschiedenen Arten der Hinterlegung: BGE 135 III 31, 34 Erw. 2.2.2.

³⁴ Art. 394 ff. OR. Vgl. BGE 133 III 37, 40 Erw. 3.1; ferner EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 769. – Bei *Bucheffekten* auf einem Effektenkonto sind die Bestimmungen des BEG (SR 957.1) zu beachten.

³⁵ Vgl. etwa das Depotreglement der Credit Suisse (110010, 12.15), Ziff. 7. – Vgl. zur Entgeltlichkeit, unten Rz 14 ff.

³⁶ Vgl. BGE 138 III 755, Erw. 5.5.

pots erwerben oder veräussern soll³⁷. Der Bank obliegt in diesen Fällen *keine Aufklärungspflicht*, sofern der Kunde über ausreichende eigene Kenntnisse und Erfahrung für derartige Transaktionen verfügt³⁸. Ausnahmsweise besteht jedoch eine *Warnpflicht* der Bank³⁹.

d) Vermögensverwaltungsvertrag

[Rz 12] Möchte ein Bankkunde, dass die Bank sich nicht darauf beschränkt, seine Vermögenswerte sicher zu *verwahren* und sein «Depot» *administrativ* zu betreuen, sondern dass sie überdies die Vermögenswerte *aktiv bewirtschaftet* und die dazu erforderlichen *Anlageentscheide* fällt («Portfolio Management»), wird er mit seiner Bank einen *Vermögensverwaltungsvertrag* abschliessen. Dieser Vertrag spezifiziert namentlich das *Anlageziel* des Kunden (z.B. blosser Vermögenserhaltung; Vermögenswachstum von x Prozent) sowie die dafür zweckmässige *Anlagestrategie*⁴⁰. Im Rahmen dieser vertraglichen Vorgaben bewirtschaftet die Bank das Depotvermögen des Kunden nach *pflichtgemässer Sorgfalt* und trifft die konkreten *Anlageentscheide*⁴¹.

[Rz 13] Der Vermögensverwaltungsvertrag unterliegt den Bestimmungen des *Auftrags*⁴², weshalb die Bank nach Art. 398 Abs. 2 OR für *treue* und *sorgfältige Geschäftsbesorgung* haftet, jedoch keine Gewähr für die Erreichung des Anlageziels übernimmt⁴³. Für ihre Geschäftsbesorgung hat die Bank Anspruch auf eine Vergütung⁴⁴.

e) Entgeltlichkeit von Bankdienstleistungen

[Rz 14] Aufgrund der vorstehenden Erörterungen ergibt sich, dass das Vertragsverhältnis zwischen Bank und Bankkunde üblicherweise den Bestimmungen über den *Hinterlegungsvertrag* (Art. 472 ff. OR) und/oder den *Auftrag* (Art. 394 ff. OR) untersteht. Je nach den konkreten Umständen kann auch die *Kommission* (Art. 425 ff. OR) zur Anwendung gelangen. In allen drei Fällen stellt sich die Frage, *in welchem Umfang* die Bank für ihre vertraglichen Dienstleistungen Anspruch auf ein *Entgelt* hat.

³⁷ Für die Ausführung solcher Kommissionsgeschäfte erhebt die Bank in der Regel neben der allgemeinen Depotgebühr noch eine Kommission (Provision, Courtage; vgl. Art. 425, 432 OR).

³⁸ BGE 133 III 97, 102 Erw. 7.1.1.

³⁹ Dies ist namentlich dann der Fall, wenn die Bank erkennt bzw. hätte erkennen müssen, dass der Kunde *spezifische Risiken* einer Transaktion *ignoriert* oder zwischen ihr und dem Kunden ein *besonderes Vertrauensverhältnis* besteht (z.B. enge Geschäftsbeziehung), so dass nach Treu und Glauben eine *spontane* Beratung oder Warnung der Bank erforderlich ist. Vgl. BGE 133 III 97, 103 Erw. 7.1.2.

⁴⁰ Vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_436/2016, 4A_466/2016 vom 7. Februar 2017, Erw. 3.1; EMCH/RENZ/ARPAUS, N 1679.

⁴¹ Vgl. BGE 138 III 755, 759 Erw. 4.2, 764 Erw. 5.5. – Während beim *Vermögensverwaltungsvertrag* der Anlageentscheid vom Vermögensverwalter (Bank) nach *pflichtgemässer Sorgfalt* getroffen wird, entscheidet bei der *Anlageberatung* der Kunde über die Anlage, aber die Bank *berät* ihn dabei. Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_436/2016, 4A_466/2016 vom 7. Februar 2017, Erw. 3.1.

⁴² BGE 138 III 755, 759 Erw. 4.2; BGE 137 III 393, 395 Erw. 2.1; BGE 132 III 460, 464 Erw. 4.1. – A.M. EMCH/RENZ/ARPAUS, N 1589 (gemischter Vertrag aus Auftrag und Kommission).

⁴³ Bekanntlich unterliegt der Auftragnehmer – im Unterschied zum Werkunternehmer (Art. 363 ff. OR) – *keiner Erfolgsgarantie*, sondern haftet nur für *sorgfältige Tätigkeit*.

⁴⁴ Vgl. Art. 394 Abs. 3 OR. – Vgl. zur Entgeltlichkeit, sogleich unten Rz. 14 ff.

[Rz 15]

- Beim *Hinterlegungsvertrag*⁴⁵ ist eine Vergütung geschuldet, falls sie von den Parteien *ausdrücklich*⁴⁶ vereinbart worden oder nach den *Umständen zu erwarten* ist⁴⁷. Die *Beweislast* für die Vereinbarung einer Vergütung oder für das Vorliegen von Umständen, die eine Vergütung erwarten lassen, liegt bei der *Bank*, da das Gesetz vom (historischen) Grundsatz der Unentgeltlichkeit ausgeht⁴⁸. Aufbewahrer, welche das Hinterlegungsgeschäft *gewerblich* betreiben, wie dies Banken tun, dürfen – auch *ohne* entsprechende vertragliche Abrede – eine Vergütung *erwarten*. Der Bankkunde schuldet daher – jedenfalls unter letzterem Titel – der Bank für die Hinterlegung seiner Vermögenswerte ein Entgelt. Die *Höhe* der Vergütung richtet sich in der Regel nach den in den *AGB* enthaltenen bzw. darin verwiesenen Depottarifen. Mangelt es an einer vertraglichen Quantifizierung der (vereinbarten oder zu erwartenden) Entgeltlichkeit, hat der Richter die Vergütungshöhe – im Rahmen der lückenfüllenden *Vertragsergänzung* – nach dem *hypothetischen Parteiwillen* zu bestimmen, was im Ergebnis in der Regel auf die Anwendung der *branchenüblichen* Tarife hinausläuft. Neben der Vergütung (= Honorar) für die erhaltene Dienstleistung hat der Bankkunde der Bank auch allfällige (notwendige) vertragserfüllungsbezogene *Auslagen* zu ersetzen⁴⁹.

[Rz 16]

- Beim *Auftrag* hat die Bank als Beauftragte Anspruch auf eine Vergütung, sofern diese – ausdrücklich oder konkludent – *verabredet* wurde oder als *üblich* zu betrachten ist⁵⁰. Auch hier geht das Gesetz vom (historischen) Grundsatz der Unentgeltlichkeit aus⁵¹. Bei den von Banken im Rahmen ihrer *gewerblichen Tätigkeit* abgeschlossenen Kontokorrent-, Giro-, Depot- und Vermögensverwaltungsverträgen ist für die (auftragsrechtlichen) Dienstleistungen von der *Üblichkeit* einer Vergütung auszugehen⁵². Der *Beweis* für das Vorliegen eines *entgeltlichen* Auftrags obliegt dennoch der Bank als Beauftragten⁵³. Die *Höhe* der vom Kunden zu leistenden Vergütung richtet sich in erster Linie nach dem *Vertrag* (Einzelabrede) oder nach den in den *AGB* enthaltenen bzw. darin verwiesenen (und insoweit zum Vertragsinhalt erhobenen) Vergütungstarifen. Fehlt es an einer *vertraglichen Quantifizierung* der Vergütung, bestimmt der Richter die Vergütungshöhe – mittels lückenfüllender *Vertragsergänzung* – nach dem *hy-*

⁴⁵ Vgl. dazu BGE 139 III 160 ff.

⁴⁶ Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes ist eine *konkludente* Vereinbarung der Entgeltlichkeit des Hinterlegungsvertrags – entgegen der allgemeinen Regel, wonach Willensäußerungen ausdrücklich oder konkludent erfolgen können (Art. 1 Abs. 2 OR) – *ausgeschlossen*. Der Sinn dieses Ausschlusses ist nicht ohne weiteres ersichtlich. Der Umstand, dass das Gesetz die Unentgeltlichkeit *vermutet*, vermag jedenfalls den Ausschluss einer konkludent vereinbarten Entgeltlichkeit nicht zu erklären, da eine Vermutung grundsätzlich formlos, also auch durch konkludentes Verhalten widerlegt werden kann. So geht beim *Auftrag* der Gesetzgeber ebenfalls vom Grundsatz der Unentgeltlichkeit aus (Art. 394 Abs. 3 OR), ohne eine konkludent vereinbarte Vergütung auszuschliessen. In der Praxis wird man daher beim Hinterlegungsvertrag eine durch konkludentes Verhalten vereinbarte Entgeltlichkeit ebenfalls zulassen, nämlich als «Umstände» gemäss Art. 472 Abs. 2 OR, die eine Vergütung erwarten lassen.

⁴⁷ Art. 472 Abs. 2 OR.

⁴⁸ Art. 8 ZGB; TERCIER/BIERI/CARRON, N 6057. – Keine *Auslagen* sind die *Gemeinkosten* (z.B. Personalkosten, Infrastrukturkosten) des Aufbewahrers. Diese sind durch die Vergütung mitabgegolten.

⁴⁹ Art. 473 Abs. 1 OR; TERCIER/BIERI/CARRON, N 6058.

⁵⁰ Art. 394 Abs. 3 OR.

⁵¹ Vgl. TERCIER/BIERI/CARRON, N 4585; FELLMANN WALTER, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der einfache Auftrag, Band VI/2/4, Art. 394–406 OR, Bern 1992, Art. 394 N 363 ff. [im Folgenden: BK-FELLMANN].

⁵² BGE 135 III 259, 261 Erw. 2.1; BK-FELLMANN, Art. 394 N 380.

⁵³ Art. 8 ZGB; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4587.

*pothetischen Parteiwillen*⁵⁴. Dies führt in der Regel zur Anwendung der *branchenüblichen* Tarife, da davon auszugehen ist, dass redliche Parteien in derselben Situation diese als anwendbar erklärt hätten, wenn sie sich der Vertragslücke bewusst gewesen wären⁵⁵.

[Rz 17]

- Anders als beim Hinterlegungsvertrag und Auftrag ist beim *Kommissionsvertrag* die *Provision* des Kommissionärs *begriffsnotwendig*, d.h., der Gesetzgeber geht von der *Entgeltlichkeit* aus⁵⁶. Da die Bank das Vorliegen eines Kommissionsvertrags zu beweisen hat, wenn sie daraus einen Anspruch auf Provision⁵⁷ ableiten will⁵⁸, umfasst dieser Beweis notwendigerweise auch die (ausdrücklich oder konkludent) vereinbarte *Entgeltlichkeit*. Die konkrete *Provisionshöhe* richtet sich nach der Einzelabrede oder nach den AGB (bzw. den darin enthaltenen oder verwiesenen Tarife), welche die Parteien vereinbart haben. Haben die Parteien zwar die Entgeltlichkeit als solche vereinbart, aber die *Höhe* der Provision nicht bestimmt, hat der Richter die Provisionshöhe auch hier – mittels lückenfüllender Vertragsergänzung – nach dem *hypothetischen Parteiwillen* zu bestimmen. Neben der Provision (= Honorar) für die Besorgung des Kommissionsgeschäfts schuldet der Bankkunde der Bank auch Ersatz für vertragserfüllungsbezogene *Auslagen*⁵⁹.

B. AGB Kontrolle im Allgemeinen

[Rz 18] Wie eben erläutert⁶⁰, ist die Rechtsgrundlage für die Vergütung von Bankdienstleistungen («Bankgebühren») regelmässig im *Kontokorrent-, Giro-, Depot- oder Vermögensverwaltungsvertrag* zu finden, den der Kunde mit der Bank abschliesst. Die *Vergütungsabrede* erfolgt in diesen Verträgen meist *nicht* durch *Einzelabrede*, sondern dadurch, dass der Kunde die *Banken-AGB* übernimmt, welche eine *Vergütungsklausel* enthalten. Damit stellt sich einerseits die Frage, welcher *Rechtskontrolle* solche Vergütungsklauseln in Banken-AGB unterliegen (nachstehend, Abschnitt 1), und andererseits, ob die Vergütung als *vertragliche Hauptleistung* überhaupt rechtsgültig in AGB geregelt werden kann (nachstehend, Abschnitt 2).

⁵⁴ Folgt man der (zutreffenden) Lehrmeinung, dass der Gesetzgeber in Art. 394 Abs. 3 OR – angesichts des historischen Grundsatzes der Unentgeltlichkeit des Auftrags – lediglich dessen *Entgeltlichkeit* als *solche* geregelt (vgl. BK-FELLMANN, Art. 394 N 397; siehe aber zu undifferenziert: BGE 135 III 259, 262 Erw. 2.2; BGE 117 II 282, 283 Erw. 4b) und damit die Festsetzung der *Höhe* der Vergütung *bewusst* dem Parteiwillen überlassen hat, weil es nicht Sache des Richters ist, einen *pretium iustum* zu bestimmen, so liegt bei Fehlen einer Parteivereinbarung *keine Gesetzeslücke* (so aber BK-FELLMANN, Art. 394 N 398 ff.), sondern ein *qualifiziertes Schweigen* des Gesetzgebers und damit eine *Vertragslücke* vor, die nach dem hypothetischen Parteiwillen zu füllen ist.

⁵⁵ Fehlt es ausnahmsweise an branchenüblichen Tarifen, was bei Banken selten anzutreffen sein wird, hat der Richter eine *angemessene Vergütung* aufgrund des objektiv erforderlichen *Zeitaufwandes* und eines angemessenen *Stundentarifs* festzusetzen. Da das Honorar u.a. die *Gemeinkosten* des Beauftragten zu decken hat, sollte der Stundentarif insbesondere auch den Infrastrukturkosten Rechnung tragen. Vgl. auch BGE 135 III 259, 262 Erw. 2.2; BGE 117 II 282, 283 Erw. 4b, wo das Bundesgericht (ohne stringente Begründung) dazu tendiert, die «Üblichkeit» von Art. 394 Abs. 3 OR auch auf das *Quantum* der Vergütung zu erstrecken.

⁵⁶ Art. 425 Abs. 1 OR; TERCIER/BIERI/CARRON, N 5204. – Ohne Vergütung liegt ein *unentgeltlicher* Auftrag vor.

⁵⁷ Art. 432 OR; vgl. BGE 142 III 129 f.

⁵⁸ Art. 8 ZGB.

⁵⁹ Art. 431 Abs. 1 OR; TERCIER/BIERI/CARRON, N 5262.

⁶⁰ Vgl. oben Rz. 14 ff.

1. Obligationenrechtliche und lauterkeitsrechtliche AGB-Kontrolle von Bankgebühren

[Rz 19] Im Schweizerischen Recht unterliegen AGB einer *vierfachen* obligationenrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Kontrolle. Obligationenrechtlich müssen AGB zunächst die *Konsensanforderungen* an einen vertraglichen *Einbezug* erfüllen (= *Konsenskontrolle*)⁶¹, ansonsten sie für die Vertragsparteien *a priori* unverbindlich sind. Zweitens darf der *Inhalt* von – konsensual in den Vertrag einbezogenen – AGB nicht gegen *zwingendes Recht* verstossen, ansonsten sie *nichtig* sind (= *Gültigkeitskontrolle*)⁶². Drittens gelten für AGB gewisse, besondere *Auslegungsregeln*, die bei ihrer Anwendung zu beachten sind (*Auslegungskontrolle*)⁶³. Viertens kommt schliesslich eine lauterkeitsrechtliche Kontrolle hinzu: Gemäss Art. 8 UWG dürfen *Konsumenten-AGB* nicht treuwidrig ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten vorsehen, ansonsten sie *ungültig* sind (= *offene Inhaltskontrolle*)⁶⁴.

2. Vereinbarung vertraglicher Hauptleistungen in AGB?

[Rz 20] Für jeden Nominatvertrag⁶⁵ findet sich im Obligationenrecht – jeweils im ersten Artikel des entsprechenden Gesetzstitels – eine *Legaldefinition*⁶⁶. Diese statuiert die *objektiv wesentlichen* Elemente, über die sich die Parteien – mittels natürlichen oder normativen Konsenses – einig geworden sein müssen, damit der entsprechende Vertrag entsteht. Andernfalls scheidet der Vertragsabschluss am *Dissens* über (begriffsnotwendige) *essentialia negotii*. Dissens über ein einziges, objektiv wesentliches Vertragsselement genügt, um den Vertragsabschluss zu verhindern, da dieser fehlende Konsens weder durch das *dispositive Gesetzesrecht* noch durch *richterliches Ermessen* ersetzt werden kann⁶⁷. So wäre es mit der Vertragsfreiheit unvereinbar, wenn z.B. bei einem Autokauf das Gesetz oder der Richter bestimmen würde, welches Auto der Verkäufer zu liefern und der Käufer gegen Bezahlung welcher (im Vertrag offengelassenen) Summe zu übernehmen hat. Mit andern Worten: die Einigung über die *vertraglichen Hauptleistungen* liegt in der *ausschliesslichen* Kompetenz und Verantwortung der Parteien und kann weder an den Gesetzgeber noch an den Richter delegiert werden⁶⁸. Dagegen hindert der fehlende Konsens über *objektive Nebenspunkte* (*accidentalia negotii*) den Vertragsabschluss nicht, da untergeordnete Elemente eines Vertrags vom dispositiven Gesetzesrecht oder – bei einer Gesetzeslücke – vom Richterrecht (*modo legislatoris*) geregelt werden können⁶⁹.

⁶¹ Dazu PROBST THOMAS, Kommentar zu Art. 8 UWG, in: Jung/Spitz (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Auflage, Bern 2016, Art. 8 N 156 ff. [im Folgenden: SHK UWG-PROBST]; PERRIG ROMAN, in: Kramer/Probst/Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, N 109 ff. [im Folgenden: PERRIG, AGB].

⁶² Dazu SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 186 ff.

⁶³ Dazu SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 204 ff.; PERRIG, AGB, N 235 ff.

⁶⁴ Dazu SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 211 ff.

⁶⁵ Bei Innominatverträgen fehlt es an einer Legaldefinition, so dass die begriffsnotwendigen *essentialia negotii* aus der Natur des verkehrstypischen Vertrags abgeleitet werden müssen (z.B. beim Leasingvertrag die Gebrauchsüberlassung am Leasinggegenstand und die Leasingraten).

⁶⁶ Vgl. z.B. Art. 184, 239, 253, 275 OR.

⁶⁷ Vgl. auch GAUCH P./SCHLUEP W.R./SCHMID J., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Auflage, Bern 2014, N 335 [im Folgenden: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT].

⁶⁸ Dementsprechend hält Art. 4 Abs. 2 RL 1993/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen fest, dass klar und verständlich abgefasste Vertragsbestimmungen über den «Hauptgegenstand des Vertrags» bzw. die Angemessenheit des Preises nicht der richterlichen AGB-Kontrolle unterliegen.

⁶⁹ Vgl. Art. 2 Abs. 1 OR.

[Rz 21] Ein Parteikonsens über die vertraglich geschuldeten Hauptleistungen erfordert eine *Individualabrede*⁷⁰, da der AGB-Verwender die *Identifikationsmerkmale* der künftigen Hauptleistungen (z.B. welche Automarke, welches Modell, welcher Hubraum, zu welchem Preis?) *nicht einseitig vorgeben* kann. Aus diesem Grund enthält das Gesetz für die einzelnen Verträge keine (dispositiven) Bestimmungen darüber, welche *konkreten Hauptleistungen* die Vertragsparteien zu erbringen haben, sondern begnügt sich mit einer generell-abstrakten Umschreibung (z.B. Kaufgegenstand, Kaufpreis). Damit fehlt es *a priori* an einer dispositiv-gesetzlichen Grundlage, von der ein AGB-Verwender in seinen AGB abweichen (wollen) könnte.

[Rz 22] Aus den vorstehenden Überlegungen ergibt sich der *Grundsatz*, dass es rechtlich nicht möglich bzw. zulässig ist, die *Vergütung* (= vertragliche *Hauptleistung*) in den AGB zu regeln⁷¹. Bedeutet dies, dass Banken-AGB, welche eine *Vergütungspflicht* des Bankkunden vorsehen, als rechtswidrig und damit ungültig zu beurteilen sind? Die Antwort bedarf einer Differenzierung:

[Rz 23]

- Anders als z.B. beim Kaufvertrag oder Werkvertrag regelt das Gesetz beim *Auftrag* sowohl den *entgeltlichen* als auch den *unentgeltlichen* Vertrag. Beim entgeltlichen Auftrag muss die Entgeltlichkeit gemäss Gesetz nicht unbedingt auf einer *Parteiabrede* beruhen, sondern kann sich auch aus der *Üblichkeit* einer Vergütung ergeben⁷². Genügt für die Entgeltlichkeit (als vertragliche Hauptpflicht des Auftraggebers) aber die blosser *Üblichkeit* einer Vergütung – was bei *gewerblichen* Bankdienstleistungen jeweils zutrifft⁷³ – so steht *Banken-AGB*, welche die *Vergütungspflicht* und/oder die *Vergütungshöhe* für auftragsrechtliche Dienstleistungen vorsehen, grundsätzlich nichts entgegen.

[Rz 24]

- Analog verhält es sich beim *Hinterlegungsvertrag*, welcher vom Gesetzgeber sowohl als entgeltliches wie auch als unentgeltliches Rechtsgeschäft geregelt wird. Die Vergütung als vertragliche Hauptpflicht des Hinterlegers kann sich hier ebenfalls nicht nur aus einer *Parteiabrede*, sondern auch aus der – in den konkreten Umständen begründeten – *Erwartung* des Aufbewahrers ergeben, eine Vergütung zu erhalten. Für das *gewerbliche* Hinterlegungsgeschäft der Banken ist letztere Voraussetzung jeweils erfüllt⁷⁴. Konsequenterweise sind Banken-AGB, welche die *Vergütungspflicht* und/oder die *Vergütungshöhe* für hinterlegungsvertragliche Dienstleistungen vorsehen, grundsätzlich zulässig.

[Rz 25]

- Anders verhält es sich dagegen bei der *Kommission*. Dieser Nominatvertrag ist *von Gesetzes wegen* und begriffsnotwendigerweise *entgeltlich*⁷⁵. Deshalb muss die *Vergütungspflicht* als ver-

⁷⁰ Für weitere Einzelheiten zum nicht (ganz banalen) Zusammenspiel von AGB, Individualabrede, Globalübernahme und Vollübernahme: PROBST, AGB, N 91 ff.

⁷¹ Dieser Grundsatz gilt für *alle* Verträge. Dennoch wird er im *Privatversicherungsrecht* kaum beachtet, da dort das versicherte Risiko im Vertrag (Police) typischerweise mit einem wenig aussagekräftigen Schlagwort angegeben wird und die eigentliche Umschreibung der Leistungspflicht bzw. der Versicherungsdeckung des Versicherers in den AGB erfolgt (vgl. dazu auch SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 191, Fn 272). Dies widerspricht den obligationenrechtlichen Grundprinzipien und sollte im Rahmen der nächsten VVG-Revision geändert werden. Es gilt zu vermeiden, dass der Versicherungsvertrag immer weiter vom Obligationenrecht abfällt und für sich Sonderregeln beansprucht.

⁷² Art. 394 Abs. 3 OR.

⁷³ Dazu bereits oben, Abschnitt II/A/2/e, Rz. 16.

⁷⁴ Dazu bereits oben, Abschnitt II/A/2/e, Rz. 15.

⁷⁵ Art. 425 Abs. 1 OR.

tragliche *Hauptpflicht* des Kommittenten durch *Einzelabrede* der Parteien vereinbart werden, d.h. AGB genügen diesbezüglich *nicht*. Dagegen können AGB (z.B. durch Angabe der massgeblichen Tarife) die *Höhe* der vom Kommittenten geschuldeten Provision regeln.

III. Beurteilung einzelner AGB zu Bankgebühren

[Rz 26] Im Lichte der vorstehend zusammengefassten Rechtsgrundlagen⁷⁶ soll nun die Rechtmässigkeit einzelner AGB über Bankgebühren beurteilt werden. Angesichts des beschränkten Umfangs dieses Beitrags gelangen *drei Klauseln* zur Sprache⁷⁷, die von *aktuellem Interesse* sind, nämlich:

- Klauseln über den *Verzicht* des Kunden auf die *Herausgabe* von *Retrozessionen* (nachstehend, Abschnitt A),
- Klauseln, welche die Bank berechtigen, die *Gebühren* nachträglich *einseitig* zu *erhöhen* (nachstehend, Abschnitt B), sowie
- Klauseln über vom Kunden zu bezahlende *Depottransfergebühren* (nachstehend, Abschnitt C).

A. Verzicht des (Bank-)Kunden in AGB auf die Herausgabe von Entschädigungen

[Rz 27] Ein *nachträglicher* – einseitiger⁷⁸ oder vertraglicher⁷⁹ – Verzicht des Kunden auf Herausgabe der von seinem (externen) Vermögensverwalter vereinnahmten *Retrozessionen* oder *Finder's Fees* bzw. von seiner vermögensverwaltenden Bank entgegengenommenen *Vertriebsentschädigungen* für vertriebene Finanzprodukte sind im Rahmen des *zwingenden Rechts*⁸⁰ und unter Vorbehalt allfälliger *Willensmängel*⁸¹ zulässig⁸² und bietet keine spezifisch zu erörternden Probleme.

[Rz 28] Näherer Betrachtung bedarf hingegen die Frage, ob ein vertraglicher *Vorausverzicht* auf die Herausgabe *künftiger* Entschädigungen, sei es in Form einer *Individualabrede* (nachstehend, Ziff. 1) oder durch *AGB* (nachstehend, Ziff. 2) zulässig ist.

⁷⁶ Vgl. oben Abschnitt II, Rz. 4 ff.

⁷⁷ Neben zahlreichen andern AGB, die eine Diskussion rechtfertigen würden, kann namentlich auch das Problem von *Wiederholungen*, *Überschneidungen* und *Widersprüchen* zwischen mehreren AGB-Dokumenten desselben AGB-Verwenders nicht behandelt werden, obwohl dies gerade auch bei Banken-AGB von Interesse wäre. – Für eine Diskussion weiterer AGB aus der Praxis (z.B. Verzicht auf Bankgeheimnis; Zustellungsfiktion; Genehmigungsfiktion; Datenbekanntgabe) siehe PROBST, AGB, N 525–579.

⁷⁸ Ein *einseitiger* Verzicht besteht darin, dass der Berechtigte es (bis auf Weiteres) *faktisch unterlässt*, seinen Rechtsanspruch geltend zu machen bzw. gerichtlich durchzusetzen, *ohne jedoch eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung* zu übernehmen, dies auch in Zukunft nicht zu tun.

⁷⁹ Ein *vertraglicher* Verzicht liegt vor, wenn der Berechtigte sich *rechtsgeschäftlich verpflichtet*, seinen Rechtsanspruch weder jetzt noch irgendwann in Zukunft geltend zu machen.

⁸⁰ Vgl. insbesondere Art. 19/20 OR und Art. 27 ZGB.

⁸¹ Vgl. Art. 23 ff. OR.

⁸² Vgl. BGE 137 III 393, 396 Erw. 2.2.

1. Vorausverzicht durch Individualabrede

[Rz 29] Mittels *Individualabrede* können der (Bank-)Kunde und sein externer Vermögensverwalter bzw. seine vermögensverwaltende Bank im Vermögensverwaltungsvertrag⁸³ vorsehen, dass *künftige* Retrozessionen, *Finder's Fees* und/oder Vertriebsentschädigungen (im Folgenden kurz = «Entschädigungen») dem Vermögensverwalter bzw. der Bank als Auftragnehmer zustehen sollen. Eine solche rechtsgeschäftliche *Verpflichtung*⁸⁴ des (Bank-)Kunden, *künftige* Entschädigungen dem Vermögensverwalter bzw. der Bank zu überlassen, also diese Entschädigungen *nicht herauszuverlangen*, ist gültig, sofern der Verzicht weder *widerrechtlich*⁸⁵ noch *willensmangelbehaftet*⁸⁶ ist und auf einem *inhaltlich* hinreichend *bestimmbaren* Parteikonsens⁸⁷ beruht⁸⁸.

[Rz 30]

- Ein Verzicht des (Bank-)Kunden auf die Herausgabe künftiger Entschädigungen ist grundsätzlich *nicht widerrechtlich*, da Art. 400 Abs. 1 OR keine zwingende Bestimmung⁸⁹ und der Verzichtsinhalt weder unmöglich noch sittenwidrig ist. Sollte in Einzelfällen der Verzicht sehr weit gefasst sein, kann sich die Frage stellen, ob eine *übermässige Bindung* des Kunden vorliegt⁹⁰. Dies dürfte jedoch meist nicht zutreffen, da ein Verzicht auf die Herausgabe von Entschädigungen in der Regel auf Transaktionen mit einem *limitierten Depotvermögen* des Kunden beschränkt ist, was einer übermässigen Bindung entgegensteht. Abgesehen davon, kann sich ein Schuldner grundsätzlich auch über seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hinaus vertraglich gültig binden⁹¹.

[Rz 31]

- *Willensmängel* des Kunden werden bei einem Verzicht in Form einer Individualabrede selten vorliegen. Insbesondere Drohungen⁹² und (absichtliche) Täuschungen⁹³ sind in diesem Zusammenhang wenig praxisrelevant. Auch ein wesentlicher Irrtum dürfte bei ordentlicher Information des (Bank-)Kunden die Ausnahme bilden.

[Rz 32]

- Praktisch bedeutsamer ist dagegen die Frage, ob der konkrete Verzicht *inhaltlich hinreichend bestimmt* ist. Aufgrund der Angaben in der Individualabrede müssen nämlich die künftigen Entschädigungen, auf deren Herausgabe der Kunde verzichtet (hat), *bestimmt* oder zumindest *bestimmbar* sein⁹⁴. Dies bedeutet zweierlei: einerseits muss klar sein, *welche* Entschä-

⁸³ Ein Vorausverzicht kann auch ausserhalb des Vermögensverwaltungsvertrags durch eine separate (schriftliche oder mündliche) Vereinbarung erfolgen, was aber eher die Ausnahme sein wird.

⁸⁴ Ein Verzicht durch *Verfügungsgeschäft* ist erst dann möglich, wenn der Herausgabeanspruch des Kunden (Art. 400 Abs. 1 OR) *entstanden* ist. In diesem Fall erfolgt der Verzicht durch Zession (Art. 164 OR).

⁸⁵ Art. 19/20 OR, Art. 27 ZGB.

⁸⁶ Art. 23 ff. OR.

⁸⁷ Art. 1 und 2 OR.

⁸⁸ Vgl. BGE 137 III 393, 396 Erw. 2.2.

⁸⁹ So auch BGE 132 III 460, 465 Erw. 4.2.

⁹⁰ Art. 27 ZGB; EUGEN BUCHER, Berner Kommentar, Einleitung und Personenrecht, Die natürlichen Personen, Kommentar zu Art. 27 ZGB, Band I/2/2, Bern 1993, Art. 27 N 267 ff. [im Folgenden: BK-BUCHER].

⁹¹ Vgl. BK-BUCHER, Art. 27 N 152 ff.

⁹² Art. 29 f. OR.

⁹³ Art. 28 OR.

⁹⁴ Vgl. BGE 137 III 396, 398 Erw. 4.

digungen erfasst sind, und andererseits muss ein (natürlicher oder normativer) *Parteikonsens* vorliegen, dass der (Bank-)Kunde auf die Herausgabe *dieser* Entschädigungen *verzichtet*. Eine *Pauschalerklärung*, er verzichte auf «*alle*» Entschädigungen, die bei Transaktionen mit seinem Depotvermögen beim Vermögensverwalter bzw. der Bank anfallen werden, genügt den Anforderungen an einen *normativen Konsens*⁹⁵ *nicht*. Nach *Treu und Glauben* darf der Vermögensverwalter bzw. die Bank nicht davon ausgehen, der Kunde wolle mit einer nicht substantiierten, pauschalen Erklärung auf Entschädigungen verzichten, deren *Entstehungsvoraussetzungen*, *Berechnungsgrundlage* und *Umfang* ihm entweder überhaupt nicht oder nicht hinreichend bekannt sind. Eine gültige Verzichtsabrede setzt daher voraus, dass der Vermögensverwalter bzw. die Bank den Kunden *zuvor ausreichend* über die vorgenannten Parameter *informiert* hat⁹⁶. Die *Beweislast* für diese Information trägt der Vermögensverwalter bzw. die Bank, da sie aus dem vertraglichen Herausgabeverzicht des Kunden Rechte für sich ableiten, nämlich das Recht, vereinnahmte Entschädigungen zu behalten⁹⁷. Fehlt es an der erforderlichen Information des Kunden, besteht die Rechtsfolge *nicht* in der *Nichtigkeit* gemäss Art. 20 Abs. 2 OR, wie das Bundesgericht irrtümlicherweise annimmt⁹⁸. Vielmehr liegt mangels eines (normativen) Konsenses über die Nichtherausgabe der vom Vermögensverwalter bzw. der Bank vereinnahmten Entschädigungen ein *Dissens* vor, d.h. es fehlt an einer Parteiabrede, welche der dispositiv-gesetzlichen Herausgabepflicht des Beauftragten⁹⁹ *derogiert* hätte.

2. Vorausverzicht in den AGB

[Rz 33] Die Frage, ob ein Herausgabeverzicht des Kunden auf Entschädigungen, welche der Vermögensverwalter bzw. die Bank vereinnahmt haben, nicht nur durch *Individualabrede*, sondern auch durch *AGB* erfolgen kann, hat das Bundesgericht – soweit ersichtlich – bisher *nicht* entschieden¹⁰⁰. In Zukunft wird sich aber gerade diese Frage stellen, da Vermögensverwalter und Banken – als Reaktion auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Herausgabe von Retrozessionen¹⁰¹ – dazu übergegangen sind, *Verzichtsklauseln* in ihre AGB aufzunehmen¹⁰². Zu beurteilen ist so-

⁹⁵ Die Frage des *natürlichen* Konsenses stellt sich nicht, da in diesem Fall die Parteien über die Tragweite der Verzichtserklärung einig sind.

⁹⁶ In BGE 137 III 393, 398 Erw. 2.4 spricht das Bundesgericht von Informationen über den «Umfang» sowie die «Berechnungsgrundlagen» der Retrozessionen; von den «Parametern... zur Berechnung des Gesamtbetrags» bzw. den «Eckwerte[n] der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen» und von der «Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen», wobei für letztere die Angabe einer «Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens» genüge. Ähnlich auch BGE 138 III 755, 772 Erw. 6.3. – In BGE 132 III 460, 466 Erw. 4.2 verlangte das Bundesgericht, dass der Auftraggeber «vollständig und wahrheitsgetreu informiert sein muss».

⁹⁷ Vgl. Art. 8 ZGB.

⁹⁸ BGE 137 III 393, 402 Erw. 2.7.

⁹⁹ Art. 400 Abs. 1 OR.

¹⁰⁰ In BGE 137 III 393, 394 zitiert das Bundesgericht zwei Einzelbestimmungen aus der «Asset-Management-Vereinbarung», ohne irgendeinen Hinweis, dass es sich dabei um AGB handle. Der Entscheid enthält auch keine AGB-spezifischen (obligationenrechtlichen oder lauterkeitsrechtlichen) Erwägungen. Daraus ist zu schliessen, dass das Bundesgericht den Verzicht des Kunden auf die Herausgabe der Retrozessionen als *Einzelabrede* verstanden hat. – In BGE 132 III 460 ff. hatte sich das Bundesgericht mit einem *konkludenten* Verzicht (als Einzelabrede) befasst und das Vorliegen eines gültigen Verzichts verneint. – In BGE 138 III 755, 772 Erw. 6.2 ging es um die Frage, ob sich aus dem *Fondsvertrag*, den die Bank als Stellvertreterin des Kunden selbstkontrahierend abgeschlossen hatte, ein Herausgabeverzicht des Kunden ergebe. Auch dieser Entscheid enthält keine AGB-spezifischen Angaben oder Erwägungen.

¹⁰¹ Vgl. BGE 132 III 460 ff.; BGE 137 III 393 ff.; BGE 138 III 755 ff.

¹⁰² Vgl. z.B. Art. 7 lit. b Depotreglement der Credit Suisse (110010, 12.15).

wohl die *obligationenrechtliche* (nachstehend, Ziff. 1) als auch die *lauterkeitsrechtliche* Zulässigkeit (nachstehend, Ziff. 2) von Verzichtsklauseln über die Herausgabe von Entschädigungen, welche ein Vermögensverwalter oder eine Bank vereinnahmt hat.

a) **Obligationenrechtliche Konsens-, Gültigkeits- und Auslegungskontrolle von Verzichtsklauseln**

aa) **Konsenskontrolle**

[Rz 34] Ein konsensualer Verzicht auf die Herausgabe von Entschädigungen setzt voraus, dass der (Bank-)Kunde *vor* Vertragsabschluss die *zumutbare Möglichkeit* erhält, von den einschlägigen AGB (des Depot- oder Vermögensverwaltungsvertrags), die eine Verzichtsklausel enthalten, *Kenntnis* zu nehmen¹⁰³. Liest der Kunde die AGB und akzeptiert er sie ausdrücklich (unterschriftlich, mündlich) oder allenfalls konkludent¹⁰⁴, liegt eine *Vollübernahme* vor. Akzeptiert der Kunde die AGB, *ohne sie gelesen* bzw. ihre *materielle Tragweite verstanden* zu haben, handelt es sich um eine *Globalübernahme*¹⁰⁵. In beiden Fällen wirft die Übernahme einer Verzichtsklausel durch den (Bank-)Kunden keine neuen Fragen auf.

[Rz 35] Ungeklärt ist hingegen die Frage, ob die Verbindlichkeit einer global übernommenen Verzichtsklausel an der *Ungewöhnlichkeitsregel* scheitert¹⁰⁶. Dies lässt sich letztlich nur anhand der *konkreten Umstände des Einzelfalls* beantworten, wobei für die Beurteilung insbesondere folgende Aspekte von Bedeutung sind:

[Rz 36]

- Im Unterschied zu mehr oder weniger notorischen Klauseln, die sich häufig in AGB finden (z.B. Gerichtsstandsklauseln), sind Verzichtsklauseln über die (Nicht-)Herausgabe von Entschädigungen *neueren Datums*, da sie erst aufgrund der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts¹⁰⁷ in die Vermögensverwaltungspraxis und deren AGB Eingang gefunden haben. Insofern darf nicht angenommen werden, ein durchschnittlicher (Bank-)Kunde, welcher einen Depot- oder Vermögensverwaltungsvertrag abschliesst, *nehme in Kauf*, dass die (ungelesenen) AGB eine *Verzichtsklausel* über die Herausgabe von Entschädigungen enthalten bzw. enthalten könnten. Vielmehr ist davon auszugehen, dass ein Kunde *ohne besondere Erfahrung* im Vermögensverwaltungsgeschäft¹⁰⁸, nicht mit einer solchen Verzichtsklausel rechnet. Bei einer – in der Praxis meist vorliegenden¹⁰⁹ – Globalübernahme von AGB ist für den Durchschnittskunden eine Verzichtsklausel somit typischerweise *subjektiv überraschend*.

¹⁰³ SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 157 ff. – Über *keine* «zumutbare» Möglichkeit zur Kenntnisnahme verfügt der Kunde, wenn der AGB-Verwender ihm die AGB erst unmittelbar bei Unterzeichnung des Vertrags übergibt und auf eine rasche Vertragsunterzeichnung drängt (z.B. mit dem Hinweis, ein weiterer Kunde warte schon lange auf Bedienung oder die Lektüre der AGB sei umständlich und zeitaufwendig). Eine solche psychologische Einwirkung verhindert, dass der Kunde eine «zumutbare» Möglichkeit zur Kenntnisnahme der AGB verfügt.

¹⁰⁴ Die Übernahme von Banken-AGB durch *konkludentes Verhalten* des Bankkunden wird eher die Ausnahme darstellen und dürfte vor allem bei einer bereits bestehenden Geschäftsbeziehung in Betracht kommen.

¹⁰⁵ Zur Abgrenzung von Vollübernahme und Globalübernahme: PROBST, AGB, N 86 ff.

¹⁰⁶ Für weitere Einzelheiten: SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 167 ff.

¹⁰⁷ Vgl. BGE 132 III 460 ff.; BGE 137 III 393 ff.; BGE 138 III 755 ff.

¹⁰⁸ Das wird nicht nur bei Konsumenten oft der Fall sein, sondern kann auch bei KMU zutreffen.

¹⁰⁹ Vgl. SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 156, Fn 202.

[Rz 37]

- Zur Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel genügt es nicht, dass die Verzichtsklausel für den konkreten Kunden (subjektiv) überraschend ist, sondern sie muss auch *objektiv überraschend* sein, indem sie massgeblich vom *dispositiven Gesetz* abweicht, den *Vertragscharakter* verändert bzw. *geschäftsfremde* Elemente enthält, mit denen ein vernünftiger Kunde nach Treu und Glauben nicht zu rechnen hatte¹¹⁰. Diese Voraussetzung ist bei einem Verzicht auf die Herausgabe von Entschädigungen *grundsätzlich erfüllt*, da dadurch der Auftraggeber auf eine *vertragstypische Pflicht* des Auftragnehmers¹¹¹ verzichtet, was objektiv als überraschend bzw. ungewöhnlich erscheint, sofern der Kunde nicht spezifisch auf die Verzichtsklausel *hingewiesen* wird und der Vermögensverwalter bzw. die Bank sicherstellt, dass der Kunde die *wirtschaftliche Tragweite* der Klausel erfasst¹¹². Namentlich bei Kunden, die ihre Ersparnisse zur *persönlichen Vorsorge* in Werttiteln anlegen, ohne über Erfahrung im Vermögensverwaltungsgeschäft zu verfügen, ist objektiv nicht ersichtlich, weshalb sie *vorbehaltlos* auf die Herausgabe von Entschädigungen verzichten sollten, die der *Gesetzgeber* aufgrund einer *objektivierten Interessenabwägung* ihnen zugewiesen hat. Hier kann die Globalübernahme von AGB nach Treu und Glauben nicht als normativer Konsens verstanden werden, wonach der Kunde auf die Herausgabe von Entschädigungen verzichte. Die Annahme eines vorbehaltlosen Verzichts rechtfertigt sich umso weniger, als dieser meist *unmittelbar finanzielle Nachteile* für den Kunden zeitigt (Verlust von Entschädigungszahlungen), was bei zahlreichen *anderen* Klauseln (z.B. Gerichtsstandsklauseln, Haftungsausschlussklauseln) nicht der Fall ist¹¹³.

[Rz 38]

- Gleich wie bei einem *einzelabredeweisen* Vorausverzicht¹¹⁴ auf die Herausgabe von Entschädigungen muss auch eine (einseitig vorformulierte) *Verzichtsklausel* (in den AGB des Vermögensverwalters oder der Bank) *inhaltlich hinreichend bestimmt* sein. Die Klausel hat also *konkrete Angaben* über die *Entstehungsvoraussetzungen*, die *Berechnungsgrundlagen* und den *Umfang* der Entschädigungen zu enthalten, auf die der Kunde verzichtet. Auf diese für den Konsens notwendigen Informationen kann der Kunde durch eine *Informationsverzichtsklausel* in den AGB *nicht (gültig) verzichten*¹¹⁵.

[Rz 39]

- Damit aus der Globalübernahme des (Bank-)Kunden nach Treu und Glauben ein normativer Parteikonsens über die vom Vermögensverwalter bzw. von der Bank einseitig vorformulierte

¹¹⁰ SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 171.

¹¹¹ Art. 400 Abs. 1 OR.

¹¹² Der EuGH hat verschiedentlich darauf hingewiesen, dass *grammatikalische* Klarheit einer Klausel nicht genügt, sondern für den Konsumenten auch die *wirtschaftliche Tragweite* der Klausel verständlich sein muss. Vgl. SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 139.

¹¹³ Bei zahlreichen AGB ist es durchaus möglich, dass dem Kunden während der *ganzen Vertragsdauer kein konkreter Nachteil* entsteht. So bleibt z.B. eine Gerichtsstandsklausel für den (gewerblichen) Kunden ohne Nachteil, wenn es zu keinem Rechtsstreit zwischen den Parteien kommt.

¹¹⁴ Dazu oben, Abschnitt III/A/1, Rz. 29 ff.

¹¹⁵ Vgl. BGE 137 III 393, 399 Erw. 2.4. – Ohne diese Informationen kann aus der (in der Regel global erfolgten) Übernahme der AGB durch den (Bank-)Kunden *kein inhaltlich hinreichend bestimmter Konsens* über den Verzicht auf die Herausgabe von Entschädigungen abgeleitet werden, d.h. es liegt ein *Dissens* vor.

Verzichtsklausel abgeleitet werden kann, muss diese Klausel nicht nur hinreichend *bestimmt*, sondern auch *hinreichend klar* und *verständlich* abgefasst sein¹¹⁶.

bb) Gültigkeits- und Auslegungskontrolle

[Rz 40] Bei der *Gültigkeitskontrolle* von Verzichtsklauseln über die (Nicht-)Herausgabe von Entschädigungen ergeben sich grundsätzlich keine besonderen Probleme, da *Verzichtsklauseln* – wie Individualabreden – *per se* weder widerrechtlich, noch sittenwidrig oder unmöglich sind¹¹⁷.

[Rz 41] *De lege ferenda* wird allerdings Art. 28 Abs. 1 des Finanzdienstleistungsgesetzes (E-FIDLEG)¹¹⁸ zu beachten sein. Danach dürfen Finanzdienstleister Entschädigungen von Dritten nur annehmen, wenn sie die Entschädigungen entweder dem Kunden *vollumfänglich weitergeben* oder den Kunden *zuvor ausdrücklich* über deren Existenz und Umfang *informiert* haben und dieser zudem auf deren Herausgabe *verzichtet* hat¹¹⁹. Gemäss Botschaft stellt diese öffentlich-rechtliche bzw. aufsichtsrechtliche Bestimmung *keine Doppelnorm* dar, welche direkt *privatrechtliche* Wirkung entfaltet, sie kann aber vom Zivilrichter bei der Auslegung zivilrechtlicher Bestimmungen berücksichtigt werden¹²⁰. Dies entspricht dem üblichen Verständnis des gegenseitigen Verhältnisses von Verwaltungsrecht und Zivilrecht. In *direktem Widerspruch* zur Botschaft und dem etablierten Verhältnis von Verwaltungsrecht und Zivilrecht steht nun allerdings ein *Zusatz* des Ständerats zu Art. 8 Abs. 1 E-FIDLEG, wonach die Erfüllung der *aufsichtsrechtlichen* Pflichten gleichzeitig die Erfüllung «identische(r) *zivilrechtliche(r)* Pflichten»¹²¹ bedeuten soll. Damit erklärt der Ständerat die aufsichtsrechtlichen Pflichten des 2. Titels E-FIDLEG zu *Doppelnormen*, um einen «Safe Harbor» einzurichten¹²². So soll einerseits die *Verletzung* einer aufsichtsrechtlichen Pflicht *per se* noch keine zivilrechtliche Haftung nach sich ziehen, – was ohne Zweifel zutrifft –, andererseits soll aber durch das *Einhalten* der aufsichtsrechtlichen Pflichten «eine Verletzung der *entsprechenden zivilrechtlichen Pflichten vollumfänglich ausgeschlossen*»¹²³ sein. Damit wird im Ergebnis die *zivilrechtliche Haftung* durch die Einhaltung des Aufsichtsrechts *ausgeschlossen*, d.h. das Zivilrecht wird vom Aufsichtsrecht *konsumiert*. Das ist ein bedauerlicher *gesetzgeberischer Fehlgriff*¹²⁴. Es ist nicht Aufgabe der Finanzaufsicht, indirekt darüber zu entscheiden, ob ein Kunde gegenüber einem Finanzinstitut einen haftpflichtrechtlichen Anspruch hat oder nicht. Dieser Entscheid fällt in die direkte und ausschliessliche Kompetenz des Zivilrichters¹²⁵. Gemäss Art. 1 Abs. 2 E-FIDLEG besteht der Zweck dieses Gesetzes u.a. darin, die Geltendmachung zivilrechtli-

¹¹⁶ Dazu sogleich unten, Abschnitt III/A/2/a/bb, Rz. 42.

¹¹⁷ Vgl. Art. 19/20 OR.

¹¹⁸ Vgl. Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015 8901, 8965 f. [im Folgenden: FIDLEG-Botschaft].

¹¹⁹ Der Hinweis auf den Verzicht wurde vom Ständerat als Erstrat eingefügt; vgl. AB 2016, 1167.

¹²⁰ Vgl. FIDLEG-Botschaft, BBl 2015 8901, 8921, 8966 sowie AB 2016, 1167.

¹²¹ AB 2016, 1164 [Hervorhebung ergänzt].

¹²² Was das Schlagwort «Safe Harbor» bedeuten soll, wird offen gelassen; vgl. AB 2016, 1164.

¹²³ AB 2016, 1164 [Hervorhebung ergänzt].

¹²⁴ Nach derselben Logik hätte dann z.B. ein Patient keinen haftpflichtrechtlichen Anspruch gegen den Arzt, wenn dieser die einschlägigen aufsichtsrechtlichen Pflichten eingehalten hat.

¹²⁵ Sollte diese Norm tatsächlich Gesetz werden, wäre sie ein klassisches Beispiel für eine (unnütze) Rechtsnorm mit *negativem Grenznutzen*, d.h. eine Norm, die mehr Probleme schafft, als sie löst. Vgl. dazu PROBST THOMAS, Ein Rechtsstaat ohne (zu) viele Worte – Utopie oder Notwendigkeit?, in: Quid?, Special Edition 2017, 9 ff.

cher Ansprüche von Kunden zu *erleichtern*, und nicht zu *erschweren* oder gar *auszuschliessen*! Der ständerätliche Zusatz sollte daher ersatzlos gestrichen werden¹²⁶.

[Rz 42] Ein besonderes Problem kann bei der *Auslegungskontrolle*¹²⁷ von Verzichtsklauseln auftreten. Es fällt auf, dass Verzichtsklauseln teilweise ziemlich lang, schlecht strukturiert und/oder in komplizierter Fachsprache verfasst sind, so dass ihr Inhalt für einen mit dem Vermögensverwaltungsgeschäft nicht vertrauten (Bank-)Kunden schwer verständlich ist. *Länge, Detaillierungsgrad, Sprache* und *Aufbau* einer Verzichtsklausel dürfen indes die *effektive Information* des Kunden nicht behindern. Es gilt zu vermeiden, dass eine wenig leserfreundliche Textgestaltung den Kunden von der Lektüre abschreckt oder das Erfassen der wirtschaftlichen Tragweite der Verzichtsklausel erschwert. Die Gefahr, dass in der Praxis eine «detaillierte Überinformation» im Ergebnis zu einer «materiellen Uninformiertheit» des Kunden führt, ist ernst zu nehmen. Verzichtsklauseln sollten daher *übersichtlich strukturiert, klar* und *einfach formuliert* sein und sich auf die *Kernpunkte* beschränken, die für das Verständnis der praktischen und wirtschaftlichen Tragweite einer Verzichtsklausel für den Kunden erforderlich sind. Unnötige technische oder andere Details sollten im Interesse der Transparenz aus den Verzichtsklauseln gestrichen werden.

b) **Lauterkeitsrechtliche Inhaltskontrolle von Verzichtsklauseln**

[Rz 43] Schliesst ein (Bank-)Kunde als *Konsument*¹²⁸ – also zu persönlichen und nicht gewerblichen Zwecken – einen Vermögensverwaltungsvertrag ab, dessen AGB eine Verzichtsklausel über die (Nicht-)Herausgabe von Entschädigungen, die der Auftragnehmer erhalten hat, enthalten, so unterliegt diese Klausel neben der obligationenrechtlichen zusätzlich der *lauterkeitsrechtlichen* Kontrolle von Art. 8 UWG (= offene Inhaltskontrolle)¹²⁹.

[Rz 44] Bei dieser *offenen Inhaltskontrolle* gilt es – erstens¹³⁰ – zu bestimmen, ob die Verzichtsklausel zum Nachteil des (Bank-)Kunden ein *Missverhältnis* der *vertraglichen Rechte und Pflichten* vorsieht. Als Vergleichsbasis dient die *dispositive Gesetzesbestimmung*, welche ohne Verzichtsklausel zur Anwendung gelangen würde¹³¹. Nach diesen Kriterien wird bei Übernahme einer Verzichtsklausel durch den (Bank-)Kunden das Vorliegen eines Missverhältnisses zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten grundsätzlich zu *bejahen* sein, da der Kunde seinen gesetzlichen *Herausgabeanspruch* auf alle Entschädigungen, die der Beauftragte (Vermögensverwalter, Bank)

¹²⁶ Die Behandlung des Gesetzesentwurfs durch den Nationalrat steht zur Zeit noch aus. – Kritisch ebenfalls: EMME-NEGGER SUSAN, Fidleg und das Vertragsrecht: eine Einführung, Referat anlässlich der Schweizerischen Bankrechtstagung vom 10. März 2017.

¹²⁷ Auslegungsprobleme bei AGB können sich sowohl im Rahmen der *Konsenskontrolle* als auch der *Auslegungskontrolle* stellen. Bei der Konsenskontrolle geht es um einen *Konsensstreit*, d.h. die Parteien sind sich *nicht einig*, ob über die AGB (oder eine bestimmte Klausel davon) ein (normativer) *Parteikonsens* erzielt worden ist. Demgegenüber sind sich beim *Auslegungsstreit* (im Rahmen der Auslegungskontrolle) die Parteien einig, dass die AGB *Vertragsbestandteil* geworden sind, streiten sich aber über die *inhaltliche Bedeutung* einer oder mehrerer Klauseln. Vgl. auch PER-RIG, AGB, N 103. – Je nach den konkreten Umständen können beide Aspekte auch verbunden sein bzw. ineinander übergreifen, was bei Verzichtsklauseln der Fall ist, wenn sich die Parteien sowohl über die Bedeutung einer Klausel als auch über das Vorliegen eines Klausel-Konsenses streiten.

¹²⁸ Für weitere Einzelheiten zur Bedeutung des Begriffs «Konsument», siehe PROBST, AGB, N 500 ff.

¹²⁹ Für eine detaillierte Erläuterung dieser vielschichtigen Bestimmung: PROBST, AGB, §10. – Nicht-Konsumenten werden durch Art. 8 UWG nicht geschützt, was eine bedauerliche Diskriminierung darstellt.

¹³⁰ Die Beurteilung der offenen Inhaltskontrolle von Art. 8 UWG erfolgt nach dem *Prüfungsraster*, wie er an anderer Stelle entwickelt und erläutert worden ist. Dazu PROBST, AGB, N 509 ff.

¹³¹ Vgl. dazu PROBST, AGB, N 465 ff.

von Dritten im Rahmen des Auftrags vereinnahmt wird, *aufgibt*¹³², was seine Rechtsposition verschlechtert. Diese Beschränkung der Rechte des Auftraggebers ist – zweitens¹³³ – *erheblich* im Sinne von Art. 8 UWG, da seine Rechtsposition dadurch *spürbar*, also nicht bloss geringfügig und vernachlässigbar, verschlechtert wird¹³⁴. Kommt hinzu, dass die Verzichtsklausel für den Kunden meist auch *unmittelbar finanzielle Nachteile* zeitigt¹³⁵.

[Rz 45] Impliziert die Übernahme der Verzichtsklausel für den Kunden ein erhebliches Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten, so stellt sich – drittens¹³⁶ – die Frage, ob dieses Missverhältnis *treuwidrig* ist¹³⁷. Dies ist zu *verneinen*, sofern der Vermögensverwalter bzw. die Bank nach *Treu und Glauben annehmen* durfte, der (Bank-)Kunde hätte die Verzichtsklausel auch dann vorbehaltlos akzeptiert, wenn sie nicht einseitig vorgegeben, sondern von den Parteien *einzelnen ausgehandelt* worden wäre. Letzteres wird in der Regel *nicht* der Fall sein, da im Normalfall nicht ersichtlich ist, weshalb der (Bank-)Kunde eine für ihn nachteilige Klausel vorbehaltlos akzeptieren sollte. Die Verzichtsklausel wird daher grundsätzlich als *treuwidrig* zu betrachten sein.

[Rz 46] Aus letzterer Feststellung folgt – viertens¹³⁸ – die widerlegbare *Vermutung*, dass das Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten auch *ungerechtfertigt*¹³⁹ ist. Dem Vermögensverwalter bzw. der Bank steht damit die Möglichkeit offen, diese Vermutung durch den Nachweis zu *widerlegen*, dass die für den (Bank-)Kunden nachteilige Verzichtsklausel durch anderweitige *konkrete Vorteile kompensiert* wird, so dass im Ergebnis *kein missbräuchliches* Missverhältnis zu lasten des Konsumenten vorliegt. Den konkreten Nachweis für die Gewährung ausgleichender Vorteile können der Vermögensverwalter bzw. die Bank namentlich dadurch erbringen, dass der Kunde, welcher auf die Herausgabe von Entschädigungen nach Art. 400 Abs. 1 OR verzichtet, von entsprechend *tieferen Depotgebühren* profitiert, die den Herausgabeverzicht *adäquat ausgleichen*. Für diesen Nachweis genügt ein blosser Hinweis in den AGB, die anwendbaren Depotgebühren würden den Verzicht des Kunden auf den Herausgabeanspruch von Entschädigungen Dritter bereits *berücksichtigen, nicht*¹⁴⁰, da diese Behauptung für den Kunden nicht verifizierbar und unter Umständen inhaltlich auch nicht zutreffend ist¹⁴¹.

¹³² Art. 400 Abs. 1 OR.

¹³³ Vgl. PROBST, AGB, N 511.

¹³⁴ Für weitere Angaben zum Kriterium der «Erheblichkeit»: PROBST, AGB, N 469 ff.

¹³⁵ Die konkrete Höhe der finanziellen Einbussen des Kunden ist für die Beurteilung der «Erheblichkeit» des Missverhältnisses jedoch nicht entscheidend, da die lauterkeitsrechtliche Missbräuchlichkeit der Verzichtsklausel in der *einseitigen Verschlechterung* der Rechtsposition des Kunden und nicht in dessen *Schädigung* liegt. Viele AGB verschlechtern die Rechtsposition des Kunden, ohne dass dieser letztlich daraus einen materiellen, haftpflichtrechtlich zu ersetzender Schaden erleidet.

¹³⁶ Vgl. PROBST, AGB, N 512.

¹³⁷ PROBST, AGB, N 512. – Für weitere Einzelheiten zur Bedeutung der «Trewidrigkeit»: PROBST, AGB, N 492 ff.

¹³⁸ Vgl. PROBST, AGB, N 513.

¹³⁹ Für weitere Angaben zur Frage, wann ein Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten «ungerechtfertigt» ist, vgl. PROBST, AGB, N 477 ff.

¹⁴⁰ Ansonsten vermöchte bei einem entgeltlichen Rechtsgeschäft der AGB-Verwender jede den Kunden missbräuchlich benachteiligende AGB mit dem simplen Hinweis zu rechtfertigen, dass dieser Nachteil im vertraglich gewährten *günstigen Preis* bereits *miteinkalkuliert* worden sei.

¹⁴¹ Der Vermögensverwalter bzw. die Bank hat den Nachweis zu erbringen, welche *unterschiedlichen Depotgebühren* zur Anwendung gelangen, je nachdem, ob der Kunde auf seinen Herausgabeanspruch nach Art. 400 Abs. 1 OR *verzichtet* oder *nicht*, sowie dass die jeweils tieferen Gebühren *betragsmässig* den Verzicht des Kunden auf die Herausgabe der Entschädigungen Dritter *adäquat ausgleichen*. Misslingt dieser Beweis, liegt nach Art. 8 UWG eine missbräuchliche Verzichtsklausel vor. – Dementsprechend kann z.B. auch ein Haftungsausschluss des Verkäufers nicht mit dessen pauschaler Behauptung gerechtfertigt werden, der Ausschluss werde durch einen entsprechend günstigen Preis kompensiert. Vielmehr müsste der Verkäufer konkret nachweisen, zwischen welchem (höheren) Preis *ohne*

B. Gebühreanpassungsklauseln in AGB

[Rz 47] AGB von Vermögensverwaltern und Banken enthalten oft Klauseln, wonach der AGB-Verwender seine Gebühren nachträglich *jederzeit einseitig «anpassen»*, d.h., in der Praxis *erhöhen*¹⁴² kann. Bei diesen Klauseln stellt sich ebenfalls die Frage nach ihrer obligationenrechtlichen (nachstehend, Ziff. 1) und lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeit und Tragweite (nachstehend, Ziff. 2).

1. Obligationenrechtliche Konsens-, Gültigkeits- und Auslegungskontrolle von Gebühreanpassungsklauseln

a) Konsenskontrolle

[Rz 48] Eine Bestimmung in den AGB, wonach der AGB-Verwender (Vermögensverwalter, Bank) die vertraglichen Tarife *nachträglich jederzeit einseitig erhöhen*¹⁴³ kann, stellt eine *Offerte* an den Kunden dar, beim Abschluss eines Konto-, Giro-, Depot- oder Vermögensverwaltungsvertrags dem AGB-Verwender ein *voraussetzungsloses Gestaltungsrecht* zur nachträglichen einseitigen Erhöhung der Entschädigung (als einer zentralen vertraglichen Leistungspflicht des Kunden) einzuräumen. Eine solche Offerte hat *keinen* hinreichend *bestimmbaren* Inhalt, lässt sie doch offen, unter *welchen Voraussetzungen, welche Gebühr in welchem Umfang* vom AGB-Verwender einseitig erhöht werden darf. Die Übernahme (das Akzept) einer solchen «*carte-blanche*»-Klausel durch den (Bank-)Kunden führt zu keinem inhaltlich bestimmbar Konsens und entfaltet zwischen den Parteien *keine Rechtsverbindlichkeit*¹⁴⁴.

[Rz 49] Die Unverbindlichkeit von «*carte-blanche*»-Klauseln stellt für eine umsichtige Vertragspraxis kein wesentliches Problem dar, da voraussetzungslose Gestaltungsrechte entbehrlich sind. Wenn ein Vermögensverwalter bzw. eine Bank bei einem bestehenden Vertragsverhältnis die Gebührentarife und damit die vom Kunden künftig zu bezahlende Entschädigung erhöhen möchte (z.B. wegen gestiegener Kosten), kann dem Kunden eine entsprechende *Offerte* für eine nachträgliche *Vertragsanpassung* unterbreitet werden. Akzeptiert der Kunde (ausdrücklich oder konkludent) diese Offerte, sind die neuen Gebührentarife vertraglich vereinbart und für diesen verbindlich. Lehnt er sie ab¹⁴⁵, was eher selten zutreffen dürfte, wenn die Gebührenerhöhung sich *sachlich*

Haftungsausschluss (Option 1) und welchem (tieferen) Preis *mit* Haftungsausschluss (Option 2) der Käufer wählen konnte.

¹⁴² Für nachträgliche *Gebührenerhöhungen* bedarf es keiner besonderen vertraglichen Grundlage. Diese kann der Vermögensverwalter bzw. die Bank *einseitig* vornehmen, da sie den Kunden *begünstigen* und von diesem, falls er keine Gebührenerhöhung will, abgelehnt werden können.

¹⁴³ Eine typische Klausel lautet etwa: «Die Gebühren richten sich nach dem jeweils geltenden Tarif. Die Bank behält sich dessen jederzeitige Änderung vor». – Nota: Die im vorliegenden Beitrag zur Illustration angeführten Beispiele finden sich in diversen Banken-AGB in gleicher oder ähnlicher Form. Um nicht einzelne AGB-Verwender willkürlich namentlich aufzuführen, wird auf eine konkrete Quellenangabe verzichtet.

¹⁴⁴ In BGE 135 III 1, 10 Erw. 2.5 hat das Bundesgericht zu Recht die Ungültigkeit eines undefinierten Gestaltungsrechts zur nachträglichen einseitigen Abänderung vertraglicher Leistungspflichten festgestellt. Vgl. auch SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 321; PERRIG, AGB, N 123.

¹⁴⁵ Zum Teil versuchen AGB von Finanzinstituten den Mechanismus des Vertragsabschlusses dadurch zu unterlaufen, dass der Kunde die erhaltene Offerte zur nachträglichen Vertragsänderung (z.B. Erhöhung der Gebühren) nur durch *Vertragskündigung* soll *ablehnen* können, indem in den AGB die *Nichtkündigung* als *Genehmigung* der Vertragsänderung fingiert wird. Eine solche AGB ist – im Fall der Globalübernahme – sowohl subjektiv (für den Kunden) als auch objektiv *überraschend* und in Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel *unverbindlich*. Zudem erscheint sie lauterkeitsrechtlich als missbräuchlich, da sie dem Konsumenten eine Entscheidung zwischen Scylla (Vertragskündigung) und Charybdis (Erhöhung der Entschädigung) *aufzwingen* will. (Illustrationsbeispiel: «Die Zins oder Preisänderung gilt als genehmigt, wenn der Kunde nicht innert Monatsfrist nach Bekanntgabe der Än-

und *plausibel begründen* lässt, können der Vermögensverwalter bzw. die Bank sich entscheiden, ob sie den Vertrag zu den bisherigen Tarifen weiterführen oder aber (als unerwünschtes Verlustgeschäft) beenden wollen¹⁴⁶. Ihnen bleibt also die betriebswirtschaftliche und *unternehmerische Entscheidungsfreiheit* über die Geschäftspraxis gewahrt. Für eine *sachlich fundierte* Anpassung der Entschädigung bedarf es keines voraussetzungslosen Gestaltungsrechts zur nachträglichen Erhöhung der (vom Kunden zu bezahlenden) Gebühren; und für eine *sachlich nicht fundierte* nachträgliche, einseitige Gebührenerhöhung zulasten des Kunden besteht kein rechtlich schutzwürdiges Interesse des Vermögensverwalters bzw. der Bank¹⁴⁷.

b) Gültigkeits- und Auslegungskontrolle

[Rz 50] Unter dem Gesichtspunkt der *Gültigkeitskontrolle* werfen Gebührenanpassungsklauseln, die inhaltlich hinreichend bestimmbar sind und damit den Anforderungen der Konsenskontrolle genügen, grundsätzlich keine besonderen Probleme auf. Gleich wie eine nachträgliche Gebührenanpassung in Form einer Individualabrede ist auch eine Gebührenanpassungsklausel *per se* weder widerrechtlich, noch sittenwidrig oder gar unmöglich¹⁴⁸. Falls eine (hinreichend bestimmte) Gebührenanpassungsklausel dem AGB-Verwender erlaubt, einseitig eine *exorbitante* nachträgliche Erhöhung der Entschädigung zu Lasten des (Bank-)Kunden vorzunehmen, kann sich die Frage nach dem Vorliegen einer *übermässigen Bindung* stellen¹⁴⁹.

[Rz 51] Was die *Auslegungskontrolle* von Gebührenanpassungsklauseln anbelangt, sind diese *grammatikalisch* in der Regel hinreichend klar und verständlich formuliert, so dass insofern die Unklarheitenregel kaum zur Anwendung gelangt. Hingegen ist der Inhalt oft so *allgemein* bzw. *unspezifisch* umschrieben, dass sich daraus kein *bestimmbarer Rechtsbindungswille* des (Bank-)Kunden ableiten lässt und die Klausel an der Konsenskontrolle scheitert¹⁵⁰.

derung den Vertrag kündigt»). Nota: Diese Klausel ist zudem *irreführend*, da sie den Kunden glauben macht, die Vertragsänderungsangebote könne *nicht abgelehnt* werden, ohne zugleich den Vertrag zu kündigen).

¹⁴⁶ Bei der Beendigung steht vor allem das auftragsrechtliche Kündigungsrecht nach Art. 404 OR im Vordergrund. Im Falle eines Hinterlegungsvertrags (Depotvertrag) kann der Aufbewahrer den auf *unbestimmte Zeit* geschlossenen Vertrag nach Art. 476 Abs., 2 OR jederzeit beenden, indem er die hinterlegte Sache (z.B. Wertpapiere) dem Kunden zurückgibt. Bei einem auf *bestimmte Zeit* abgeschlossenen Hinterlegungsvertrag kann der Aufbewahrer nur im engen Rahmen von Art. 476 Abs. 1 OR (*clausula rebus sic stantibus*) den Vertrag beenden. Vgl. auch TERCIER/BIERI/CARRON, N 6063. – Vgl. etwa folgende Klausel aus der Praxis: «Sofern den Änderungen der Preisliste widersprochen wird und falls keine anderweitige Einigung mit [...] gefunden wird, kann die betroffene Dienstleistung vor Inkrafttreten der Änderung mit sofortiger Wirkung gekündigt werden».

¹⁴⁷ So gesehen gerät eine voraussetzungslose Gebührenanpassungsklausel in den Verdacht, sie verfolge primär das (illegitime) Ziel, den Kunden mit einer nachträglichen Erhöhung der Entschädigung zu belasten, die diesem im Rahmen einer Individualvereinbarung sachlich nicht überzeugend begründet werden könnte.

¹⁴⁸ Vgl. Art. 19/20 OR. – Ausnahmsweise hat der *Gesetzgeber* eine nachträgliche einseitige Erhöhung einer vertraglichen Hauptleistungspflicht zulasten der Gegenpartei vorgesehen. So kann im *Mietrecht* der Vermieter den Mietzins (oder Nebenkosten) nachträglich einseitig erhöhen, muss dies aber dem Mieter rechtzeitig formgebunden anzeigen, damit letzterer den Vertrag *fristgerecht kündigen* kann, bevor die Erhöhung zur Anwendung gelangt (Art. 269d OR). Zudem kann der Mieter die Zinserhöhung als *missbräuchlich anfechten* (Art. 270b OR).

¹⁴⁹ Art. 27 ZGB. – Es ist allerdings zu beachten, dass ein Schuldner sich grundsätzlich auch über seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hinaus vertraglich gültig verpflichten kann. Vgl. BK-BUCHER, Art. 27 N 152 ff.

¹⁵⁰ Dazu oben, Rz. 48 f.

2. Lauterkeitsrechtliche Inhaltskontrolle von Gebührenanpassungsklauseln

[Rz 52] Ist eine Gebührenanpassungsklausel in *Konsumenten-AGB spezifisch genug* abgefasst, d.h., sind die konkreten *Voraussetzungen* und der *Umfang* der nachträglichen einseitigen Gebührenerhöhung zulasten des Kunden als Konsumenten bestimmt (oder zumindest bestimmbar), stellt sich die Frage, ob die Klausel im Lichte der offenen Inhaltskontrolle von Art. 8 UWG *missbräuchlich* ist.

[Rz 53] Das Vorliegen eines *erheblichen Missverhältnisses* der vertraglichen Rechte und Pflichten ist zu *bejahen*, da die Klausel dem Vermögensverwalter bzw. der Bank erlaubt, die Entschädigung als zentrale vertragliche Leistungspflicht des (Bank-)Kunden nachträglich und *einseitig zu dessen Lasten* zu erhöhen. Unabhängig vom konkreten Ausmass der einseitigen Erhöhung der Entschädigung ist diese Vertragsanpassung qualitativ *erheblich*¹⁵¹, da das Recht des AGB-Verwenders die vertragliche *Hauptleistungspflicht* des (Bank-)Kunden zu verschärfen, die Rechtsposition des Konsumenten spürbar verschlechtert. Dieser könnte nämlich nach dem dispositiven Gesetzesrecht eine nachträgliche Offerte des Vermögensverwalters bzw. der Bank zur Vertragsanpassung (Erhöhung der Entschädigung) ohne jegliche Begründung ablehnen, falls sie ihm als unangemessen erscheint.

[Rz 54] Damit stellt sich die Anschlussfrage, ob dieses Missverhältnis als *treuwidrig* zu qualifizieren ist¹⁵². Mit andern Worten: darf der Vermögensverwalter bzw. die Bank nach *Treu und Glauben* davon ausgehen, der (Bank-)Kunde hätte die nachträgliche und einseitige Gebührenanpassung auch dann vorbehaltlos akzeptiert, wenn sie nicht einseitig vorformuliert in den AGB vorgegeben, sondern von den Parteien *einzelnd ausgehandelt* worden wäre? Dies wird grundsätzlich zu *verneinen* sein, da nicht ohne Weiteres ersichtlich ist, weshalb der (Bank-)Kunde als Konsument die Gegenpartei ermächtigen sollte, nachträglich und einseitig über die Erhöhung der von ihm zu leistenden Entschädigung zu entscheiden, ohne für diese Verschlechterung seiner Rechtsposition eine Gegenleistung zu erhalten¹⁵³. Die Gebührenanpassungsklausel wird deshalb grundsätzlich als *treuwidrig* zu betrachten sein, was die widerlegbare *Vermutung* begründet, dass das Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten auch *ungerechtfertigt*¹⁵⁴ ist. Es obliegt dann dem Vermögensverwalter bzw. der Bank, diese Vermutung durch den Nachweis zu *widerlegen*, dass die für den (Bank-)Kunden nachteilige Gebührenanpassungsklausel durch anderweitige *konkrete Vorteile kompensiert* worden ist, so dass im Ergebnis *kein missbräuchliches* Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten zulasten des Konsumenten vorliegt. Den Nachweis für die Gewährung ausgleichender Vorteile hat der Vermögensverwalter bzw. die Bank aufgrund der *konkreten Umstände des Einzelfalls* zu erbringen (z.B. Gewährung höherer Kontozinsen oder gewisser geldwerter Zusatzleistungen [z.B. keine oder reduzierte Jahresgebühr für die Kreditkarte]).

[Rz 55] Keine Kompensation für die Nachteile der Gebührenanpassungsklausel stellen *allgemeine Hinweise* oder *Zusicherungen* dar. So ist etwa die Zusicherung des Vermögensverwalters bzw. der

¹⁵¹ Zum Begriff der «Erheblichkeit»: PROBST, AGB, N 469 ff.

¹⁵² PROBST, AGB, N 512. – Für weitere Einzelheiten zur Bedeutung der «Treuwidrigkeit»: PROBST, AGB, N 492 ff.

¹⁵³ Man stelle sich nur vor, wie die Bank reagieren würde, wenn der Bankkunde sich das einseitige Recht ausbedingen wollte, die von ihm zu bezahlenden Gebühren einseitig zu senken (z.B. wegen des Kaufkraftverlusts als Folge der Inflation).

¹⁵⁴ Für weitere Angaben zur Frage, wann ein Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten «ungerechtfertigt» ist, vgl. PROBST, AGB, N 477 ff.

Bank¹⁵⁵, der Konsument werde über jede Gebührenerhöhung *frühzeitig informiert*, kein kompensierender Vorteil, da es sich von selbst versteht, dass der Kunde über die höheren (von ihm) zu bezahlenden Gebühren *informiert* werden muss. Sodann stellt die *frühzeitige* Ankündigung *keinen Vorteil* dar, sondern erlaubt es dem Kunden lediglich, sich besser auf die *nachteilige* Erhöhung der von ihm zu bezahlenden Gebühren einzurichten.

[Rz 56] Auch die Zusicherung, dass dem Kunden ein *Kündigungsrecht* zustehe, stellt keinen kompensierenden Vorteil für den Nachteil der Gebührenanpassungsklausel dar, denn als Auftraggeber bzw. Hinterleger hat der (Bank-)Kunde *von Gesetzes wegen* das Recht, das Vertragsverhältnis *ohne besonderen Grund* einseitig zu beenden¹⁵⁶. Das Kündigungsrecht stellt also keinen kompensierenden Vorteil für die Verschlechterung der Rechtsposition des Kunden durch die Gebührenanpassungsklausel dar.

[Rz 57] Angesichts des gesetzlichen Kündigungsrechts des (Bank-)Kunden kann der Vermögensverwalter bzw. die Bank auch nicht argumentieren, der Kunde könne das Vertragsverhältnis problemlos auflösen, falls ihm die nachträgliche einseitige Gebührenerhöhung ungerechtfertigt hoch erscheine. Die Vertragsauflösung stellt für den Kunden *keinen Vorteil*, sondern einen (weiteren) *Nachteil* dar, weil er sich anschliessend – mit entsprechenden Umtrieben¹⁵⁷ – einen neuen Vermögensverwalter bzw. eine neue Bank suchen muss¹⁵⁸. Abgesehen davon hat der AGB-Verwender zur lauterkeitsrechtlichen Rechtfertigung seiner Gebührenanpassungsklausel nicht zu beweisen, dass es für den Kunden möglicherweise einen Weg gibt, sich dem *Nachteil* der Gebührenerhöhung (teilweise) zu *entziehen*, sondern dass er dem (Bank-)Kunden für dessen Verschlechterung der Rechtspositionen einen *konkreten kompensieren Vorteil* gewährt hat.

C. Depottransfergebühren in AGB

[Rz 58] Aus der stattlichen Anzahl von Gebühren, die Vermögensverwalter bzw. Banken von Kunden als Entschädigung für ihre diversen Dienstleistungen verlangen, soll an dieser Stelle – *pars pro toto*¹⁵⁹ – die *Depottransfergebühr* aufgegriffen werden. Darunter ist eine Gebühr zu verstehen, die der (Bank-)Kunde zu bezahlen hat, wenn er seine *Depotwerte* (z.B. Aktien, Obligationen, an-

¹⁵⁵ Vgl. etwa folgende in AGB zu findende Bestimmung: «Der Kunde wird vorgängig schriftlich oder in anderer geeigneter Weise über die Änderung informiert.

¹⁵⁶ Art. 404 OR sowie Art. 475 OR.

¹⁵⁷ Oftmals sehen die AGB vor, dass der Kunde bei einer Übertragung der Depotwerte auf einen andern Vermögensverwalter bzw. auf eine andere Bank *Transfergebühren* in der Grössenordnung von CHF 100 pro «Position» oder «Titel» zu bezahlen hat, was einen zusätzlichen Nachteil darstellt. Vgl. dazu unten Rz. 58 ff.

¹⁵⁸ Ebenfalls nicht relevant ist das Argument, für den (Bank-)Kunden mache es letztlich *keinen Unterschied*, ob er – ohne Gebührenanpassungsklausel in den AGB – die *Offerte* der Bank zur nachträglichen Gebührenerhöhung *ablehne* und deshalb die Bank das Vertragsverhältnis *auflöse*, oder ob die Bank die Gebühren aufgrund der Gebührenanpassungsklausel *einseitig erhöhe* und der (Bank-)Kunde anschliessend das Vertragsverhältnis *beende*. Massgeblich ist nicht, ob bzw. unter welchen Umständen das Vertragsverhältnis beendet wird, sondern vielmehr, ob der (Bank-)Kunde – für die Beeinträchtigung seiner Rechtsposition durch die Gebührenanpassungsklausel – vom AGB-Verwender *konkrete Vorteile* als *Kompensation* erhält oder nicht. – In der Praxis versuchen viele Unternehmen die Kündigung von Vertragsverhältnissen mit Kunden möglichst zu *vermeiden*, da dies ihren Umsatz bzw. Gewinn schmälert und zudem zu einer Reputationseinbusse führen kann. Deshalb versuchen sie über ihre AGB den Kündigungsentscheid möglichst dem Kunden zuzuschieben, da sie aus Erfahrung wissen, dass viele Kunden wegen der mit einer Kündigung verbundenen Umtriebe die nachträgliche Gebührenerhöhung schlussendlich hinnehmen werden.

¹⁵⁹ Diese Auswahl ist ohne Zweifel willkürlich, aber bei einem Zeitschriftenartikel von beschränkter Länge unvermeidlich. Wollte man alle Banken-AGB obligationenrechtlich und lauterkeitsrechtlich erörtern, ergäbe sich ein ziemlich dickes Buch...

dere Wertpapiere) aus dem Depot bei seiner Bank ins Depot zu einer *anderen* Bank, also zu einer *Konkurrentin*¹⁶⁰, transferieren will. Wie sind Bestimmungen über Depottransfergebühren in den AGB aus obligationenrechtlicher (nachstehend, Ziff. 1) und lauterkeitsrechtlicher (nachstehend, Ziff. 2) Sicht zu beurteilen?

1. Obligationenrechtliche Konsens-, Gültigkeits- und Auslegungskontrolle von Depottransfergebühren in AGB

a) Konsenskontrolle

[Rz 59] Unter dem Gesichtspunkt der Konsenskontrolle fällt zunächst auf, dass Banken-AGB wenig bemüht sind, vor Eröffnung eines Depots dem Kunden zur *effektiven* Kenntnis zu verhelfen, dass er im Fall eines späteren *Depottransfers* zu einer *anderen* Bank eine *Transfergebühr* wird bezahlen müssen, die – je nach Diversifikationsgrad seines Depots¹⁶¹ – ziemlich hoch ausfallen kann. Für den Kunden wäre die Kenntnis, dass er bei einem späteren Depottransfer zu einer *anderen* Bank finanzielle Nachteile erleiden wird, jedoch ein relevantes *Entscheidungskriterium* für den Abschluss eines Depotvertrags. Die Tatsache, dass in dieser Hinsicht die Transparenz bei vielen Banken-AGB zu wünschen übrig lässt¹⁶², bleibt nicht ohne rechtliche Folgen: Je nach den konkreten Umständen sind die Voraussetzungen für einen rechtsgenügenden Konsens nämlich nicht erfüllt. So besteht für den Kunden *keine zumutbare Möglichkeit*¹⁶³, von der Existenz und Höhe der Depottransfergebühr Kenntnis zu nehmen, wenn diese in den AGB *nicht spezifisch* erwähnt

¹⁶⁰ Depottransfers *innerhalb* desselben Finanzinstituts oder Konzerns sind jeweils *kostenlos*. Dies legt nahe, dass die Transfergebühr wesentlich auf die *Kundenbindung* abzielt, also das Abwandern von Kunden zur Konkurrenz vermeiden soll.

¹⁶¹ Üblicherweise bezahlt der Kunde umso mehr, je *diversifizierter* seine im Depot gehaltenen Werte sind, weil die Transfergebühr sich typischerweise «pro Position» berechnet. Da dem Kunden regelmässig von der Bank empfohlen wird, im Interesse eines *Risikoausgleichs* ein *diversifiziertes Portfolio* anzulegen, schafft diese Anlagestrategie automatisch die Voraussetzungen dafür, dass ein späterer Depottransfer zur Konkurrenz für den Kunden zu einem ziemlich kostspieligen Unterfangen wird und er damit seine künftige Handlungsfreiheit einschränkt, ohne sich dieses Problems im Moment des Entscheides über die Anlagestrategie bewusst zu sein.

¹⁶² So wird etwa in einem aktuellen Depotreglement ausgeführt, der Kunde könne jederzeit verlangen, dass «ihm die Depotwerte ausgeliefert bzw. zur Verfügung gestellt werden», *ohne* dass auf die dabei fällig werdende *Depottransfergebühr* hingewiesen wird. Im nächsten Artikel ist dann lediglich der allgemeine Hinweis zu finden, die Gebühren der Bank würden sich nach dem «jeweils geltenden Tarif» richten. Nur wenn der Kunde sich die vierseitige Gebührenliste beschafft und diese genau konsultiert, findet er unter der «buchmässigen Auslieferung» von Werttiteln einen Betrag von CHF 135 bzw. 200 «pro Position». – In *anderen* AGB wird in der Gebührenliste erklärt, die Depotsaldierung sei «kostenlos*». Das unscheinbare Sternchen (*) bedeutet gemäss der zugehörigen Fussnote: «exkl. Transaktionen/Auslieferungen». Unter «Auslieferung» stösst der findige Leser dann auf einen Betrag von CHF 100 für die (physische oder buchmässige) Auslieferung von in der Schweiz liegenden Titeln. – In einem weiteren Fall findet sich in den AGB nur die allgemeine Aussage, die Bank behalte sich vor «Zins-, Kommissions- und Gebührenansätze jederzeit neu festzulegen». In der über zwanzigseitigen Preisliste findet der aufmerksam Suchende dann einen Betrag von CHF 100 für die elektronische und CHF 200 für die physische Auslieferung von Aktien.

¹⁶³ Vgl. SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 157 ff.

wird¹⁶⁴ bzw. der Kunde die einschlägigen Informationen aus verschiedenen (mehr oder weniger umfangreichen) Dokumenten selber *zusammensuchen* muss¹⁶⁵.

[Rz 60] Gelangt man zum Schluss, dass für den Kunden keine zumutbare Möglichkeit zur Kenntnisnahme der Klausel über die Depottransfergebühr bestand, mangelt es *a priori* an einem Parteilconsens über deren Inhalt. War dagegen eine zumutbare Kenntnisnahme möglich, stellt sich bei einer *Globalübernahme*¹⁶⁶ die Anschlussfrage, ob die *Verbindlichkeit* der Depottransfergebühr allenfalls an der *Ungewöhnlichkeitsregel* scheitert. Für Kunden, die mit Bankgeschäften *nicht* oder nur *ungenügend vertraut* sind, wird der Umstand, dass sie für den Transfer ihrer Depotwerte zu einer Konkurrenzbank ein «Ablösegeld» bezahlen müssen¹⁶⁷, meist *subjektiv überraschend* sein. Eine solche Klausel erscheint auch *objektiv* überraschend¹⁶⁸, da ein vernünftiger Kunde nach *Treu und Glauben* nicht damit zu rechnen hat, dass der Wechsel zu einer andern Bank mit der Bezahlung einer «Ablösesumme» erkaufte werden muss. Eine solche vertragliche Beschränkung der Handlungsfreiheit widerspricht dem *liberalen Beendigungsregime*, welches das Gesetz für den Hinterlegungsvertrag und den Auftrag vorsieht¹⁶⁹ und läuft insoweit deren Vertragsnatur zuwider¹⁷⁰. Ungewöhnlich bzw. überraschend ist auch der weitere Umstand, dass die Ablösesumme umso höher ausfällt, je *diversifizierter* das Wertschriftendepot ist, wo doch von Vermögensverwaltern und Banken die Diversifikation allgemein als bewährtes Mittel der Risikostreuung befürwortet wird¹⁷¹. Je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls sprechen also gute Gründe dafür, dass die Verbindlichkeit der Depottransfergebühr an der Ungewöhnlichkeitsregel scheitert.

¹⁶⁴ Ein *rechtskonformes* Beispiel wäre etwa folgende Klausel: «Der Kunde kann jederzeit verlangen, dass ihm die Depotwerte ausgeliefert bzw. zur Verfügung gestellt werden. Dabei sind die üblichen Auslieferungsfristen und –kosten zu beachten». [Hervorhebung ergänzt]. Hier kann und muss der Kunde vernünftigerweise verstehen, dass der Transfer des Depots *Kosten* verursacht, weshalb er genügenden Anlass hat, sich nach deren *Höhe* zu erkundigen, sei es durch Konsultation der Gebührenliste oder durch Nachfrage bei der Bank. – Auf eine *Irreführung* des Kunden läuft dagegen folgende Klausel im Depotreglement hinaus: «Unter Vorbehalt von Kündigungsfristen... kann der Kunde jederzeit verlangen, dass ihm die Depotwerte ausgeliefert bzw. zur Verfügung gestellt werden, wobei die üblichen Auslieferungsfristen zu beachten sind». Da diese Bestimmung nur von den *Auslieferungsfristen* spricht, *ohne die anfallenden Kosten* zu erwähnen, obschon sich letzteres aufgedrängt hätte, erweckt sie beim Kunden den falschen Eindruck, ein Depottransfer sei kostenlos. Der Kunde hat daher keinen konkreten Anlass, vor Abschluss des Depotvertrags die Gebührenliste nach Auslieferungskosten zu durchsuchen. Dort ist für einen Depottransfer dann prompt eine Gebühr von CHF 100 «pro Posten» vorgesehen.

¹⁶⁵ Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ist es verständlich, dass Unternehmen versuchen, ihre AGB möglichst in einem *Gesamtdokument* zusammenzustellen, welches allen Kunden bei den unterschiedlichen Vertragsabschlüssen jeweils übergeben werden kann. Damit wird das organisatorische Risiko, dass der Mitarbeiter dem Kunden die falschen AGB übergibt, minimiert. Dieses *unternehmerische* Risiko darf indes *nicht* auf den *Kunden abgewälzt* werden. Es kann nicht Aufgabe des Kunden sein, aus mehr oder weniger umfangreichen AGB-Dokumenten *jene Klauseln herauszusuchen*, die für seinen *konkreten Vertragsabschluss* relevant sind. Vielmehr liegt es in der Verantwortung des AGB-Verwenders, dem Kunden *nur jene AGB* zur Annahme vorzulegen, die den konkreten Vertrag betreffen. Andernfalls riskiert der AGB-Verwender, dass keine *zumutbare Möglichkeit zur Kenntnisnahme* der AGB vorliegt und diese nicht als vereinbart gelten. Das Erfordernis einer zumutbaren Möglichkeit zur Kenntnisnahme muss von der Geschäftspraxis ernst genommen werden und die Gerichte sind dazu berufen, diesem Aspekt entsprechende Nachachtung zu verschaffen. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund einer fortschreitenden Digitalisierung der zeitgenössischen Geschäftstätigkeit gilt es eine weitere *Aushöhlung des Konsensprinzips* zulasten des Kunden zu vermeiden.

¹⁶⁶ In der Praxis entspricht die *Globalübernahme* von AGB der allgemeinen Regel. Vgl. dazu SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 157 ff., insbesondere Fn 202.

¹⁶⁷ Ein Depottransfer *innerhalb* desselben Finanzinstituts oder Konzerns ist – soweit ersichtlich – bei allen Banken *kostenlos*. Die Gebühr erfasst also nur den Depottransfer an *Konkurrenzinstitute*. Mit andern Worten: die Bank will den Kunden möglichst an sich binden, indem sie für einen Wechsel zur Konkurrenz ein «Ablösegeld» verlangt.

¹⁶⁸ SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 171.

¹⁶⁹ Vgl. Art. 475 und Art. 404 OR.

¹⁷⁰ SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 171.

¹⁷¹ Dazu bereits oben, Fn 157.

b) Gültigkeitskontrolle

[Rz 61] Die *Gültigkeitskontrolle* von AGB betreffend Depottransfergebühren hat zu überprüfen, ob diese mit Bestimmungen des *zwingenden Rechts* kollidieren. Im Vordergrund stehen das *Auftragsrecht* (nachstehend, Abschnitt aa) sowie das *Hinterlegungsvertragsrecht* (nachstehend, Abschnitt bb)¹⁷².

aa) Auftragsrecht

[Rz 62] Unter dem Gesichtspunkt des *Auftragsrechts* hängt ein Verstoss gegen zwingendes Gesetzesrecht von den *konkreten* Umständen des Einzelfalls ab, wird im Grundsatz aber eher zu bejahen sein. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das *jederzeitige Widerrufsrecht* des Auftraggebers¹⁷³ *zwingender* Natur und kann weder durch Einzelabrede noch durch AGB wegbedungen oder beschränkt werden¹⁷⁴. Dies gilt sowohl für *reine Auftragsverhältnisse* als auch für *gemischte Verträge* mit Auftragscharakter¹⁷⁵. Eine unzulässige (indirekte) Beschränkung des Kündigungsrechts liegt namentlich bei *Konventionalstrafen* oder ähnlichen *pönalen finanziellen Nachteilen* vor, welche die freie Ausübung des Widerrufsrechts des Auftraggebers beeinträchtigen¹⁷⁶. Zulässig ist dagegen die Vereinbarung einer *Schadenspauschale*, da diese nur den Schaden, welchen die beauftragte Bank durch einen *unzeitigen*¹⁷⁷ Widerruf des Kunden allenfalls erleidet, vorsorglich *quantifiziert*¹⁷⁸.

[Rz 63] Wendet man diese Rechtsprechung auf die Depottransfergebühr an, so ist kaum ersichtlich, inwieweit die Beendigung des Depotverhältnisses für die Depotbank *unzeitig*, d.h. der vom Auftraggeber gewählte *Beendigungsmoment* für die Bank besonders *nachteilig* sein sollte. Die Bank trifft bei Eröffnung eines Kundendepots – einem Massengeschäft – in aller Regel keine spezifischen Vorkehrungen im Vertrauen auf eine bestimmte Mindestdauer des Depots. Sollte sie dies aber tun, handelt sie auf eigenes unternehmerisches Risiko, da sie grundsätzlich jederzeit mit der Auflösung des Depots rechnen muss. Eine Schadenersatzpflicht des Bankkunden wegen unzeitigen Transfers seiner Depotwerte zu einer Konkurrenzbank erscheint daher weitgehend *theoretischer* Natur. Praktisch wird sich eine Depottransfergebühr daher kaum als Schadenspauschale im Sinne von Art. 404 Abs. 2 OR qualifizieren lassen¹⁷⁹. Stattdessen liegt der Schluss nahe, dass solche Gebühren nicht zuletzt auf die *Kundenbindung* ausgerichtet sind. Mit andern Worten: die Depotbank knüpft die Ausübung des (zwingenden) Widerrufsrechts an *finanzielle Nachteile*, um ein

¹⁷² Die *kartellrechtliche* Frage, ob bzw. inwieweit Depottransfergebühren in AGB die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Bankkunden beeinträchtigen und dadurch den freien Wettbewerb zwischen Depotbanken in unzulässiger Weise behindern, wird an dieser Stelle nicht weiterverfolgt.

¹⁷³ Art. 404 Abs. 1 OR.

¹⁷⁴ BGE 115 II 464, 466. – Die zur Zeit hängige *Revisionsvorlage* zu Art. 404 OR, welche in einer Zusatzbestimmung in Art. 404a E-OR festhalten will, dass das jederzeitige Widerrufs- oder Kündigungsrecht zwar durch *Einzelabrede*, *nicht* aber durch *AGB* wegbedungen oder beschränkt werden kann, ändert – nach dem heutigen Verfahrensstand – an der Beurteilung von Klauseln über Depottransfergebühren in AGB nichts. Vgl. Vernehmlassungsunterlagen. BBl 2016 7275. Ferner: RUSCH/MAISSEN, Kündigungsrecht, AJP 2017, 26 ff.

¹⁷⁵ BGE 115 II 464, 466.

¹⁷⁶ BGE 109 II 462, 467 Erw. 4.

¹⁷⁷ Art. 404 Abs. 2 OR.

¹⁷⁸ BGE 140 III 200, 204; BGE 109 II 462, 467 Erw. 4.

¹⁷⁹ Deshalb überrascht es nicht, dass keine AGB gefunden werden konnten, die den Depottransfer *innerhalb* desselben Finanzinstituts oder Konzerns mit einer Transfergebühr belasten. Im Visier der Gebühr sind also nur Depottransfers zu *Konkurrenzunternehmen*.

Abwandern des Kunden zur Konkurrenz zu erschweren bzw. möglichst zu vermeiden. So betrachtet läuft eine Depottransfergebühr im Ergebnis auf eine *monetäre Pönalisierung* der Ausübung des Widerrufsrechts hinaus, was der zwingenden Natur von Art. 404 Abs. 1 OR widerspricht.

[Rz 64] Es gilt nun allerdings zu beachten, dass die Bank für *spezifische Dienstleistungen*, die sie *infolge* der Beendigung des Depotverhältnisses für den Kunden erbringt, Anspruch auf eine *Entschädigung* hat. So leuchtet es etwa ein, dass der Depotbank durch die *physische Auslieferung* von einzel- oder sammelverwahrten Wertschriften¹⁸⁰ ein administrativer Zusatzaufwand entsteht, den der Kunde zu entschädigen hat¹⁸¹. Fraglich ist jedoch die *Höhe* der Entschädigung. Rechtfertigt es sich für die *physische Auslieferung* der Werttitel aus einem risikogerecht diversifizierten Depot für *jeden Posten*¹⁸² die Gebühr zu verlangen, so dass bei zehn Posten ein Gesamtbetrag von CHF 1000 bis 2000 oder mehr resultiert? Ist in so hohen Beträgen nicht eine *monetäre Pön* mitenthalten, die für den Kunden den Depottransfer zu einer Konkurrenzbank finanziell unattraktiv macht und damit sein gesetzliches Widerrufsrecht nach Art. 404 Abs. 1 OR beeinträchtigt? Bei Depottransferkosten in der vorgenannten Höhe scheint es zum Schutze des Kunden angezeigt, von einer natürlichen *Vermutung (praesumptio hominis)* auszugehen, dass letzteres zutrifft. Konsequenterweise obliegt es der Bank, den *Nachweis* zu erbringen, dass ihr der Depottransfer *effektiv* einen administrativen Zusatzaufwand in Höhe der Transfergebühr verursacht¹⁸³. Gelingt ihr dieser Beweis, ist die Depottransfergebühr mit Art. 404 OR vereinbar. Misslingt ihr der Beweis, ist die Depottransfergebühr in den AGB insgesamt *ungültig*, da eine geltungserhaltende Reduktion auf das gesetzlich zulässige Mass abzulehnen ist¹⁸⁴.

[Rz 65] In einer globalisierten und digitalisierten Finanzwelt wird die *physische Auslieferung* von Werttiteln naturgemäss von der *buchmässigen* (bloss noch virtuell existierenden) «Auslieferung» verdrängt, welche mittels computerisierter Kontobuchungen erfolgt. Die digitale Abwicklung der «Auslieferung» von Depotwerten hat den praktischen Vorteil der *Kosten- und Zeitersparnis*. Ob bzw. inwieweit diese Kostenersparnis der Bank in Form tieferer Depottransfergebühren adäquat an den Bankkunden weitergegeben wird, lässt sich letztlich nur am *konkreten Einzelfall* beurteilen. Eine Durchsicht gängiger Banken-AGB lässt gewisse Zweifel an der Höhe gewisser Depottransfergebühren aufkommen. So leuchtet es etwa nicht ein, wenn in gewissen AGB die Gebühr für die physische und die buchmässige «Auslieferung» *gleich hoch* ist (z.B. CHF 100 pro Position). Eine solche Preispolitik nährt den Verdacht, dass die Gebühr für die (kostengünstigere und häufigere) buchmässige «Auslieferung» auf dem Kostenniveau für physische Auslieferungen fixiert worden ist, was für den Kunden den Depottransfer zu einer Konkurrenzbank finanziell unattraktiv macht und die Ausübung seines Widerrufsrechts¹⁸⁵ beeinträchtigt. Analoge Zweifel ergeben sich dort,

¹⁸⁰ Vgl. Art. 973a OR.

¹⁸¹ In den meisten Banken-AGB ist für die physische Auslieferung von Wertpapieren eine Gebühr in der Grössenordnung von CHF 100 bis 500 pro Posten, Position oder Titel vorgesehen.

¹⁸² Zur Unklarheit des Begriffs «Posten» und ähnlicher Begriffe, vgl. unten Rz. 68.

¹⁸³ Der Bankkunde hat keinen Einblick in die Kostenstruktur der Depotbank, weshalb ihm dieser Beweis nicht zumutbar ist. – Ein Hinweis der Depotbank auf den Umstand, dass die Konkurrenzbanken Depottransfergebühren in ähnlicher Höhe vorsehen, ist nicht schlüssig, da jede Depotbank dasselbe Interesse hat, die Kundschaft mit überhöhten Transfergebühren an sich zu binden. Zudem stellen die (meist ungelesenen) AGB für den Bankkunden in aller Regel keinen entscheidungsrelevanten Wettbewerbsparameter dar, weshalb die Höhe der Depotgebühren nicht als das Resultat eines funktionierenden Wettbewerbs betrachtet werden kann. Vgl. dazu PROBST, AGB, 593 f.; PROBST, Wettbewerbsrecht und Konsumentenschutz, Rz. 83 f.

¹⁸⁴ Vgl. SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 145, 291.

¹⁸⁵ Art. 404 Abs. 1 OR.

wo der *Tarifunterschied* zwischen physischer und buchmässiger «Auslieferung» von Depotwerten *relativ gering* ist (z.B. CHF 150 gegenüber CHF 100). Im Weiteren leuchtet kaum ein, dass ein buchmässiger Depottransfer *innerhalb* desselben Konzerns *gratis* sein soll, der Kunde dagegen für einen buchmässigen Depottransfer zu einen *Konkurrenten* eine Gebühr in der Grössenordnung von CHF 100 bis 200 (pro Position) zu bezahlen hat, obwohl der Aufwand für die Depotbank in beiden Fällen ungefähr derselbe sein dürfte. Mit andern Worten: In den vorgenannten Fällen rechtfertigt sich die Annahme, dass die Gestaltung der Gebühren u.a. darauf abzielt, für den Bankkunden den Depottransfer zur Konkurrenz finanziell unattraktiv zu machen, was – im Widerspruch zu Art. 404 Abs. 1 OR – auf eine *monetäre Erschwerung* der Ausübung des *Widerrufsrechts* des Kunden hinausläuft.

bb) Hinterlegungsvertragsrecht

[Rz 66] Gelangt auf den Depottransfer nicht Auftragsrecht sondern *Hinterlegungsvertragsrecht* zur Anwendung, steht dem Hinterleger gemäss Art 475 Abs. 1 OR das zwingende¹⁸⁶ Recht zu, seine Werttitel *jederzeit herauszuverlangen*. Eine Ersatzpflicht trifft ihn nur, falls der Aufbewahrer für die Zeit der bestimmten Vertragsdauer (nutzlos gewordene) Aufwendungen getätigt hat. Dies wird bei Wertschriftendepots in der Regel nicht zutreffen. Der Depotvertrag wird normalerweise für eine unbestimmte Dauer abgeschlossen, wobei die Bank im Voraus keine besonderen Aufwendungen für die ganze (offene) Vertragsdauer machen wird. Vor diesem Hintergrund werden sich Depottransfergebühren kaum je als pauschalisierte Aufwandentschädigung interpretieren lassen. Sie werden in der Regel die *freie Ausübung* des Herausgabeanspruchs des Bankkunden nach Art. 475 Abs. 1 OR *beeinträchtigen* und insoweit mit dieser zwingenden Bestimmung kollidieren, was ihre Ungültigkeit zur Folge hat.

cc) Fazit

[Rz 67] Im Rahmen der Gültigkeitskontrolle ist jeder *Einzelfall* jeweils im Lichte der *konkreten Umstände* zu prüfen, was einer allgemeinen Beurteilung gewisse Grenzen setzt. Dennoch ergibt sich aus den vorangehenden Erörterungen, dass sowohl nach *Auftragsrecht* als auch nach *Hinterlegungsvertragsrecht* *ernste Gründe* dafür sprechen, dass einige in der Bankenpraxis verwendete Klauseln über Depottransfergebühren zulasten des Bankkunden mit dem *zwingenden Recht* nicht vereinbar sind.

c) Auslegungskontrolle

[Rz 68] Mit Blick auf die *Auslegungskontrolle* fällt auf, dass in Banken-AGB für viele Kunden die *Bemessungsgrundlage* zur Berechnung der Depottransfergebühr *unklar* sein dürfte. Dem meist lakonischen Hinweis, der Tarifbetrag sei «pro Posten», «pro Position», «pro Titel» oder «pro Va-

¹⁸⁶ Nach herrschender Meinung ist das Recht des Hinterlegers auf Herausgabe der hinterlegten Sache *zwingender* Natur (vgl. TERCIER/BIERI/CARRON, N 6062; BARBEY RICHARD, in: Thévenoz/Werro, Commentaire romand, Codes des obligations I, 2. Auflage, Basel 2012, Art. 475 N 5 [im Folgenden: CR CO I-BARBEY,]) und kann folglich nicht wegbedungen oder beschränkt werden.

lor» geschuldet, fehlt es an Klarheit¹⁸⁷. Wieviel muss ein Bankkunde zahlen, wenn er ein Depot transferieren möchte, welches fünf Nestlé Aktien, drei Obligationen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und zwei Immobilienfondsanteile umfasst. Ist die Transfergebühr zehnmal, viermal oder dreimal geschuldet? Ergibt sich durch Auslegung im konkreten Einzelfall kein schlüssiges Resultat, so ist aufgrund der *Unklarheitenregel*¹⁸⁸ die begriffliche Unklarheit *zulasten* des *AGB-Verwenders* auszulegen, d.h. im Ergebnis gilt die für den Kunden *günstigste* Auslegung¹⁸⁹.

2. Lauterkeitsrechtliche Inhaltskontrolle von Depottransfergebühren

[Rz 69] Bei Depottransfergebühren in *Konsumenten-AGB* kommt neben der obligationenrechtlichen AGB-Kontrolle die *offene Inhaltskontrolle* des Lauterkeitsrechts¹⁹⁰ zur Anwendung. Diese prüft, ob die Gebührenklausel allenfalls *missbräuchlich* ist.

[Rz 70] Das primäre Erfordernis, nämlich das Vorliegen eines *erheblichen Missverhältnisses* zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten¹⁹¹, ist erfüllt, wenn die Klausel die Rechtsposition des Bankkunden spürbar beeinträchtigt bzw. zu beeinträchtigen sucht. Diese Voraussetzung ist bei Depottransfergebühren gegeben. Ohne AGB, wonach der Bankkunde beim Transfer seines Depots zu einer Konkurrenzbank eine Transfergebühr zu bezahlen hat, gilt *auftragsrechtlich* eine Entschädigungspflicht *nur* dann, wenn die Beendigung des Depotverhältnisses für die Bank zur *Unzeit* erfolgt – was kaum je zutrifft¹⁹² – oder wenn infolge der Beendigung des Depotverhältnisses die Bank für den Kunden besondere (entgeltliche) Dienstleistungen erbringt¹⁹³. Auch nach *Hinterlegungsvertragsrecht* trifft den Kunden grundsätzlich *keine* Entschädigungspflicht¹⁹⁴. Falls also die Gebührenklausel eine Entschädigungspflicht *zulasten* des Bankkunden vorsieht, die über seine *gesetzlichen Pflichten hinausgeht*, zielt sie auf eine *Verschlechterung* der Rechtslage des Kunden und damit auf ein Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten ab. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die allfällige obligationenrechtliche *Ungültigkeit* einer Depottransfergebühr an deren lauterkeitsrechtlichen Missbräuchlichkeit *nichts* ändert. Nach dem UWG liegt unlauteres Wettbewerbsverhalten bereits in der *Verwendung* missbräuchlicher Klauseln begründet¹⁹⁵, *ohne* dass diese Klauseln *gültig vereinbart* zu sein brauchen¹⁹⁶. Das weitere Erfordernis der *Erheblichkeit* des festgestellten Missverhältnisses zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten ist bei einer Klausel, die gegen zwingendes Recht verstösst, ebenfalls erfüllt¹⁹⁷.

¹⁸⁷ Obschon der erforderliche redaktionelle Aufwand minim wäre, fanden sich keine AGB, die anhand eines *konkreten Beispiels* aufzeigen, wie die Bemessungsgrundlage zur Berechnung der Transfergebühr zu bestimmen ist.

¹⁸⁸ Für nähere Einzelheiten dazu: SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 207.

¹⁸⁹ PERRIG, AGB, N 260.

¹⁹⁰ Art. 8 UWG.

¹⁹¹ Ibidem.

¹⁹² Dazu oben, Rz. 63.

¹⁹³ Näheres dazu oben, Rz. 64.

¹⁹⁴ Dazu oben, Rz. 66.

¹⁹⁵ Näheres dazu: SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 235 ff.

¹⁹⁶ SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 254, Fn 420. – Dieser Unterschied ist etwa mit Blick auf eine *abstrakte Inhaltskontrolle* (bei Klagen einer *Konsumentenschutzorganisation*) von Bedeutung, da im Fall der obligationenrechtlichen Ungültigkeit der Depottransfergebühr ein Bankkunde regelmässig kein eigenes Interesse an einem lauterkeitsrechtlichen Verfahren hat und damit auch kein solches Verfahren anstrengen wird.

¹⁹⁷ Vgl. dazu SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 254.

[Rz 71] Damit stellt sich die Frage, ob das erhebliche Missverhältnis als *treuwidrig* zu qualifizieren ist¹⁹⁸. Darf die Bank nach *Treu und Glauben* davon ausgehen, der Kunde hätte die Depottransfergebührklausel, soweit sie eine Entschädigungspflicht über den gesetzlichen (zulässigen) Umfang hinaus vorsieht, auch dann vorbehaltlos akzeptiert, wenn sie von der Bank nicht einseitig vorformuliert in den AGB vorgegeben, sondern von den Parteien *einzel*n ausgehandelt worden wäre? Dies wird man grundsätzlich *verneinen* können, da nicht ersichtlich ist, weshalb der Bankkunde (als schwacher Konsument) seine Bank über die gesetzliche Entschädigungspflicht hinaus begünstigen sollte, ohne für diese Verschlechterung seiner Rechtsposition eine Gegenleistung zu erhalten. Demzufolge wird die Klausel über die Depottransfergebühren grundsätzlich als *treuwidrig* zu qualifizieren sein, was seinerseits die widerlegbare *Vermutung* begründet, dass das Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten auch *ungerechtfertigt*¹⁹⁹ ist. Es obliegt also der Bank, diese Vermutung durch den Nachweis zu *widerlegen*, dass die für den Kunden nachteilige Depottransfergebührenklausel durch anderweitige *konkrete Vorteile kompensiert* worden ist und somit im Ergebnis zulasten des Konsumenten *kein missbräuchliches* Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten gegeben ist. Diesen Beweis hat die Bank jeweils aufgrund der *konkreten Umstände des Einzelfalls* zu erbringen.

3. Ergebnis und Durchsetzungsprobleme

[Rz 72] Im Lichte der vorstehenden Erörterung kann als Ergebnis festgehalten werden, dass die *Rechtsgültigkeit* von Klauseln über Depottransfergebühren – sowohl aus *obligationenrechtlicher* wie auch aus *lauterkeitsrechtlicher* Sicht – *fraglich* ist und solche Klauseln – je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls – für den Bankkunden *unverbindlich* sind.

[Rz 73] Die *Durchsetzung* dieser Rechtslage kann sich für den Bankkunden allerdings als schwierig erweisen, da die Bank ihre Depottransfergebühren meist direkt dem *Kundenkonto belasten*, und es dann am Kunden liegen wird, den Rechtsweg zu beschreiten, falls er zu seinem Recht kommen möchte. Aus Zeit- und Kostengründen wird er dies im Normalfall nicht tun und auf einen Prozess verzichten. Dies erklärt weshalb zahlreiche AGB zwar ein *rechtlich prekäres*, aber *faktisch* dennoch *langes Leben* führen. Eine Verminderung dieser bedenklichen Diskrepanz zwischen einer *Rechtslage zugunsten des Kunden* und einer *Geschäftsrealität zu seinen Lasten* wird wohl nur durch gezielte Pilotprozesse von Konsumentenschutzorganisationen zu erreichen sein, solange AGB-Verwender sich von kurzfristigen und kurzsichtigen Aspekten leiten lassen.

IV. Schlussfolgerungen

[Rz 74] AGB sind für eine gut funktionierende Wirtschaft *unentbehrlich* und liegen im Interesse aller am Wirtschaftsprozess Beteiligten. Dennoch haben sie einen schlechten Ruf und dies nicht ohne Grund. Zu viele AGB werden von ihren Verwendern dazu benutzt, um den Kunden *Nachteile aufzubürden*, die diese im Rahmen einer Individualabrede nicht vorbehaltlos hinnehmen würden. Als Folge davon hat mit der starken Verbreitung von AGB in den letzten Jahrzehnten

¹⁹⁸ PROBST, AGB, N 512. – Für weitere Einzelheiten zur Bedeutung der «Treuwidrigkeit»: PROBST, AGB, N 492 ff.

¹⁹⁹ Für weitere Angaben zur Frage, wann ein Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten «ungerechtfertigt» ist, vgl. PROBST, AGB, N 477 ff.

eine graduelle *Aushöhlung* des *Konsensprinzips* stattgefunden, die von der *Ungewöhnlichkeitsregel* nicht ausreichend hat aufgefangen werden können. Mit der fortschreitenden *Digitalisierung* wird sich diese Tendenz noch verschärfen, was für niemanden eine erfreuliche Perspektive ist: Für den Kunden nicht, weil er noch mehr Nachteile, die eigentlich zum klassischen *Unternehmensrisiko* gehören, wird tragen müssen, und für den AGB-Verwender nicht, weil er mit seinen einseitigen AGB letztlich an jenem Ast sägt, auf dem er sitzt. Verlieren immer mehr Kunden ihr *Vertrauen* in die Wirtschaft, dürfte dies – früher oder später – zu Verwerfungen führen, die weit über die AGB-Problematik hinausreichen könnte. Wer daher AGB formuliert, sollte dies – im langfristigen *Eigeninteresse* – nach der *Maxime* tun, ob er nach *Treu und Glauben* davon ausgehen darf, der Kunde würde den Inhalt der AGB auch als *Einzelabrede* ohne Weiteres akzeptieren. Die Anwendung dieses – nun in Art. 8 UWG enthaltenen – Massstabs sollte ausreichen, um die AGB-Problematik entscheidend zu entschärfen. Die eigenverantwortliche Vermeidung unbilliger Geschäftspraktiken ist gleichzeitig der effizienteste Schutz vor einer staatlichen Überregulierung, welche die Wirtschaft immer öfters beklagt.

Prof. THOMAS PROBST ist ordentlicher Professor für Obligationenrecht, Europäisches Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Freiburg, wo er insbesondere Obligationenrecht, Haftpflichtrecht, Europäisches Privatrecht, Konsumentenschutzrecht und Internationales Vertragsrecht doziert.