

Peter Gauch*

Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB**

- I. Meine AVB-Sammlung
- II. Die vorformulierte Beschränkung der Bankhaftung
- III. Die Rechtsbehelfe der Kunden
- IV. Drei allgemeine Bemerkungen
- V. Einwände gegen meinen Beitrag
- VI. Die Reformbedürftigkeit der Bankbedingungen

Jeder Beitrag hat seine Geschichte. Die Geschichte dieses Beitrages begann damit, dass Frau Prof. *Susan Emmenegger* von der Universität Bern mich eines Tages bat, an der Schweizerischen Bankrechtstagung 2006 über die Haftung der Banken und deren AVB zu sprechen.

Die Einladung hatte mich gefreut. Ich habe zugesagt und meinen Vortrag am 3. Februar 2006 in Bern gehalten. Davon sind mir die Notizen geblieben, die ich zum Vortragen brauchte. Und diese Notizen kommen mir jetzt zustatten, da ich das Gesagte, wie versprochen, auch noch schriftlich formulieren soll, was nur unvollständig gelingen kann, weil dem Schreiben das Spontane der Rede abgeht. Aber auch sonst vermag das nachträglich Geschriebene das vormals Gesprochene nicht exakt zu wiederholen. Wenn ein Mensch sich sogar ausserstande sieht, einen Laut zweimal in der gleichen Weise auszusprechen, wie sollte er dann in der Lage sein, das mündlich Vorgetragene in schriftliche Worte zu fassen, die genau das wiedergeben, was er gesagt hat?

I. Meine AVB-Sammlung

Natürlich hatte ich mich auf den Vortrag vorbereitet. Das gehört sich. Und ausserdem war es das erste Mal, dass ich mich mit den AVB (den Allgemeinen Vertragsbedingungen) der Banken beschäftigte. Selbst die AVB meiner eigenen Bank, deren Kunde ich bin, hatte ich bis dahin noch nicht gelesen, geschweige denn die AVB anderer Banken. Ich musste mir also zunächst *ein Bild der gebräuchlichen Banken-AVB* verschaffen, wozu ich

mir mit Hilfe von *Markus Brühlhart*¹ eine zweckdienliche Sammlung zusammenstellte.

1. Die AVB-Sammlung, auf die ich mich abstütze, enthält die *Allgemeinen Vertragsbedingungen von Schweizer Banken*. Es ist keine vollständige, aber wie mir scheint, eine doch repräsentative Sammlung. Sie umfasst vorformulierte und damit Allgemeine Vertragsbedingungen grosser, grösserer und kleiner Banken, eingeschlossen auch die Bedingungen von Kantonalbanken.

Diese Allgemeinen Vertragsbedingungen, welche die Banken für ihre Bankgeschäfte verwenden (kurz: die «Bankbedingungen»), kommen in verschiedenen Erscheinungsformen vor. Stellt man auf das primäre Einteilungskriterium ab, so gibt es einerseits die *Gesamtbedingungen*, die unter Vorbehalt von Sonderbedingungen für alle Geschäfte bestimmt sind. Andererseits gibt es die vorformulierten *Sonderbedingungen für einzelne Geschäftsparten*, die sich z.B. auch in Standardformularen für Verwaltungsaufträge oder in so genannten «Reglementen» (z.B. in einem «Depot- und Metallkontoreglement», einem «Reglement für Spargelder» oder einem «Reglement für die Vermietung von Tresorfächern») finden. Die Banken selbst gebrauchen den Ausdruck «Allgemeine Geschäftsbedingungen» nur für ihre Gesamtbedingungen. Der Sache nach sind aber auch die vorformulierten Sonderbedingungen Allgemeine Vertragsbedingungen, weshalb ich sie mitverstanden habe, als ich an der Tagung in Bern über die Banken-AVB sprach und sie auch hier (beim Schreiben) wiederum mitverstehe.

2. Die gesammelten AVB verschiedener Schweizer Banken stimmen in weiten Teilen überein. Die *Konkordanz* ist unverkennbar, obgleich sich inhaltliche Variationen und sprachliche Differenzen beobachten lassen. Dieses Mass an Einmütigkeit, welche die Banken in ihren Allgemeinen Vertragsbedingungen zur Schau tragen,² hat es mir erheblich erleichtert, das gewünschte Bild von den ge-

* Dr. iur., Dr. h.c., Ordentlicher Professor an der Universität Freiburg und Ständiger Gastprofessor an der Universität Luzern.

** Der Beitrag von *Peter Gauch* hängt mit der Schweizerischen Bankrechtstagung 2006 zusammen, die Frau Prof. *Susan Emmenegger* in Bern durchgeführt hat. Er wurde primär für den Tagungsband geschrieben, den *Susan Emmenegger* unter dem Titel «Bankhaftungsrecht» beim Verlag Helbing & Lichtenhahn (Basel 2006) herausgibt. Mit ihrem Einverständnis und mit einer leicht veränderten Einleitung erscheint er auch in der vorliegenden Zeitschrift.

¹ Herr lic. iur. *Markus Brühlhart* ist Assistent an meinem Lehrstuhl. Er hat nicht nur das Sammeln der Bankbedingungen übernommen, sondern hat zusammen mit seinem Mitassistenten, lic. iur. *Fabian Wäger*, auch das Manuskript meines Beitrages korrigierend durchgesehen. Beiden danke ich herzlich für die Mithilfe. *Markus Brühlhart* danke ich namentlich auch für seine unzähligen E-Mails und Telefonanrufe an Banken, deren Mitarbeiter nicht immer auf den ersten Anieb bereit waren, mit den AVB ihrer Banken herauszurücken.

² Vgl. auch *Eugen Bucher*, recht 1997, 49: «Ohne dahingehende formelle Absprache folgen die Banken bei der Redaktion ihrer AGB mehr oder weniger denselben vorgegebenen Modellen.»

bräuchlichen Banken-AVB zu gewinnen. Ob sich darunter auch ein kartellrechtlich relevanter Sachverhalt im Sinne einer unzulässigen Wettbewerbsabrede (Art. 4 und 5 KG) verbirgt,³ bedürfte einer näheren Abklärung, allenfalls einer Vorabklärung durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Art. 26 KG). Damit habe ich mich nicht befasst. Dagegen wurde mir im Nachgang zu meinem Vortrag verschiedentlich zu bedenken gegeben, dass die festgestellte Konkordanz schon seit vielen Jahren bestehe⁴ und heute ihren Grund darin habe, dass es ausformulierten AVB nun einmal eigen sei, sich nicht nur über lange Zeit hinweg fortzupflanzen, sondern auch als Vorlage für spätere AVB anderer zu dienen. Offenbar verhält es sich mit den Allgemeinen Vertragsbedingungen der Banken ähnlich wie mit den Invasionspflanzen, denen eine besondere Stabilität und eine ausgesprochene Tendenz zur Ausbreitung nachgesagt wird.

II. Die vorformulierte Beschränkung der Bankhaftung

Der *Gesichtspunkt*, unter dem ich die gesammelten Bankbedingungen gelesen habe, ist vor allem die Art und Weise, wie sie mit dem *vertraglichen Haftungsrisiko der Banken* gegenüber ihren Bankkunden umgehen.⁵ Bei der Lektüre ist mir eine durchgehende Tendenz der vorformulierten Bankbedingungen aufgefallen, die Vertragshaftung der jeweiligen Bank zum Nachteil ihrer Kunden erheblich einzuschränken,⁶ was mich an die unfreundlichen Vertragsbedingungen von Leasingfirmen der Automobilbranche erinnerte.⁷ Ich muss gestehen,

dass ich vom Ausmass der Einschränkung überrascht war, liess ich mich doch bis anhin von den Hochglanzprospekten der Banken und von den Bankhäusern verleiten, die den Eindruck gediegener Kundenfreundlichkeit vermitteln. Auf folgende Punkte will ich besonders hinweisen:

1. Die studierten AVB der Banken (unter Einschluss der Sonderbedingungen) enthalten verschiedene Regeln, welche im jeweiligen Zusammenhang (namentlich auch im Zusammenhang mit Übermittlungsfehlern oder Verwaltungsaufträgen) die Haftung der Bank⁸ auf ein «*grobes Verschulden*» (oder auf «*grobe Fahrlässigkeit*») beschränken, was einer Freizeichnung für leichtes Verschulden⁹ entspricht. Bisweilen sind die einschlägigen Bestimmungen auch so formuliert, dass die Bank «keine Haftung für leichtes Verschulden übernimmt», dass die Bankhaftung «für leichtes Verschulden von Organen und Hilfspersonen» ausgeschlossen¹⁰ oder dass die Haftung verneint wird, «sofern die Bank kein grobes Verschulden» trifft.¹¹ Vereinzelt wird sogar die gesetzliche Beweislastverteilung umgekehrt, indem es etwa heisst: «Eine Haftpflicht der Bank wird für verschlossene Depots nur insoweit übernommen, als ihr grobe Fahrlässigkeit als Ursache des Schadens nachgewiesen werden kann.»¹²

Wenn in den AVB (und dementsprechend auch hier) vom Verschulden oder der Fahrlässigkeit «*der Bank*» die Rede ist, handelt es sich um eine verkürzte Ausdrucksweise, die sich über die Organe hinaus auch auf die Hilfspersonen der Bank be-

³ Vgl. dazu *Hubert Stöckli*, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Diss. Freiburg 1999/AISUF 182 104 ff.

⁴ Früher gab es noch Muster-AGB, die von privaten Vereinigungen (z.B. von der Schweizerischen Bankiervereinigung) ausgearbeitet wurden (vgl. *Daniel Guggenheim*, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, 3. Aufl., Zürich 1986, 37).

⁵ Welchen Einfluss die von einem konkreten Kunden übernommenen Bankbedingungen auf eine allfällige Deliktshaftung der Bank haben, bleibt in meinem Beitrag unerörtert. Auch verzichte ich auf allgemeine Ausführungen zum Rechtsverhältnis, das die Bank mit dem jeweiligen Kunden verbindet. Diesbezüglich verweise ich auf *Wolfgang Wiegand*, Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der AGB-Problematik, in: *Wiegand* (Herausgeber), Aktuelle Probleme im Bankrecht, Bern 1994, 129 ff.

⁶ Zur vereinbarten Beschränkung der Vertragshaftung im Allgemeinen vgl. z.B. *Martina Buol*, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Diss. Freiburg, Zürich 1996, und *Ingeborg Schwenzer*, Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung, in: *Alfred Koller* (Herausgeber), Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998, 99 ff.; beide mit weiteren Literaturhinweisen.

⁷ Dass ich gerade *daran* erinnert wurde, hat mit der Freiburger Strassenverkehrsrechtstagung 2006 zu tun, wo unter anderem die Allgemeinen Geschäftsbedingungen solcher Leasingfirmen zur Sprache kamen. Vgl. *Hubert Stöckli*, Verträge und AGB beim Autokauf, in: *Stöckli/Werro* (Herausgeber), Strassenverkehrsrechtstagung, Bern 2006, 30 f./32 f., und *Franz Werro*, L'achat et le leasing d'un véhicule automobile: regard critique sur les conditions générales, in: *Werro/Stöckli* (Herausgeber), Journées du droit de la circulation routière, Bern 2006, 58 ff.

⁸ In meinem Beitrag verzichte ich darauf, die jeweilige Verwendungs-Bank beim Namen zu nennen; dies auch in den zitierten Bankbedingungen, selbst wenn im Originaltext der Firmenname steht.

⁹ Das «*leichte*» Verschulden verstehe ich als Gegenbegriff zum «*groben*» Verschulden. Damit übernehme ich die Zweiteilung, die das Gesetz in Art. 100 f. OR für die Vertragshaftung verwendet, indem es der «*rechtswidrigen Absicht*» und «*groben Fahrlässigkeit*» (Art. 100 Abs. 1 OR) das «*leichte Verschulden*» gegenüberstellt (Art. 100 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 3 OR). Ein «*leichtes*» Verschulden ist nach dieser zweigliedrigen Begrifflichkeit also jedes Verschulden, das sich nicht als grobes Verschulden im Sinne des Art. 100 Abs. 1 OR qualifiziert. Es schliesst das «*mittlere*» Verschulden ein, wenn man mit einem Teil der Lehre auch für das Gebiet der Vertragshaftung zwischen «*grobem*», «*mittlerem*» und «*leichtem*» Verschulden unterscheiden will. Soweit in den AVB der Banken eine Vertragshaftung für «*leichtes*» Verschulden ausgeschlossen wird, muss davon ausgegangen werden, dass damit jedes Verschulden unterhalb des groben Verschuldens (Art. 100 Abs. 1 OR) gemeint ist. Vorbehalten bleibt, dass das Gericht bei einer individuellen Auslegung der betreffenden Bestimmung zu einem anderen Auslegungsergebnis gelangt.

¹⁰ Zum «*leichten*» Verschulden, für das die Haftung ausgeschlossen wird, vgl. die vorstehende Anmerkung.

¹¹ Beispiel: «Die Bank übernimmt keine Haftung irgendwelcher Art in Bezug auf die Vermögensverwaltung, sofern kein grobes Verschulden ihrerseits vorliegt.»

¹² Von Gesetzes wegen trägt der Schuldner die Beweislast dafür, dass ihn kein Verschulden trifft (Art. 97 Abs. 1 OR). Haftet er nur für grobes Verschulden, weil seine Haftung für leichtes Verschulden wirksam wegbedungen wurde, so hat er zu seiner Exkulpation zu beweisen, dass es an einem groben Verschulden fehlt (zutreffend: *Wolfgang Wiegand*, Basler Kommentar, 3. Auflage, N 5 zu Art. 100 OR).

zieht.¹³ Bei der Haftung für eine Hilfsperson kommt es nach Art. 101 OR indes nicht auf deren *persönliches* Verschulden, sondern darauf an, ob das Verhalten der Hilfsperson dem Geschäftsherren zum Verschulden (allenfalls zum Vorwurf der Fahrlässigkeit) gereichen würde, falls er gleich gehandelt hätte wie der Gehilfe,¹⁴ was bei einer Bank auf das hypothetische Verschulden der massgeblichen Organe hinausläuft. Mit dieser Präzisierung sind auch die einschlägigen Bankbedingungen und sind meine eigenen Ausführungen zu verstehen, wenn darin vom Verschulden oder der Fahrlässigkeit der Hilfspersonen die Rede ist. Ausserdem ist anzumerken:

Soweit das Verschulden, für das die Bank nach Massgabe ihrer AVB eintreten will, nur mit «grober Fahrlässigkeit» umschrieben wird, bleibt die «rechtswidrige Absicht» (Art. 100 Abs. 1 OR) zwar unerwähnt. Eine Beschränkung der Haftung auf «grobe Fahrlässigkeit» kann jedoch vernünftigerweise nicht so verstanden werden, dass bei «rechtswidriger Absicht» (der potenzierten Form des groben Verschuldens) eine Haftung entfallen soll. Die Formulierung beruht entweder auf einem Versehen des Verfassers oder auf der unrealistischen Vorstellung, dass vom Fall einer «rechtswidrigen Absicht» abstrahiert werden könne, weil er bei einer Bank nicht vorkomme.

2. Das vorformulierte Bemühen, die Bank nur für grobes Verschulden haften zu lassen, findet eine Entsprechung in Allgemeinen Bankbedingungen, wonach der *Schaden, der aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln und Fälschungen entsteht*, vom Kunden zu tragen ist, sofern die Bank kein grobes Verschulden trifft.¹⁵ Solche Bestimmungen befassen sich nicht mit der Vertragshaftung im üblich verstandenen Sinne.¹⁶ Vielmehr überwälzen sie einen Schaden, den die Bank dadurch erleidet, dass sie einem Unberechtigten leistet, auf den betreffenden Kunden.¹⁷ Dass die

Überwälzung bloss bei *grobem Verschulden der Bank* unterbleiben soll, wie die Bedingungen verschiedener Banken vorsehen, widerspricht den Grundsätzen des allgemeinen Legitimationsrechts, wonach ein Schuldner, der an den Nichtberechtigten leistet, gegenüber seinem Gläubiger einzig dann befreit wird, wenn er den Ansprecher wegen eines entschuldbaren und überdies durch den Gläubiger mitverursachten Irrtums für berechtigt hielt,¹⁸ wobei auch ein leichtes Verschulden die Entschuldbarkeit des Irrtums ausschliesst.¹⁹ Auf den Bankverkehr bezogen, hält *Eugen Bucher*²⁰ fest, dass die Bank von Gesetzes wegen ausschliesslich dann berechtigt ist, Fehlvergütungen dem Konto des Kunden anzulasten, wenn diese in der einen oder anderen Form vom Kontoinhaber veranlasst worden sind. Dass der vom Inhaber des Kontos veranlasste Irrtum der Bank ausserdem «entschuldbar» sein muss, wird in diesem Satz nicht speziell hervorgehoben. Hingegen wird klar gemacht, dass ein Kunde, der die Fehlvergütung weder so noch anders veranlasst hat, den Schaden nach allgemeinen Grundsätzen selbst dann nicht übernehmen muss, wenn die Bank überhaupt kein Verschulden trifft.²¹ Von der soeben genannten Regel weichen auch solche Bankbedingungen ab, die den Schaden vorbehaltlos auf den Kunden überwälzen, sobald die Bank die übliche Sorgfalt angewendet hat.²²

3. Die Beschränkung auf grobes Verschulden der Bank ist nicht die einzige Methode, deren sich die Banken-AVB bedienen, um die Vertragshaftung der Bank zum Nachteil der Kunden zu beschränken. *Andere Beschränkungen* haben einen mehrfach verschiedenen Inhalt. So wird in den vorformulierten Vertragsbedingungen etwa bestimmt, dass die Bank bei «Nichtausführung» oder «verspäteter» («resp. mangelhafter») Ausführung von Aufträgen lediglich für den «unmittelbaren Scha-

¹³ Vorbehalten bleibt der mögliche Fall, dass die Auslegung der betreffenden Bankbedingungen etwas anderes ergibt, wenn sie als Bestandteil eines konkreten Vertrages auszulegen sind.

¹⁴ Vgl. z.B. BGE 130 III 605; *Gauch/Schluep/Rey*, Schweizerisches Obligationenrecht, AT II, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2003, Nr. 2883/2884 ff.; *Wolfgang Wiegand*, Basler Kommentar, 3. Auflage, N 11 ff. zu Art. 101 OR.

¹⁵ Beispiele: «Den aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln oder Fälschungen entstehenden Schaden trägt der Kunde, ausser die Bank hat ihre Sorgfaltspflichten in grober Weise verletzt.» Oder: «Schäden, die aus dem Nichterkennen von Fälschungen und Legitimationsmängeln, namentlich aus Unterschriften- und Dokumentenfälschungen, entstehen, trägt der Kunde, sofern die Bank kein grobes Verschulden trifft.»

¹⁶ Vgl. BGE 112 II 454.

¹⁷ Vgl. dazu *Eugen Bucher*, Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankenverkehr?, recht 1997 42; *Erich Rüegg*, Leistung des Schuldners an einen Nicht-Gläubiger, Diss. Freiburg 1990/AISUF 98 131; *Wolfgang Wiegand*, zit. in Fn. 5, S. 153 f.; ZR 97 1998, Nr. 90, S. 215.

Eine Schadensüberwälzung bezwecken im Übrigen auch jene Bankbedingungen, die den Schaden aus mangelnder Handlungsfähigkeit auf den Kunden übertragen (vgl. *Erich Rüegg*, a.a.O., 132).

Beispiel: «Der Kunde trägt jeden Schaden, der aus mangelnder Handlungsfähigkeit seiner Person oder Dritter entsteht, es sei denn, sie sei bezüglich seiner Person in einem schweizerischen Amtsblatt publiziert und bezüglich Dritter der Bank schriftlich mitgeteilt worden.» Kritisch zu einer solchen Bestimmung, die nicht einmal ein grobes Verschulden der Bank vorbehält: *Wolfgang Wiegand*, zit. in Fn. 5, S. 155.

¹⁸ Vgl. *Peter Jäggi*, Zürcher Kommentar, N 40 zu Art. 966 OR.

¹⁹ In einem Fall, da den Schuldner ein nur leichtes Verschulden trifft, ist freilich möglich, dass er gegenüber dem Gläubiger, der den Irrtum mitverursacht hat, in einem vom Richter zu bestimmenden Umfang von der Leistung befreit wird (vgl. *Peter Jäggi*, zit. in Fn. 18, N 40 zu Art. 966 OR).

²⁰ *Eugen Bucher*, zit. in Fn. 17, S. 42 f.; im gleichen Sinne auch ZR 97 1998, Nr. 90, S. 216.

²¹ Vgl. auch BGE 112 II 454.

²² Beispiel: «Unterschriften- bzw. Legitimationsprüfung. Schäden, die durch mangelhaften Ausweis über die Verfügungsberechtigung oder durch Fälschungen entstehen, trägt der Kunde, sofern die Bank allfällige Mängel trotz Anwendung der üblichen Sorgfalt nicht erkennen konnte.»

den» hafte; dass sie höchstens für den Ersatz des Zinses aufkomme; oder dass sie nur für den Zinsausfall einstehe, wenn sie im Einzelfall nicht auf die Gefahr eines darüber hinausgehenden Schadens hingewiesen worden sei. Oder es wird im Rahmen von Depotreglementen die Haftung der Bank auf den unmittelbaren Schaden oder/und auf den deklarierten Wert des Depots begrenzt. Die Beispiele lassen sich vermehren. In Sonderbedingungen für das «Online-Banking» ist beispielsweise zu lesen, dass die Bank keinerlei Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit der von ihr übermittelten Internetbanking-Daten übernimmt; dass sie die Haftung für die von ihr gelieferte (oder empfohlene) Software ablehnt; und dass die Haftung für Schäden, die dem Kunden aus der Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtungen entstehen,²³ sowie die Haftung für indirekte Schäden und Folgeschäden ausgeschlossen sei.

Bisweilen knüpfen die vorformulierten Bankbedingungen bei der geschuldeten Sorgfalt an, indem eine Bank sich etwa verpflichtet, «die Depotwerte des Deponenten mit der gleichen Sorgfalt aufzubewahren, zu verbuchen und zu verwalten wie die eigenen», was auf eine Beschränkung der Sorgfaltshaftung auf eine Haftung für Sorgfalt «quam in suis» hinausläuft.²⁴ Andere Bestimmungen sprechen von einer «notwendigen» oder «üblichen» («allgemein üblichen» oder «banküblichen») Sorgfalt, zu der sich die Bank z.B. bei der Ausführung eines Vermögensverwaltungsvertrages verpflichtet. Die Kombination einer solchen Bestimmung mit einer Beschränkung der Haftung auf grobes Verschulden²⁵ könnte prima vista zur Ansicht verleiten, die (allgemein) übliche Sorgfalt der Banken reiche nicht über die Vermeidung grober Unsorgfalt hinaus. Das aber ist gewiss nicht der Fall und würde auch von keiner Bank behauptet. Vielmehr verhält es sich so, dass die erwähnte Haftungsbeschränkung in einem unausgewogenen Verhältnis zur übernommenen Verpflichtung steht, indem sie die Verpflichtung zur üblichen Sorgfalt auf der Ebene

der Haftung teilweise wieder entwertet.²⁶ Was die Bank auf der Verpflichtungsebene zusagt, dafür will sie auf der Haftungsebene nicht voll einstehen.²⁷

4. Die Haftung der Bank kann auch *mittelbar* beschränkt werden. Einer solchen Beschränkung dient etwa die Bestimmung, wonach bei der Rückgabe eines verschlossenen Depots «die vorbehaltslose Empfangsbestätigung» (oder «die Rückgabequittung») des Deponenten «die Bank von jeglicher Haftung befreit».²⁸ Von praktisch grosser Bedeutung sind aber vor allem die vorformulierten *Beanstandungsklauseln*, welche die Bankkunden mit Reklamationspflichten und bei deren Verletzung mit einer Genehmigungsfiktion belasten, die sich nachteilig auf deren Haftungslage auswirkt.²⁹ Exemplarisch für eine einschlägige Klausel ist die folgende Bankbedingung:

«Reklamationen des Kunden wegen Ausführung oder Nichtausführung von Aufträgen jeder Art oder Beanstandungen von Rechnungs- oder Depotauszügen sowie anderer Mitteilungen sind sofort nach Empfang der diesbezüglichen Anzeige, spätestens aber innert der von der Bank angesetzten Frist, anzubringen, ansonst die Ausführung bzw. Nichtausführung sowie die entsprechenden Auszüge und Mitteilungen als genehmigt gelten; unterbleibt eine Anzeige, so hat die Beanstandung zu erfolgen, sobald die Anzeige dem Kunden im üblichen Geschäftsablauf hätte zugehen müssen.»

Diese Bestimmung unterstellt dem Kunden, der die rechtzeitige Reklamation (Beanstandung)

²⁶ Anders verhält es sich freilich, wenn eine Bank die Haftung für gehörige Sorgfalt übernimmt, gleichzeitig aber die Haftung für leichtes Verschulden ablehnt (Beispiel: «Die Bank haftet für gehörige Sorgfalt bei der Ausführung dieses Auftrages. Sie haftet weder für leichtes Verschulden von Organen und Hilfspersonen noch für ...»). Eine solche Satzkombination, welche nicht zwischen der Verpflichtungs- und der Haftungsebene unterscheidet, ist in sich widersprüchlich, wenn man richtigerweise annimmt, dass eine Bankhaftung für «gehörige Sorgfalt» auch die Haftung für leichte Sorgfaltsverletzungen einschliesst. Wären leichte Sorgfaltsverletzungen für einen Bankbetrieb nicht «ungehörig», so wäre es mit der «gehörigen Sorgfalt» einer Bank schlecht bestellt.

²⁷ So verhält es sich auch dann, wenn eine Bank zwar nicht die «übliche» Sorgfalt verspricht, in ihrem Depotreglement aber erklärt, sie verwahre, verbuche und verwalte die Depotwerte «mit der gleichen Sorgfalt wie die eigenen», hafte jedoch «nur, sofern sie ihre Sorgfaltspflichten in grober Weise verletzt» habe. Oder analog für den Kontext der Legitimationsprüfung: «Bei Sparkonten verpflichtet sich die Bank zur Prüfung der Unterschriften der Kunden mit der üblichen Sorgfalt. Den aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln und Fälschungen entstehenden Schaden trägt der Kunde, sofern die Bank kein grobes Verschulden trifft.»

²⁸ Pro memoria: Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen wirkt sich eine Quittung lediglich auf die Beweislage, nicht auf den Bestand einer Verpflichtung aus (vgl. dazu *Marius Schraner*, Zürcher Kommentar, N 41 zu Art. 88 OR; *Frédéric Krauskopf*, Die Schuldanerkennung im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Freiburg 2003/ AISUF 222 32).

²⁹ Zu dieser Art der Haftungsbeschränkung vgl. *Karl Spiro*, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984, 325, Anm. 1, zweiter Absatz. Eingehend: *Viktor Aeppli*, Zur Inhaltsproblematik allgemeiner Geschäftsbedingungen, dargestellt anhand vorformulierter Klauseln von Banken, ZSR 119 2000 I, 99 ff.

²³ Die Formulierung lässt im Unklaren, ob mit den Verpflichtungen, die nicht erfüllt werden, vertragliche Pflichten des Kunden oder solche der Bank gemeint sind. Handelt es sich um Verpflichtungen der Bank, für deren Nichterfüllung die Bankhaftung ausgeschlossen wird, so würde sich der zusätzliche Haftungsausschluss für «indirekte Schäden und Folgeschäden» logisch erübrigen. Handelt es sich um Verpflichtungen des Kunden, so bedürfte es keines Haftungsausschlusses, da die Bank ihrem Kunden für dessen eigene Vertragsverletzungen ohnehin nicht haftet. Einschlägige Bedingungen anderer Banken sind genauer und so formuliert, dass es sich um Verpflichtungen des Kunden handelt.

²⁴ Vgl. dazu *Oser/Schönenberger*, Zürcher Kommentar, N 5 zu Art. 99 OR.

²⁵ Beispiel: «Bei der Ausübung dieses Vermögensverwaltungsvertrages übt die Bank die allgemein übliche Sorgfalt aus. Die Bank haftet nur für grobfahrlässige oder in rechtswidriger Absicht getroffene Anlageentscheide.»

versäumt, eine Genehmigungserklärung, ohne dass es auf sein wirkliches Erklärungsverhalten ankommt. Nach dem fachtechnischen Verständnis der Regel wird die Genehmigung unwiderlegbar vermutet, also fingiert, was den Kunden erheblich belastet. Durch den letzten Satz der Regel wird die Genehmigungsfiktion bei verspäteter Beanstandung sogar auf Fälle erstreckt, in denen die Bank eine nach dem üblichen Geschäftsablauf zu erwartende Anzeige gar nicht abgeschickt hat.³⁰ Über die Wirkung der fingierten Genehmigung schweigt die Bestimmung sich dagegen aus. Offensichtlich hat es die Meinung, dass der Kunde, der eine rechtzeitige Reklamation unterlassen hat, sich auf Fehler der Bank (auch hinsichtlich der Ausführung oder Nichtausführung von Aufträgen) nicht mehr berufen kann, soweit die Fehler aus der tatsächlich erfolgten Anzeige erkennbar waren oder bei unterbliebener Anzeige hätten erkannt werden können, wenn die Anzeige erfolgt wäre.³¹ Bestimmungen anderer Banken sehen nur (aber immerhin) vor, dass der Kunde den aus der verspäteten Beanstandung entstandenen Schaden zu tragen habe, was eine Haftung für den bei rechtzeitiger Beanstandung vermeidbaren Schaden ausschliesst, aber keine Genehmigungsfiktion bezüglich der schädigenden Handlung darstellt.³² Soweit in einer anwendbaren Beanstandungsklausel eine «schriftliche» Reklamation verlangt wird, dient die verlangte Schriftform lediglich dem Beweis Zweck, ist also keine Voraussetzung für die Beachtlichkeit der Erklärung. Denn Art. 16 Abs. 1 OR findet keine Anwendung auf Erklärungen, die keine Rechtsgeschäfte sind und den Erklärenden nicht belasten.³³

Für die Genehmigung von Rechnungsauszügen im Kontokorrentverkehr gibt es oft eigene Bestimmungen.³⁴ Mit der Genehmigung solcher Rechnungsauszüge befasse ich mich nicht im Speziellen.

III. Die Rechtsbehelfe der Kunden

Mit den vorstehend erwähnten (vorformulierten) Vertragsbestimmungen, welche die Vertragshaftung der jeweiligen Bank beschränken, habe ich

mich auf *eine Auswahl* haftungsbeschränkender Bankbedingungen konzentriert. Aus der Sicht der Kunden, die solche Bedingungen als Vertragsbestandteil übernommen haben, stellt sich *die Frage, wie sie ihnen nach geltendem Recht begegnen können*. Verschiedene Möglichkeiten bieten sich an, namentlich die folgenden:

1. Soweit die Vertragshaftung der Bank auf grobes Verschulden beschränkt, für leichtes Verschulden also wegbedungen wird, greift die zutreffende Rechtsprechung des Bundesgerichts, die den Betrieb einer Bank mit der *Ausübung eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes* gleichsetzt.³⁵ Das bedeutet, dass die Freizeichnung für leichtes Verschulden «nach Ermessen des Richters als nichtig betrachtet werden» kann, soweit es um das Verschulden der (rechtlichen oder faktischen)³⁶ Bankorgane geht (Art. 100 Abs. 2 OR). Anders verhält es sich bezüglich der Hilfspersonenhaftung. Sie darf bei obrigkeitlich konzessioniertem Gewerbe zwar nicht überhaupt (Art. 101 Abs. 2 OR), aber doch «für leichtes Verschulden»³⁷ wegbedungen werden (Art. 101 Abs. 3 OR).

Dem Gesagten zufolge liegt es im Ermessen des entscheidenden Gerichts (Art. 4 ZGB), ob die *Wegbedingung der Bankhaftung für leichtes Verschulden der Organe* wirksam ist oder nicht. Kriterien für diesen Entscheid hat das Bundesgericht z.B. in BGE 112 II 455 entwickelt. Dabei hat es zu Recht auch auf das Schutzbedürfnis der Kunden gegenüber den von einer Bank verwendeten AVB hingewiesen.³⁸ Meines Erachtens dürfte es sich im Normalfall und insbesondere bei Konsumentenverträgen rechtfertigen, die Bank trotz gegenteiliger Abrede auch für leichtes Verschulden ihrer Organe haften zu lassen, wenn die vereinbarte Beschränkung auf grobes Verschulden sich aus einer vorformulierten Vertragsbedingung der Bank ergibt. Dafür spricht schon der Umstand, dass der Kunde gemeinhin gar keine andere Wahl hat, als die AVB der von ihm gewählten Bank mit der betreffenden Bestimmung zu übernehmen, da die vorformulierten Bankbedingungen meistens nicht verhandelbar sind. Ausserdem besteht weder ein rechtlich schützenswertes Interesse der mit staatlicher Bewilligung operierenden Banken, sich von der Haftung für leichtes Verschulden der Organe freizuzeichnen, wenn man von allenfalls möglichen Sonderfällen absieht; noch ist die Branchenüblich-

³⁰ Davon zu unterscheiden ist der Fall der «banklagernd zu haltenen Post». Für sie wird etwa bestimmt, dass sie («im Zweifel» oder überhaupt) an dem Datum als zugestellt gilt, das sie trägt.

³¹ Vgl. z.B. den Entscheid BGr. 4C.194/2005 vom 28. September 2005, auf den ich später (unter Ziff. V/3) zurückkommen werde.

³² Vgl. auch Viktor Aepli, zit. in Fn. 29, S. 101; Wolfgang Wiegand, zit. in Fn. 5, S. 151.

³³ Gauch/Schluemp/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, AT I, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2003, Nr. 610, unter Verweis auf BGE 128 III 215.

³⁴ Beispiel: «Wenn die Rechnungsauszüge der Bank nicht spätestens innert eines Monats beanstandet werden, gelten sie als genehmigt ... Die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung des Rechnungsauszuges schliesst die Genehmigung aller in ihm enthaltenen Posten sowie allfälliger Vorbehalte der Bank in sich.»

³⁵ Grundlegend: BGE 112 II 455; bestätigt durch BGr. 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002, E 2.

³⁶ Vgl. Gauch/Schluemp/Rey, zit. in Fn. 14, Nr. 2909.

³⁷ Gemeint: Leichtes hypothetisches Verschulden des Geschäftsherrn (vgl. oben Ziff. II/1); Alfred Koller, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Diss. Freiburg, Zürich 1980, 115.

³⁸ Ebenso: BGr. 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002, E 3.

keit einer solchen Freizeichnung ein Umstand, der dafür spricht, sie im Anwendungsbereich des Art. 100 Abs. 2 OR gelten zu lassen. In der Lehre wird denn auch gesagt, dass im Anwendungsbereich des Art. 100 Abs. 2 OR «jeglicher Haftungsausschluss» der Bank, «somit auch jener für leichtes Verschulden, grundsätzlich unwirksam» sei.³⁹

Demgegenüber darf, wie bereits erwähnt, eine *Hilfspersonenhaftung der Bank* für leichtes Verschulden von Gesetzes wegen wegbedungen werden.⁴⁰ Art. 101 Abs. 3 OR, der hierzu einschlägig ist, enthält keine Regel, die es dem Gericht erlaubt, eine solche Abrede nach seinem Ermessen für nichtig zu erklären. Indes liesse sich rechtlich argumentieren, dass die Bank mit Rücksicht auf die Komplexität und die wirtschaftliche Bedeutung ihres Betriebes und das daraus fließende Schädigungspotenzial nach Treu und Glauben verpflichtet sei, den Betriebsablauf zum Schutze des einzelnen Vertragskunden so zu organisieren, dass zumindest die dem eigenen Betrieb zugehörigen Hilfspersonen nach Möglichkeit daran gehindert werden, Vertragsverletzungen gegenüber den Vertragspartnern der Bank zu begehen. Bejaht man eine solche Pflicht im Sinne einer vertraglichen Nebenpflicht, wofür auch der ausgesprochene Vertrauenscharakter der massenhaft abgeschlossenen Bankgeschäfte spricht, so trifft die für die Organisation des Geschäftsbetriebes verantwortlichen Organe ein für die Vertragshaftung relevantes (Organisations-)Verschulden, wenn die durch eine Hilfsperson begangene Vertragsverletzung bei geeigneter Organisation hätte vermieden werden können. Und das wiederum führt zurück zu Art. 100 Abs. 2 OR, wonach es im Ermessen des Gerichtes liegt, die Wegbedingung der Bankhaftung auch für leichtes Verschulden der Organe als nichtig zu betrachten.

Die Bestimmung des Art. 100 Abs. 2 OR befasst sich nur mit *Haftungsabreden*, also nicht mit Vertragsklauseln, die den Schaden einer Vertragspartei auf die andere Partei überwälzen. Folglich findet sie keine unmittelbare Anwendung auf Bankbedingungen, wonach der Schaden, den eine Bank aus *dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln und Fälschungen* erleidet, vom Kunden zu tragen ist. Auf solche Abreden bringt das Bundesgericht die Bestimmung des Art. 100 Abs. 2 OR jedoch sinngemäss zu Anwendung, was bedeutet, dass der Richter die Abrede als nichtig betrachten kann, wenn und soweit sie den Schaden auch bei leichtem Organverschulden auf den Kun-

den überwälzt.⁴¹ Bei einer Überwälzung trotz groben Verschuldens käme Art. 100 Abs. 1 OR analog zur Anwendung.

2. Nach Art. 100 Abs. 1 OR ist «eine zum voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, ... nichtig». Nach Massgabe dieser Bestimmung kann die Vertragshaftung der Bank für grobes Organverschulden weder vollständig noch teilweise wegbedungen werden. Somit ist auch eine zum Voraus vereinbarte Einschränkung (nicht nur der vollständige Ausschluss) dieser Haftung nichtig.⁴² Worin die Einschränkung besteht, macht dabei keinen Unterschied. Es genügt, dass sie darauf abzielt, die Haftungslage des Geschädigten auf die eine oder andere Weise zu verschlechtern. Dementsprechend erfasst Art. 100 Abs. 1 OR z.B. auch Abreden, welche die Haftung auf den unmittelbaren Schaden oder auf einen bestimmten Höchstbetrag begrenzen⁴³ oder sie derart (mittelbar) einschränken, dass sie bei nicht rechtzeitiger Reklamation des Kunden durch eine Genehmigungsfiktion beseitigt wird.⁴⁴ Auch solche Abreden bleiben nach Art. 100 Abs. 1 OR wirkungslos, soweit sich die Haftung der Bank aus einem groben Organverschulden ergibt.

Das Gesagte gilt sinngemäss im *Anwendungsbereich der Art. 100 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 3 OR*.⁴⁵ Gestützt auf Art. 100 Abs. 2 OR kann das Gericht auch eine Abrede, wonach die Haftung der Bank für leichtes Verschulden der Organe bloss eingeschränkt werden soll, als nichtig betrachten. Und Art. 101 Abs. 3 OR schliesst die Wirksamkeit auch einer Abrede aus, welche die Hilfspersonenhaftung der Bank für grobes Verschulden nur einschränkt. All das bezieht sich auf Abreden, die «zum Voraus» getroffen wurden, sei es individuell oder durch die Übernahme vorformulierter Vertragsbedingungen.

3. Nach Art. 398 Abs. 2 OR haftet der Beauftragte dem Auftraggeber «für getreue und sorgfältige

⁴¹ Grundlegend: BGE 112 II 450 ff.; dazu *Erich Rüegg*, zit. in Fn. 17, S. 133 ff.

⁴² Vgl. *Eugen Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 2. Auflage, Zürich 1988, S. 348, Anm. 77; *Martina Buol*, zit. in Fn. 6, S. 66 und 73; *Gauch/Schluemp/Rey*, zit. in Fn. 14, Nr. 2825.

⁴³ Vgl. BGE 115 II 479; *Wolfgang Wiegand*, Basler Kommentar, 3. Auflage, N 4 zu Art. 100 OR.

⁴⁴ Vgl. sinngemäss BGr. 4C.157/2003 vom 2. November 2004, E 3.3. Nach BGr. 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002, E 4.3 kann eine «in den AGBs der Banken ... vereinbarte Genehmigungsfiktion» auch «durch den Nachweis umgestossen werden, dass die Bank um die tatsächliche Nichtgenehmigung wusste». Worauf das Bundesgericht diese Ansicht gründet, nachdem die Genehmigungsfiktion gerade nicht von einem erklärten Genehmigungswillen abhängt, lässt es im zitierten Entscheid offen.

⁴⁵ Vgl. *Martina Buol*, zit. in Fn. 6, S. 73 und 88.

³⁹ So: *Gauch/Schluemp/Rey*, zit. in Fn. 14, Nr. 2833, unter Hinweis auf *Eugen Bucher*.

⁴⁰ Explizit auch *Gauch/Schluemp/Rey*, zit. in Fn. 14, Nr. 2899.

Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes». Nach einem Teil der Lehre kann diese Haftung nicht (auch nicht für leichtes Verschulden) wegbedungen werden, weil der Beauftragte begriffsnotwendig ein sorgfältiges Tätigwerden schulde.⁴⁶ Teilt man den besagten Standpunkt, so scheidet eine Wegbedingung der Bankhaftung schon am Auftragsrecht, sofern der konkrete Bankvertrag dem gesetzlichen Auftragsrecht untersteht. Einige Autoren wollen das aus dem Auftragsrecht hergeleitete Freizeichnungsverbot noch auf andere Dienstleistungsverträge ausdehnen, für die ein sorgfältiges Tätigwerden des Leistungserbringers ebenfalls typisch ist.⁴⁷

Die überwiegende Lehrmeinung lehnt den erwähnten Standpunkt ab und lässt es, was die Wegbedingung der Haftung betrifft, auch im Gebiete des Auftragsrechts bei den allgemeinen Bestimmungen der Art. 100 und 101 OR bewenden.⁴⁸ Ohne hier auf die Einzelheiten der Argumentation einzutreten, erachte ich diese (überwiegende) Meinung für richtig. Eine andere Frage freilich ist, wie es sich dann verhält, wenn eine Bank in ihren Vertragsbedingungen die sorgfältige Ausführung eines Geschäftes vertraglich zusichert (indem sie sich z.B. zur üblichen Sorgfalt verpflichtet), ihre Haftung aber gleichzeitig (namentlich auf grobes Verschulden) beschränkt. In einem solchen Fall könnte man vorbringen, dass das vertragliche Sorgfaltsversprechen der vereinbarten Haftungsbeschränkung ohne weiteres vorgehe, weshalb die Beschränkung schon aus diesem Grunde unwirksam sei.⁴⁹ Da indes Verpflichtung und Haftung zu unterscheiden sind,⁵⁰ erscheint mir eine derartige Regel nicht für begründet. Damit schliesse ich aber nicht aus, dass die Interpretation des konkreten Vertrages zum Ergebnis führen kann, dass eine vorformulierte Haftungsbeschränkung nicht gelten soll, soweit eine Verletzung der vertraglich versprochenen Sorgfalt in Frage steht. Dabei denke ich vor allem auch an haftungsbeschränkende Bedingungen, die im übernommenen AVB-Werk der Bank getrennt vom vorformulierten Sorgfaltsversprechen platziert sind.

4. Über die angeführten Gesetzesbestimmungen hinaus stehen dem Kunden der Bank auch die Hilfsmittel zur Verfügung, welche die Lehre und

Rechtsprechung zur *Geltungskontrolle Allgemeiner Vertragsbedingungen* entwickelt haben.⁵¹ Im Vordergrund steht der Grundsatz, wonach individuelle Abreden den Allgemeinen Vertragsbedingungen vorgehen, der aber im Bankgeschäft eine praktisch nur geringe Rolle spielt, da individuell vereinbarte Abweichungen von den vorformulierten Bankbedingungen, gemessen am gesamten Bankenverkehr, relativ selten sind. Von grösserer Wichtigkeit ist die *Ungewöhnlichkeitsregel*, die besagt, dass Allgemeine Bedingungen, mit der eine global zustimmende Partei nicht gerechnet hat und aus ihrer Sicht zur Zeit des Vertragsabschlusses auch nicht rechnen musste, unverbindlich bleiben.⁵² Diese Regel bezweckt, eine Vertragspartei, die eine vorformulierte Vertragsbedingung ohne deren Kenntnis oder Verständnis übernommen hat,⁵³ vor Überraschungen zu schützen. Sie wird nicht schon dadurch ausser Kraft gesetzt, dass in den übernommenen AVB steht, der Kunde habe die ihm übergebenen Bankbedingungen ausdrücklich anerkannt.

Überraschend kann für einen branchenfremden Bankkunden z.B. auch ein vorformulierter Haftungsausschluss der Bank für leichtes Verschulden oder eine fingierte Genehmigung sein, welche die Bankbedingungen an sein Verhalten knüpfen. Die Mehrheit der Bankkundschaft muss jedenfalls nicht damit rechnen, die Bank lehne es in den vorformulierten Bedingungen ab, für volle Sorgfalt voll einzustehen, nachdem sogar die Bankenkommission bei der Erteilung der Betriebsbewilligung davon ausgegangen ist, dass «die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen... Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten» (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG). Und was die Genehmigungsfiktion der Beanstandungsklauseln angeht, so dürften viele Kunden von der Fiktion einer Genehmigung und/oder deren Folgen überrascht sein, welche die von ihnen übernommenen Bankbedingungen mit einer nach Massgabe dieser Bedingungen verspäteten Reklamation verbinden.⁵⁴

Die Tatsache, dass Bankbedingungen mit dem erwähnten Inhalt für Bankverträge üblich sind, vermag die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel nicht ohne weiteres auszuschliessen, wenn man bedenkt, wie erheblich sie vom geltenden

⁴⁶ Nachweise bei *Gauch/Schluelp/Rey*, zit. in Fn. 14, Nr. 2839. Grundsätzlich zustimmend, wenn auch mit gewissen Differenzierungen: *Wolfgang Wiegand*, Basler Kommentar, 3. Auflage, N 6 zu Art. 100 OR.

⁴⁷ So z.B. *Wolfgang Wiegand*, zit. in Fn. 46, N 6 zu Art. 100 OR.

⁴⁸ So z.B. *Heinrich Honsell*, Schweizerisches Obligationenrecht, BT, 7. Auflage, Bern 2003, 317; *Franz Werro*, Commentaire Romand, N 46 zu Art. 398 OR; *Rolf Weber*, Basler Kommentar, 3. Auflage, N 34 zu Art. 398 OR; *Gauch/Schluelp/Rey*, zit. in Fn. 14, Nr. 2839, mit weiteren Verweisen. Offen gelassen in BGE 124 III 165.

⁴⁹ Vgl. sinngemäss dazu *Ingeborg Schwenzler*, zit. in Fn. 6, S. 109 f.

⁵⁰ Vgl. auch *Karl Spiro*, zit. in Fn. 29, S. 326 f.

⁵¹ Vgl. den Überblick bei *Gauch/Schluelp/Schmid*, zit. in Fn. 33, Nr. 1138 ff.

⁵² Vgl. dazu *Gauch/Schluelp/Schmid*, zit. in Fn. 33, Nr. 1141 ff., mit weiteren Verweisen.

⁵³ Für eine Übernahme ohne Kenntnisnahme spricht nach *Alfred Koller* (Schweizerisches Obligationenrecht I, Bern 1996, 366) eine tatsächliche Vermutung.

⁵⁴ Das Letztere wird durch eine Aussage des Schweizerischen Bankenombudsman bestätigt, die sein Jahresbericht 2004 auf S. 7 enthält.

Gesetzesrecht abweichen. Dazu kommt, dass die Dienstleistungen der Banken immer häufiger als «Produkte» und somit wie «Waren» angeboten werden, was bei der Kundschaft die kaufähnliche Erwartung einer fehlerfreien Leistung erwecken kann.⁵⁵ Wird ausserdem in einer «Produktbeschreibung» oder sonstwie angepriesen, dass eine Bank «auf höchste Seriosität setzt», dass «Sicherheit und Erfolg oberste Priorität» haben oder dass die Kunden bei ihrer Geldanlage «genau den gewünschten Effekt» erzielen,⁵⁶ so wird eine solche Erwartung noch verstärkt.⁵⁷ Jedenfalls aber können die Banken nicht leichthin auf die Akzeptanz ihrer haftungsbeschränkenden Bedingungen vertrauen.⁵⁸ Das gilt z.B. auch für Bankbedingungen, welche die Haftung auf einen Höchstbetrag begrenzen.

Von der Ungewöhnlichkeitsregel zu unterscheiden ist die *Unklarheitsregel*, die bei den vorformulierten Bedingungen zur Anwendung kommt, noch bevor sich die Frage nach der Wirksamkeit stellt. Die Gesamtbedingungen der Banken werden zwar häufig durch eine Deklaration eingeleitet, wonach sie einer klaren Regelung der gegenseitigen Geschäftsbeziehungen dienen.⁵⁹ In Wirklichkeit aber sind die Gesamt- und die Sonderbedingungen der Banken nicht so formuliert, dass sie durchwegs den Anforderungen einer guten Mittelbarkeit genügen, wenn man auf den Adressatenkreis der überwiegend rechtsunkundigen und mit der Rechtssprache unvertrauten Bankkunden abstellt. Schon deshalb, aber auch sonst, ist nicht ausgeschlossen, dass deren Auslegung zu einem unklaren Ergebnis führt.⁶⁰ Alsdann spielt die Regel, wonach unklare Vertragsbedingungen zu Ungunsten derjenigen Vertragspartei auszulegen sind, die sie formuliert oder zur Verwendung vorgeschlagen hat.⁶¹ Davon profitiert bei Banken-AVB

der Kunde. Steht etwa in den Bedingungen, dass die Bank bei der Ausführung eines Auftrages «für gehörige Sorgfalt», aber doch nur für grobes Verschulden hafte, so ist diese widersprüchliche und dementsprechend unklare Haftungsbestimmung⁶² richtigerweise so auszulegen, dass die Beschränkung der Haftung auf grobes Verschulden entfällt.

5. Die Ungewöhnlichkeitsregel dient, wie erwähnt, dem Schutz gegen überraschende Vertragsbedingungen.⁶³ Mit der Unklarheitsregel hat sie gemeinsam, dass sie nicht auf einer expliziten Anordnung des Gesetzgebers beruht. Im Gesetz verankert ist dagegen *die Regel des Art. 8 UWG*, die gegen «missbräuchliche Geschäftsbedingungen» (Randtitel) ankämpft, indem sie bestimmt, dass «unlauter handelt ..., wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen».

In der Rechtspraxis hat die Bestimmung des Art. 8 UWG leider nur wenig bewirkt,⁶⁴ wohl nicht zuletzt auch deswegen, weil sie in der Lehre von Anfang an auf mannigfache Kritik gestossen ist.⁶⁵ Indes könnte Art. 8 UWG gerade auch im Zusammenhang mit den haftungsbeschränkenden AVB der Banken von Nutzen sein, wenn man nur dazu überginge, das Tatbestandselement der «Irreführung» zeitgemäss auszulegen.⁶⁶ Die umstrittene Frage, ob «missbräuchliche Geschäftsbedingungen» im Sinne des Art. 8 UWG von vornherein nichtig sind, wie die wohl überwiegende Lehre annimmt,⁶⁷ oder ob der Vertragspartner des Verwenders dem Richter beantragen kann, sie in Anwendung des Art. 9 Abs. 1 lit. b UWG nichtig erklären zu lassen,⁶⁸ ist sekundärer Natur und wäre durch die Rechtsprechung autoritativ zu klären.⁶⁹

6. Schliesslich ist zurückzukommen auf die eingangs erwähnte Tatsache, dass die von mir ge-

⁵⁵ Vgl. *Wolfgang Wiegand*, zit. in Fn. 5, S. 137.

⁵⁶ «Mit der richtigen Würze erreichen Sie auch bei Ihrer Geldanlage genau den gewünschten Effekt.» So der Text in einer Werbeschüre.

⁵⁷ Dass die Ungewöhnlichkeit einer vorformulierten Vertragsbestimmung auch vor dem Hintergrund einer einschlägigen Werbung zu beurteilen ist, wird in der Lehre anerkannt (vgl. *Gauch/Schluemp/Schmid*, zit. in Fn. 33, Nr. 1141b).

⁵⁸ Vgl. dazu auch *Walter Fellmann*, der dem Beauftragten in Zusammenhang mit Art. 398 OR sogar einen Vertrauensmissbrauch vorwirft, wenn er den Auftraggeber veranlasst, ungelesene oder unverständene Haftungsbeschränkungen zu seinem Nachteil zu übernehmen (Berner Kommentar, N 518 zu Art. 398 OR, unter weitgehender Anlehnung an *Rainer Schumacher*). Eine solche Klausel sei nichtig, wenn sie nicht speziell ausgehandelt und vom Auftraggeber in voller Kenntnis ihrer Tragweite akzeptiert worden sei. Eine Ausnahme greife nur Platz, wenn der Auftraggeber geschäftserfahren oder sachverständig vertreten gewesen sei (N 519 zu Art. 398 OR).

⁵⁹ Beispiel: «Die nachstehenden Bedingungen dienen einer klaren Regelung der gegenseitigen Beziehungen zwischen den Kunden und der Bank.»

⁶⁰ Vgl. z.B. Fn. 23.

⁶¹ Vgl. dazu *Gauch/Schluemp/Schmid*, zit. in Fn. 33, Nr. 1231 ff., mit weiteren Verweisen.

⁶² Vgl. das Beispiel in Fn. 26.

⁶³ In der Rechtsprechung wird sie bisweilen auch zu einer verdeckten Inhaltskontrolle herbeigezogen (vgl. z.B. *Ingeborg Schwenzer*, zit. in Fn. 6, S. 108).

⁶⁴ So z.B. auch *Franz Werro*, *L'achat et le leasing*, zit. in Fn. 7, S. 11.

⁶⁵ Vgl. dazu *Gauch/Schluemp/Schmid*, zit. in Fn. 33, Nr. 1155, mit weiteren Verweisen.

⁶⁶ Vgl. dazu *Gauch/Schluemp/Schmid*, zit. in Fn. 33, Nr. 1154, mit weiteren Verweisen; neuerdings: *Hubert Stöckli*, *Verträge und AGB*, zit. in Fn. 7, S. 26 f.

⁶⁷ Vgl. die Nachweise bei *Gauch/Schluemp/Schmid*, zit. in Fn. 33, Nr. 1156 f., wo diese Meinung jetzt ebenfalls vertreten wird (anders noch in der Voraufgabe).

⁶⁸ So z.B. *Peter Gauch*, *Baurecht* 1987, 57 f.

⁶⁹ In BGE 119 II 448 wurde die Frage offen gelassen.

sammelten Banken-AVB weitgehend übereinstimmen. Sollte der beobachteten Konkordanz eine *unzulässige Wettbewerbsabrede* (Art. 4 und 5 KG) zugrunde liegen, so wäre der unternehmerisch tätige Bankkunde allenfalls befugt, übernommene Bankbedingungen nach Art. 13 lit. a KG für ungültig erklären zu lassen.⁷⁰

IV. Drei allgemeine Bemerkungen

Dem vorangegangenen dritten Teil möchte ich nun einige Bemerkungen hinzufügen, die das Gebiet des juristisch Handwerklichen verlassen. Es handelt sich um *drei allgemeine Bemerkungen*:

1. Der *schweizerische Bankenplatz* präsentiert sich mit haftungsbeschränkenden Bankbedingungen der geschilderten Art in einem ungünstigen Licht. Die betreffenden Vertragsbedingungen sind keineswegs kundenfreundlich. Ausserdem vermitteln die Banken, die sie verwenden, den Eindruck, dass sie selber nicht auf ihre eigene Sorgfalt und Zuverlässigkeit vertrauen, weshalb sie durch ihre Bankbedingungen versuchen, sich den Haftungsfolgen ihrer Fehler zulasten der Kunden in einem erheblichen Umfang zu entziehen. Dies steht im Kontrast zum bereits zitierten Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bankengesetzes, der zwar an den darin genannten («mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten») Personen anknüpft, aber doch das Anliegen des Gesetzgebers verkörpert, «eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» der Banken sicherzustellen. Ein wichtiges Indiz dafür, dass das gesetzgeberische Anliegen erfüllt wird, bestände nun gerade darin, dass die Banken gewillt wären, gegenüber ihrer Kundschaft für eine umfassende Sorgfalt, wie sie für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit vorausgesetzt wird, voll einzustehen.

Dass die Bankenkommission, welche die Bewilligung zum Geschäftsbetrieb einer Bank zu erteilen hat (Art. 3 Abs. 1 BankG), offenbar davon absieht, auch auf deren AVB abzustellen, vermag am Gesagten nichts zu ändern. Ob die Bewilligungsbehörde überhaupt befugt wäre, den Inhalt der zur Verwendung vorgesehenen Vertragsbedingungen als ein Entscheidungskriterium beizuziehen, steht hier nicht zur Diskussion. Art. 3 Abs. 3 des Bankengesetzes weist z.B. in eine andere Richtung, aber nur dann, wenn die darin enthaltene Aufzählung der von der Bank einzureichenden Dokumente abschliessenden Charakter hat, was sich dem Wortlaut der Bestimmung nicht zwingend entnehmen lässt.

⁷⁰ Vgl. dazu *Hubert Stöckli*, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, zit. in Fn. 3, S. 185 ff.; zur fehlenden Aktivlegitimation von Konsumenten vgl. allerdings S. 18 f.

2. Die Lektüre der von mir gesammelten Banken-AVB hat mich in meiner Überzeugung verstärkt, dass die Schweiz einer einlässlichen *Gesetzgebung zur Kontrolle der Allgemeinen Vertragsbedingungen* bedarf. Der vor zwanzig Jahren erlassene und am 1. März 1988 in Kraft getretene Art. 8 UWG hat bis anhin noch nicht viel bewegt, worauf bereits hingewiesen wurde. Überdies dient Art. 8 UWG vorwiegend dem wettbewerbsrechtlichen Lauterkeitsschutz (Art. 1 UWG) und vermag auch deshalb ein umfassendes Eingreifen des Gesetzgebers nicht zu ersetzen. Die politischen Widerstände gegen eine wirksamere Kontrolle der Allgemeinen Vertragsbedingungen scheinen jedoch enorm und von mächtigen Interessengruppen getragen zu sein.⁷¹ So hat der Bundesrat erst kürzlich, am 21. Dezember 2005, entschieden, auf die vorbereitete Revision des Konsumentinformationsgesetzes zu verzichten.⁷² Damit wurde auch der zugehörige Entwurf einer AVB-Gesetzgebung, die das geltende OR ergänzt und eine gerichtliche Inhaltskontrolle wenigstens zugunsten der Konsumenten vorgesehen hätte,⁷³ auf unbestimmte Zeit begraben. Möglich und zu hoffen bleibt allerdings, dass das Bundesgericht bei passender Gelegenheit in die Bresche springt, indem es den säumigen Gesetzgeber durch eine kreative Rechtsprechung remplaciert.

In der Situation, wie sie sich heute noch darstellt, ist die Schweiz ein archaisches Eldorado inhaltlich unkontrollierter AVB, dieweil man im benachbarten und weiteren Ausland schon seit längerer Zeit erkannt hat, dass ein modernes Vertragsrecht nicht ohne gerichtliche Gerechtigkeitskontrolle der Allgemeinen Vertragsbedingungen auskommt. Eine solche Kontrolle, die es den Gerichten gestattet, inhaltlich unbilligen AVB die Geltung zu versagen, bedürfte der Ergänzung durch ein entsprechendes Verbandsklagerecht. Beides drängt sich auch für die AVB der Banken auf, die durch ihre einseitige Vertragsgestaltung und die systematische und flächendeckende Verwendung ihrer vorformulierten Vertragsbedingungen faktisch die Rolle privater «Gesetzgeber» übernommen haben, welche die Bankgeschäfte reglementieren.⁷⁴ Nach der gewonnenen Erfah-

⁷¹ Vgl. dazu auch *Eugen Bucher*, zit. in Fn. 17, S. 53.

⁷² Vgl. die Pressemitteilung des EVD vom 21.12.2005.

⁷³ Das wäre ein guter Anfang gewesen. Selber bin ich jedoch der Meinung, dass eine Inhaltskontrolle nur zugunsten der Konsumenten nicht ausreicht, sondern auch die Kaufleute (namentlich die KMU) ein schützenswertes Interesse an einer gerichtlichen Inhaltskontrolle der Allgemeinen Vertragsbedingungen haben (ebenso: *Ingeborg Schwenger*, zit. in Fn. 6, S. 106).

⁷⁴ Einen sprachlichen Ausdruck findet dies darin, dass Sonderbedingungen für bestimmte Geschäftssparten explizit als «Reglemente» bezeichnet werden.

rung reicht der Wettbewerb unter den Banken offensichtlich nicht aus, um eine angemessene Ausgestaltung der im Bankgeschäft vorherrschenden AVB sicherzustellen. Überhaupt hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, «dass aufgrund der sozio-ökonomischen Entwicklung ... dem Vertrag als solchem nicht automatisch eine Richtigkeitsgewähr oder auch nur eine Richtigkeitschance innewohnt».⁷⁵

3. Dass das Bankgeschäft nicht ohne vorformulierte Vertragsbedingungen funktionieren kann, ist mit Rücksicht auf die notwendige Rationalisierung der Vertragsabschlüsse und das Erfordernis einer inhaltlichen Vereinheitlichung der massenweise abgeschlossenen Bankverträge klar, so wie auch *das Versicherungsgeschäft* nicht ohne vorformulierte Vertragsbedingungen auskommt. Gegen das Unvermeidbare zu polemisieren, liegt mir ferne. Nachdem nun aber die Versicherungen genannt wurden, drängt sich ein weiterer Vergleich auf:

Während der schweizerische Gesetzgeber für den Versicherungsvertrag schon zu Beginn des letzten Jahrhunderts ein spezielles Gesetz (das Versicherungsvertragsgesetz von 1908) mit zum Teil zwingenden oder halbzwingenden Bestimmungen erlassen hat, dessen Anpassung an die Neuzeit in Vorbereitung ist,⁷⁶ fehlt es an einem entsprechenden *Sondergesetz für Bankverträge*. Das ist ein ungerechtfertigter Unterschied, der umso deutlicher zum Vorschein tritt, als nach einer kürzlich verabschiedeten Botschaft des Bundesrates die staatliche Aufsicht über Banken, Versicherungsunternehmen und weitere Finanzintermediäre in einer einzigen Behörde zusammengefasst werden soll,⁷⁷ was die nahe Verwandtschaft der besagten Finanzbereiche vor Augen führt. Dem widerspricht die gesetzgeberische Ungleichbehandlung auf der Ebene des Vertragsrechts, die sich auch nicht durch die Vielfalt der unterschiedlichen Bankgeschäfte rechtfertigen lässt. Denn:

Trotz dieser Vielfalt liessen sich zumindest die grundlegenden Pflichten und Rechte der Parteien sowie die Vertragshaftung besonders regeln, allenfalls verbunden mit einer Vorschrift, wonach abweichende Vereinbarungen zum Nachteil der Kunden unwirksam bleiben, wenn sie in Allgemeinen Vertragsbedingungen vorformuliert sind. Eine solche Vorschrift wäre kein Novum, sondern könnte

sich am Vorbild der geltenden Art. 256 Abs. 2 lit. a und Art. 288 Abs. 2 lit. a OR orientieren, die den Mietern und Pächtern einen derartigen Schutz gegen Allgemeine Vertragsbedingungen ihres Vertragspartners einräumen. Da die Schutzbedürftigkeit der Bankkunden nicht geringer ist als jene der Mieter und Pächter, gibt es für den Gesetzgeber keinen nachvollziehbaren Grund, ihnen nicht auch den gleichen Schutz zu gewähren.⁷⁸ Noch weiter geht bereits heute Art. 65 des Anlagefondsgesetzes, der in seinem Anwendungsbereich eine Haftungsbeschränkung der Depotbanken überhaupt ausschliesst.

Andere Fragen, die in einem besonderen Bankvertragsgesetz zu regeln wären, betreffen z.B. die Beendigung der Bankverträge und das Recht der Banken, vertraglich übernommene Bankbedingungen einseitig zu ändern. In den heute geläufigen Bankbedingungen behalten sich die Banken grundsätzlich ein jederzeitiges Recht zur einseitigen Auflösung bestehender Geschäftsbeziehungen und ein Recht zur Änderung der Gesamt- und bisweilen auch anderer Bedingungen vor.⁷⁹ Dass sich eine bankseitige Änderung geltender Vertragsbedingungen negativ auf die Haftungslage oder auf die sonstige Rechtsstellung des Vertragskunden auswirken kann, liegt auf der Hand. Deren Verbindlichkeit für laufende Verträge wird zwar in den meisten Bedingungen an die Voraussetzung geknüpft, dass der jeweilige Kunde nicht innerhalb einer bestimmten Frist widerspricht. Ob aber der Kunde Widerspruch erhebt oder nicht, hängt vorerst davon ab, ob er die «auf dem Zirkularweg» oder sonstwie bekannt gegebene Ände-

⁷⁵ Auf die Miete von Bankschränkfächern kommt Art. 256 Abs. 2 lit. a OR ohnehin zur Anwendung.

⁷⁶ *Beispiele für das Auflösungsrecht:* «Die Bank behält sich vor, bestehende Geschäftsbeziehungen, insbesondere zugesagte oder benützte Kredite, mit sofortiger Wirkung aufzuheben, wobei allfällige Forderungen sofort zur Rückzahlung fällig werden. Vorbehalten bleiben anderslautende schriftliche Abmachungen.» *Oder:* «Die Bank behält sich vor, bestehende Geschäftsverbindungen jederzeit aufzuheben. Insbesondere kann sie auch zugesagte und erteilte Kredite annullieren und ihre Guthaben ohne Kündigung einfordern. Dies gilt auch für Kredite mit bestimmter Laufzeit oder Kündigungsfrist, sofern die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kunden/der Kundin nach der Beurteilung der Bank eine Fortführung der bestehenden Geschäfte nicht mehr rechtfertigen.» *Oder in Form einer Sonderbedingung:* «Die Bank kann jederzeit Sparguthaben ... kündigen.»

Beispiele für das Änderungsrecht: «Die Bank behält sich jederzeitige Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor. Diese werden dem Kunden auf dem Zirkularweg oder auf andere geeignete Weise bekannt gegeben und gelten ohne Widerspruch innert Monatsfrist als genehmigt.» *Oder:* «Die Bank behält sich Änderungen der Allgemeinen und/oder Besonderen Geschäftsbedingungen vor. Diese Änderungen werden auf dem Zirkularweg oder auf andere geeignete Weise bekannt gegeben. Sie gelten ohne Widerspruch innert Monatsfrist als genehmigt.»

In Sonderbedingungen für einzelne Geschäftsparten können die Rechte der Bank abweichend vom allgemeinen Muster geregelt sein. Insbesondere kann die Kündigung der Bank an die Einhaltung einer bestimmten Kündigungsfrist gebunden sein.

⁷⁵ Ingeborg Schwenger, zit. in Fn. 6, S. 104, mit Verweis auf Ernst Kramer und Carl Baudenbacher.

⁷⁶ Der Bundesrat hat zu diesem Zweck eine Expertenkommission eingesetzt, deren Ergebnisse in absehbarer Zeit veröffentlicht werden sollen.

⁷⁷ Vgl. die Medienmitteilung des EFD vom 1.2.2006 und die Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1.2.2006.

zung der Bankbedingungen überhaupt zur Kenntnis nimmt und in ihrer Tragweite begreift oder nicht. Unterlässt er es, rechtzeitig zu widersprechen, so läuft der Vertrag, wie von der Bank gewünscht, mit den geänderten Bedingungen weiter. Erhebt der Kunde dagegen rechtzeitig Widerspruch, so muss er damit rechnen, dass die Bank von einem allenfalls vorbehaltenen Recht zur Kündigung Gebrauch macht, falls sie die Vertragsauflösung einer unveränderten Weitergeltung des Vertrages vorzieht. So oder anders befindet die Bank sich in einer komfortablen Lage. Vereinzelt Bestimmungen sehen sogar davon ab, dem Kunden eine Widerspruchsmöglichkeit einzuräumen,⁸⁰ andere Klauseln bestimmen im Zusammenhang mit der Verwendung elektronischer Hilfsmittel, dass die Änderungen «auf jeden Fall mit dem nächsten Einsatz der elektronischen Hilfsmittel als genehmigt» gelten.

Sofern der konkrete Bankvertrag der auftragsrechtlichen Auflösungsregel des Art. 404 OR untersteht, kann er nach dieser OR-Bestimmung, die das Bundesgericht sogar für zwingend erachtet,⁸¹ jederzeit von jeder Partei fristlos gekündigt werden (Abs. 1), was jedoch (im Unterschied zu den einschlägigen Bankbedingungen) zu einer Schadenersatzpflicht führt, wenn die Kündigung zur Unzeit erfolgt (Abs. 2). Ob Art. 404 OR auch auf Dauerverträge zur Anwendung kommt, lässt sich der diesbezüglich widersprüchlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts allerdings nicht eindeutig entnehmen.⁸² In einem besondern Bankvertragsgesetz müsste die Frage, ob und für welche Verträge sich ein jederzeitiges (voraussetzungsloses) Auflösungsrecht bei Bankgeschäften recht-

fertigt, jedenfalls speziell geregelt werden. Auch hätte sich ein solches Gesetz mit der Auswirkung geänderter Bankbedingungen auf laufende Bankverträge zu befassen. Als Vorbild könnte dabei der ausgewogene Art. 35 des VVG dienen, wonach der Versicherungskunde (nicht der Versicherer) berechtigt ist, die Fortsetzung des Vertrages zu den vom Versicherer geänderten Bedingungen zu verlangen, jedoch ein zusätzliches Entgelt zu leisten hat, wenn die Versicherung zu den neuen Bedingungen eine höhere Gegenleistung erfordert.

V. Einwände gegen meinen Beitrag

Ich bin sicher, dass mein Beitrag zu den Banken-AVB keine ungeteilte Zustimmung findet. Insbesondere von den Banken und den Juristen, die ihnen nahe stehen, sind *Einwendungen* zu erwarten, was kein Nachteil ist, da man Gewissheit nur erlangt, wenn Ansichten verschiedener Herkunft zusammenfliessen. Einige Einwände habe ich schon vor der Niederschrift meines Beitrages (im Anschluss an meinen Vortrag oder später) vernommen; sie waren darauf aus, mich von meiner kritischen Haltung gegenüber den Bankbedingungen zu heilen. Andere will ich in thomistischer Manier vorwegnehmen. Insgesamt sind es fünf Einwendungen, auf die ich im Folgenden eingehe:

1. Der *erste Einwand* argumentiert mit der *Vertragsfreiheit*: Die Bankkunden seien frei, Bankverträge mit den von den Banken vorformulierten AVB abzuschliessen oder vom Abschluss eines Vertrages abzusehen, weshalb sie keines besonderen Schutzes bedürften.

Dieser Einwand stimmt theoretisch. Das Leben aber ist anders. Nach den realen Lebensverhältnissen sind die Bankkunden auf den Abschluss von Bankverträgen angewiesen und können sich im Normalfall auch dem einseitigen AVB-Diktat der Banken nicht entziehen. So gesehen kann von «Freiheit» nicht die Rede sein. Die Bankverträge sind im Gegenteil ein eindrückliches Beispiel dafür, wie sehr der freiwillig abgeschlossene und individuell ausgehandelte Vertrag, einst Leitbild des Gesetzgebers, an Bedeutung verloren hat. Dass einige (verhältnismässig wenige) Bankkunden über genügend Verhandlungsmacht verfügen, um über einen bankseitig vorformulierten Vertragsinhalt mit Aussicht auf Erfolg zu verhandeln, ändert nichts daran, dass die übrigen Kunden, die der Dominanz der Banken ausgeliefert sind, einem faktischen Kontrahierungszwang unterliegen. Die Banken wissen das, so gut wie sie auch wissen müssen, dass wohl ein grosser Teil ihrer Kunden die massgeblichen Banken-AVB übernehmen,

⁸⁰ Änderungsbestimmungen, die dem Kunden keine Möglichkeit zum Widerspruch einräumen, sind z.B. wie folgt formuliert: «Die Bank kann die Allgemeinen Geschäftsbedingungen jederzeit ändern. Der Kunde wird schriftlich oder auf andere geeignete Weise informiert.» Oder: «Im übrigen gelten die vertraglichen Grundlagen der Bank in der jeweils gültigen Form.»

Da solche Bestimmungen es in das Belieben der Bank stellen, den vorformulierten Inhalt eines abgeschlossenen Vertrages einseitig abzuändern, bleiben sie nach Massgabe des Art. 27 Abs. 2 ZGB zumindest insoweit ungültig, als es um Änderungen *zum Nachteil* eines Kunden geht. Nach der Auslegungsregel, wonach im Zweifel diejenige Bedeutung vorzuziehen ist, die zu einem rechtlich haltbaren Ergebnis führt (*Jäggi/Gauch*, Zürcher Kommentar, N 441 ff. zu Art. 18 OR), sind sie allenfalls schon auf der Ebene der Vertragsauslegung so zu verstehen, dass sie sich ausschliesslich auf *kundengünstige* Änderungen beziehen.

⁸¹ So die konstante Rechtsprechung seit BGE 115 II 466 ff.; neuerdings etwa BGr. 4P.155/2004 vom 4. Oktober 2004, E 2.2.7; 4C.43/2003 vom 24. April 2003, E 2.1; 4C.278/2003 vom 5. November 2003, E 2.3; 4C.447/2004 vom 31. März 2005, E 5.4. *Kritisch* dagegen: *Peter Gauch*, Art. 404 OR – Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters, *recht* 1992 15 ff.; *Heinrich Honsell*, Schweizerisches Obligationenrecht, BT, 7. Auflage, Bern 2003, 323; *Walter Fellmann*, Berner Kommentar, N 104 ff. zu Art. 404 OR mit weiteren Zitaten in N 109.

⁸² Vgl. dazu *Peter Gauch*, Der Auftrag, der Dauervertrag und Art. 404 OR, *SJZ* 2005 520 ff.

ohne sie vorerst studiert oder ohne sie in allen Teilen verstanden zu haben.⁸³

So wäre es denn wünschenswert, dass die vom Bundesgericht festgestellte Tendenz, «die formale Vertragsfreiheit durch materielle Vertragsgerechtigkeit» zu ersetzen (BGE 123 III 298),⁸⁴ auch auf das Gebiet der Bankgeschäfte übergreifen würde. Unter dem Gesichtspunkt eines sozialen Vertragsrechts erscheint dies umso wichtiger, als den Banken, die ihre Geschäfte in der Schweiz betreiben, die ganze Bevölkerung der Schweiz gegenübersteht. Auf einige Protagonisten verflüssener Vertragsideale abzustellen, um über die realen Bedürfnisse der Bevölkerung hinwegzusehen, kann gewiss nicht die Aufgabe einer geltungszeitlichen Rechtsordnung sein, obwohl sich der Bundesrat in seiner momentanen Besetzung dieser Einsicht zu verschliessen scheint.⁸⁵

Dass die formale Vertragsfreiheit nicht wirkliche Freiheit für alle bedeutet, ist im Übrigen keine neue Erkenntnis, sondern insbesondere für die Versicherungsbranche schon länger als hundert Jahre anerkannt. «Im Versicherungsverkehr ist die Vertragsfreiheit in Tat und Wahrheit «Freiheit» nur für den Versicherer», hatte der Bundesrat von 1904 in seiner Botschaft zum Entwurf eines Versicherungsvertragsgesetzes ausgeführt und dann beigefügt: «Die Versicherungsgesellschaften sind mit einem faktischen Monopole ausgerüstet; ihrem Drucke vermag sich der Einzelne nicht zu entziehen.»⁸⁶ Diese frühe Erkenntnis des damaligen Bundesrates⁸⁷ lässt sich im Wesentlichen auch auf den Bankverkehr übertragen, wenn man an die Stelle der Versicherer die Banken setzt.

⁸³ Dass die Banken sich bisweilen durch Unterschrift des Kunden das Gegenteil bestätigen lassen, signalisiert lediglich das Bedürfnis, sich diesbezüglich ein formales Argument zu beschaffen. Insbesondere kann ein Kunde, wenn er die AVB überhaupt gelesen hat, nur bestätigen, dass die Bedingungen von ihm so verstanden wurden, wie er selber sie verstanden hat. Denn es ist ja immer nur der Leser, der einem gelesenen Text einen Sinn gibt und damit die Bedeutung bestimmt, die der Text für ihn hat.

⁸⁴ Vgl. dazu auch die grundlegende Arbeit von *Eva Maria Belsler*, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Diss. Freiburg 2000/AISUF 198 passim.

⁸⁵ In der Medienmitteilung des EJPD vom 9.11.2005 hat der Bundesrat seinen Verzicht auf den Erlass eines Bundesgesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr und eine damit verbundene Revision des Obligationenrechts unter anderem wie folgt begründet: «Das Obligationenrecht steht auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Sie ist Ausdruck davon, dass die Bürger mündig sind und selber am besten wissen, was für sie gut und von Vorteil ist. Widerspruchsrechte und Gewährleistungsansprüche tragen dem keine Rechnung und stellen eine Form der Bevormundung des Konsumenten durch den Gesetzgeber dar.» Diese Sätze demonstrieren, wie sehr sich der jetzige Bundesrat von einem historisch überholten Vertragsbild leiten lässt. Aus ihnen spricht das neunzehnte Jahrhundert, das in die Gedankenwelt unserer derzeitigen Regierung zurückgekehrt ist.

⁸⁶ Botschaft des Bundesrates vom 2. Februar 1904 zu dem Entwurf eines Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (BBl 1904 I 250).

⁸⁷ Vgl. dazu auch *Andreas Abegg*, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, Diss. Freiburg 2004/AISUF 225 Zürich 2004, 68.

2. Der zweite Einwand verweist auf *die Möglichkeit der gerichtlichen Auseinandersetzung*: Die Kunden hätten es in der Hand, sich gegen vereinbarte Bankbedingungen gerichtlich zur Wehr zu setzen, soweit diese nach dem geltenden Recht ungültig seien.

Dieser Einwand verkennt zunächst, dass es im Zusammenhang mit Allgemeinen Vertragsbedingungen nicht nur *darum* geht, die Kunden gegen einseitig vorformulierte Regeln zu schützen, die nach der gegenwärtigen Rechtslage keinen rechtlichen Bestand haben. Sodann verweist er die Bankkunden auf den Gerichtsweg, obwohl die wenigsten Kunden einer Bank es wagen oder es sich leisten können, gegen ihre Bank prozessual anzutreten, ganz abgesehen davon, dass ein nur geringer Teil der Bankkundschaft mit den erforderlichen Rechtskenntnissen ausgestattet ist, um die rechtliche Gültigkeit einer übernommenen Vertragsbedingung überhaupt in Zweifel zu ziehen. So machte denn auch der Bankenombudsman «die Erfahrung, dass die Kunden der Rechtskenntnis ihrer Bank vertrauen und meist aus Unkenntnis nicht reklamieren».⁸⁸

Dass vorformulierte Vertragsbedingungen der Banken nach wie vor Bestimmungen enthalten, welche die Haftung der Bank für leichtes Verschulden auch ihrer Organe ausschliessen, obgleich diesbezüglich Art. 100 Abs. 2 OR eingreift, ist ein beredtes Zeichen dafür, wie gering die Prozessbereitschaft der Bankkunden von den Bankiers eingeschätzt wird. Es auf einen Prozess ankommen zu lassen, ist für viele Kunden auch deshalb zu riskant, weil die Banken sich in ihren AVB regelmässig vorbehalten, die bestehenden Geschäftsbeziehungen, insbesondere zugesagte oder benützte Kredite, mit sofortiger Wirkung und sofortiger Fälligkeit ihrer Forderungen aufzukündigen, was je nach den finanziellen Verhältnissen des Kunden ein zusätzliches Risiko darstellen kann.

3. Der dritte Einwand beruft sich auf *das tatsächliche Geschäftsgebaren der Banken*: Die Banken seien bei der Durchsetzung ihrer AVB kulant, weshalb aus ihren Bankbedingungen nicht auf ihr tatsächliches Verhalten bei der Vertragsabwicklung geschlossen werden könne.

Dieser Einwand bringt mich vorerst in Verlegenheit, da ich nicht zu beurteilen vermag, wie kulant die Banken im Umgang mit ihren Kunden sind. Denn das meiste, was in den Banken geschieht, dringt bekanntlich nicht an die Öffentlichkeit. Immerhin zeigt aber die amtlich oder sonst publizierte Rechtsprechung, dass die Banken nicht da-

⁸⁸ Jahresbericht 2000 des schweizerischen Bankenombudsmanns, 5.

von absehen, sich in gerichtlich ausgetragenen Streitfällen eben doch auf ihre AVB zu berufen, wenn es nützt. In einem Fall, der kürzlich vom Bundesgericht entschieden wurde,⁸⁹ ging es um eine ganze Reihe von Börsentransaktionen, die von einem Kundenberater der Bank ohne Auftrag des Kunden ausgeführt worden waren. Obwohl der Kunde die vertragswidrigen Transaktionen jeweils telefonisch beim Kundenberater beanstandet hatte, lehnte die beklagte Bank es ab, die aus dem grob vertragswidrigen Verhalten ihres Angestellten abgeleiteten Ansprüche des Kunden anzuerkennen, indem sie sich unter anderem auf die Genehmigungsfiktion berief, welche die in den Prozess eingeführten AVB an eine verspätete Reklamation des Kunden knüpfte. Das Bundesgericht, das im Berufungsverfahren mit einem Teil der fraglichen Transaktionen befasst war, schlug sich mit einer merkwürdigen Auslegung der vereinbarten Beanstandungsklausel⁹⁰ auf die Seite der Bank, obwohl feststand, dass der Kunde «umgehend» reklamiert hatte.⁹¹ Das Urteil des Gerichts wurde

⁸⁹ BGr. 4C. 194/2005 vom 28. September 2005.

⁹⁰ Die Beanstandungsklausel, auf die sich die Bank im Prozess berief, hatte folgenden Wortlaut: «Der Kunde erhält periodisch Rechnungs- und Depotauszüge. Einwendungen hiergegen wie gegen andere Mitteilungen der Bank sind unverzüglich anzubringen, wo tunlich auch telegrafisch oder telefonisch; bei Verzögerungen ist der daraus resultierende Schaden vom Kunden zu übernehmen. Das gleiche gilt, wenn eine zu erwartende Mitteilung nicht termingerecht beim Kunden eintrifft. Sofern der Kunde innert Monatsfrist keine Einwendungen erhebt, gelten die Auszüge als richtig befunden, unter Genehmigung aller darin eingestellten Posten und allfälliger Vorbehalte der Bank in Gutschriftanzeigen über noch nicht eingegangene Beträge» (teilweise zitiert in Erwägung 3.2.3 des Entscheides).

⁹¹ Nach den Ausführungen des Bundesgerichts (Erwägung 3.2.3) ist die in Fn. 90 zitierte Beanstandungsklausel «nach Treu und Glauben» so auszulegen, «dass eine Reklamation *in allen Fällen* in «tunlicher Weise» zu erfolgen hat». Diesem Erfordernis der «Tunlichkeit» könne grundsätzlich zwar auch eine telefonische Reklamation beim Kundenberater genügen. Nachdem aber dem klägerischen Kunden klar geworden sei, «dass mündliche Reklamationen an seinen Kundenberater nichts fruchteten und von diesem schlicht ignoriert wurden», sei er verpflichtet gewesen, «sich entweder schriftlich oder gegebenenfalls auch telefonisch an den Vorgesetzten (des) Kundenberaters zu wenden», wenn er die auftragslos getätigten Transaktionen nicht gegen sich gelten lassen wollte. Da er dies bis zum Ablauf von rund zweieinhalb Monaten nach Erhalt des massgeblichen Quartalsauszuges unterlassen habe, könne nicht davon gesprochen werden, er habe die strittigen Geschäfte in tunlicher Weise beanstandet, bevor die Genehmigungswirkung nach Massgabe der Beanstandungsklausel eintrat.

Diese Ausführungen krankten an einer falschen Prämisse, da sie offensichtlich von einer unrichtigen Auslegung der vertraglichen Genehmigungsbestimmung ausgehen. Die vorformulierte Beanstandungsklausel sagt, dass Einwendungen gegen die periodischen Rechnungs- und Depotauszüge «*unverzüglich*» anzubringen sind, um dann unmittelbar beizufügen: «*wö tunlich auch telegrafisch oder telefonisch*». Aus dem besagten Zusammenhang ergibt sich somit nichts anderes, als dass Einwendungen «telegrafisch oder telefonisch» zu erfolgen haben, sofern dies *unter dem Gesichtspunkt der verlangten Unverzüglichkeit* «tunlich» ist. Hätten trotz des Kontextes, in dem das Wort «tunlich» verwendet wird, Zweifel an einer solchen Auslegung bestanden, so wäre es angezeigt gewesen, zugunsten des Kunden die Unklarheitsregel ins Spiel zu bringen. Jedenfalls lässt sich eine Verpflichtung des im konkreten Fall geschädigten Kunden, «sich entweder schriftlich oder gegebenenfalls auch telefonisch an den Vorgesetzten (des) Kundenberaters zu wenden», nicht mit dem vorformulierten Satzteil begründen, wonach Einwendungen «wö tunlich auch telegra-

im plädoyer 2006/Heft 1 mit dem Beisatz «komplett verdreht» zum «Fehlurteil 2005» erhoben. Ob es diese negative «Auszeichnung» verdient, mag dahingestellt bleiben. So oder anders ist der geschilderte Fall kein Beispiel für das kulante Verhalten einer Bank. Vielmehr hatte die involvierte Bank, wie im «Sachverhalt» des Urteils nachzulesen ist, von Anfang an «sämtliche Vorwürfe und Begehren» des Kunden zurückgewiesen.

Natürlich ist mir bewusst, dass ein Einzelfall nicht das Gesamte ausmacht. Das will ich auch gar nicht behaupten. Vielmehr lasse ich offen, wie weit die angebliche Kulanz der Banken, aufs Ganze gesehen, tatsächlich reicht. Wie immer es sich damit verhält, – das Argument der Kulanz ist weder so noch anders ein Argument, das kundenun günstige Banken-AVB zu rechtfertigen vermag. Wer es dennoch verwendet, scheint die Interessenlage der Kunden nicht ernst zu nehmen. Statt die Kundschaft mit ausgewogen-gerechten Bankbedingungen zu versorgen, wird sie auf das Wohlwollen der Banken verwiesen. Und das wiederum erinnert an Aesops Fabel vom Frosch und vom Skorpion, der den Frosch bat, ihn huckepack über den Fluss zu tragen, da er ihn gewiss nicht stechen werde. Dass er ihn dann doch gestochen hat, ist bekannt. Dass er zusammen mit dem Frosch unterging, passt freilich nicht in den vorliegenden Zusammenhang.

4. Der vierte Einwand operiert mit der Besonderheit des vertraglichen Bankenrechts: Das Vertragsrecht der Banken habe sich zu einer weitgehend eigenständigen Materie entwickelt, wobei

fisch oder telefonisch» anzubringen sind. Dass das Bundesgericht es dennoch getan hat, weckt die Vermutung, dem Urteil lägen in Wirklichkeit andere Motive zugrunde. Vielleicht liess das Bundesgericht sich von der (in der gleichen Erwägung angedeuteten) Überlegung leiten, dass der betreffende Kunde wohl die weitere (eventuell günstigere) Entwicklung abwarten wollte, bevor er zusätzliche Schritte unternahm. Dann aber hätte das Gericht sein Urteil auf *diese* Überlegung abstützen müssen, ohne auf die Beanstandungsklausel und das darin verwendete Wort «tunlich» zu rekurrieren. Ob die Prozess- und Rechtslage dies zugelassen hätte, entzieht sich meiner Einsicht.

Aber auch dann, wenn man sich der Auslegung des Bundesgerichts anschliessen wollte, wären noch nicht alle Zweifel ausgeräumt. Dann nämlich stellt sich die vom Bundesgericht unerörterte Frage, wie sich die mit der Beanstandungsklausel vereinbarte Haftungsbeschränkung (vgl. Ziff. II/4 im Text) zur gesetzlichen Bestimmung des Art. 101 Abs. 3 OR verhält, die bei Banken eine Beschränkung der Hilfspersonenhaftung «höchstens für leichtes Verschulden» zulässt (vgl. Ziff. III/1). Da sich im entschiedenen Fall der Kundenberater und damit eine Hilfsperson der Bank fortgesetzt und absichtlich vertragswidrig verhalten hat, kann gewiss nicht von einem bloss «leichten» Verschulden gesprochen werden, weshalb die Haftungsbeschränkung unwirksam war (vgl. Ziff. III/2 a.E.). Ob das Bundesgericht diesen Gesichtspunkt nach der für seinen Entscheid massgeblichen Behauptungs- und Prozesslage nicht berücksichtigen konnte oder ihn übersehen hat, ist mir unbekannt. Ebenso wenig weiss ich, weshalb das Bundesgericht davon absah, auf die Ungewöhnlichkeitsregel (Ziff. III/4) und darauf einzutreten, dass die Genehmigungsfiktion nach seiner eigenen Rechtsprechung dahin fällt, sobald feststeht, dass die Bank um die tatsächliche Nichtgenehmigung wusste (vgl. Fn. 44).

sich die Haftungsbeschränkungen der gebräuchlichen AVB aus der besonderen Natur der Bankverträge ergebe.

Dieser Einwand stimmt gewiss insofern, als er auf die «Eigenständigkeit der Materie» verweist.⁹² Soweit aber insinuiert wird, dass sich die Haftungsbeschränkungen der gebräuchlichen Bankbedingungen aus der «besonderen Natur der Bankverträge» ergeben, vermag er mich zumindest nicht mit Bezug auf alle Einschränkungen zu überzeugen. So ist etwa die Freizeichnung für leichtes Verschulden nicht schon in der «Natur der Bankverträge» begründet. Andernfalls würden z.B. die *Deutsche Bank* und die (deutsche) *Commerzbank* «unnatürliche» Bedingungen verwenden, wenn sie in ihren Gesamtbedingungen zum Grundsatz erklären, dass die Bank «bei der Erfüllung ihrer Verpflichtungen für jedes Verschulden ihrer Mitarbeiter und der Personen» hafte, «die sie zu Erfüllung ihrer Verpflichtungen hinzuzieht». Gleich verhält es sich auch mit einer Schweizer Bank, die für Geschäfte, die dem deutschen Recht unterstehen, gesonderte AVB mit derselben Grundsatzbestimmung wie die deutsche Konkurrenz bereithält. Der anvisierten Kundschaft ist das Letztere zu gönnen; die schweizerische Kundschaft bleibt schlechter gestellt, was sich aus der für die Bankkundschaft ungünstigeren Gesetzes- und Rechtslage in der Schweiz, nicht aus der «besonderen Natur der Bankverträge» erklärt.

Heikler ist die Frage, wie es sich (um eine andere Regelung herauszugreifen) mit der Genehmigungsfiktion verhält, die vorformulierte Beanstandungsklauseln an eine verspätete Reklamation im Zusammenhang mit Bankanzeigen knüpfen.⁹³ Dass eine derartige Fiktion durch die Besonderheit der Bankgeschäfte bedingt sein kann, vermag ich nicht rundweg zu bestreiten.⁹⁴ Hingegen sehe ich keinen durch die Eigenart des Geschäftes vorgegebenen Grund, dem Kunden eine unangemessen kurze Reklamationsfrist (allenfalls sogar eine «sofortige» Reklamationspflicht) aufzubürden, die fingierte Genehmigung mit weiter gehenden Rechtsfolgen als einer blossen Umkehr der Beweislast zu verbinden oder eine Genehmigung selbst dann zu fingieren, wenn die Bank die Zusendung einer Anzeige versäumt hat. Das eigene Versäumnis zu einer Keule zu machen, liegt gewiss nicht in der «Natur der Bankgeschäfte».⁹⁵

⁹² Vgl. auch *Daniel Guggenheim*, zit. in Fn. 4, der auf S. 9 von einer «Autonomie des Bankvertragsrechts» spricht.

⁹³ Pro memoria: Mit der Genehmigung von Rechnungsausdrügen im Kontokorrentverkehr befasste ich mich in meinem Beitrag nicht im Speziellen (Ziff. II/4 a.E.).

⁹⁴ Vgl. auch ZR 97 1998, Nr. 90, 222.

⁹⁵ Sehr kritisch auch *Viktor Aeppli*, zit. in Fn. 29, S. 101 f.

5. Der fünfte Einwand richtet sich gegen ein Eingreifen des Gesetzgebers: Eine einlässliche AVB-Gesetzgebung mit einer Inhaltskontrollvorschrift führe zu einer «Überlegiferierung». Für eine spezialgesetzliche Regelung der Bankverträge gelte dies erst recht.

Dieser Einwand wäre richtig, würde der Gesetzgeber eingreifen, ohne dass hierfür eine Notwendigkeit bestünde. Dass aber eine einlässliche Regelung des AVB-Rechts, von der auch die AVB der Banken erfasst würden, dringend erforderlich ist, liegt so sehr auf der Hand, dass ich darauf nicht im Einzelnen einzutreten brauche.⁹⁶ Wer etwas anderes behauptet und davon überzeugt ist, der muss, was die derzeitige Vertragswirklichkeit und die häufig missbräuchliche Verwendung von Allgemeinen Vertragsbedingungen betrifft, mit einer Art von «Blindsicht» geschlagen sein. Aber auch die Notwendigkeit eines besonderen Gesetzes für Bankverträge lässt sich kaum bestreiten, wenn man als Vergleichsmassstab das für Versicherungsverträge geltende VVG herbeizieht. Zudem wird das Postulat eines Sondergesetzes auch durch den vierten Einwand gestützt, wonach sich das Vertragsrecht der Banken zu einer weitgehend eigenständigen Materie entwickelt hat. Wenn dem so ist, so drängt sich für die Regelung der «weitgehend eigenständigen Materie» ein eigenständiges Gesetz geradezu auf; dies umso mehr, als vom schweizerischen Bankengeschäft die ganze Bevölkerung der Schweiz betroffen ist.

Bei alledem ist mir klar, dass neue Gesetze immer auch zu neuen Problemen führen und insofern ihre Schattenseiten haben. Die Frage aber ist, welche Schatten grösser sind: die mit oder die ohne Gesetz; und: wer *mit* und wer *ohne* Gesetz im Schatten steht.

VI. Die Reformbedürftigkeit der Bankbedingungen

Dass unter der Herrschaft der AVB, welche die Schweizer Banken heutzutage verwenden, die Kunden im Schatten stehen, dürfte namentlich auch mit Rücksicht auf die eingefügten Haftungsbeschränkungen nicht leicht zu widerlegen sein. Zwar ist durchaus möglich, dass von einzelnen Banken oder für bestimmte Geschäftsbereiche der Banken ausgewogenere Bedingungen verwendet werden als von anderen Banken oder für andere Bereiche. Das Gesamtbild, das ich bei der Lektüre meiner AVB-Sammlung gewonnen habe, führt mich jedoch zur Feststellung, dass insge-

⁹⁶ Vgl. statt vieler *Eva Maria Belser*, zit. in Fn. 84, S. 393 ff.

samt eine Reform der gebräuchlichen Banken-AVB erforderlich ist: Eine Reform notabene, die nicht beim Sprachlichen stehen bleibt, sondern zugunsten der Kunden ins Materielle eingreift!

Die Schweizer Banken mögen die besten der Welt sein, ihre derzeitigen Vertragsbedingungen aber sind es nicht. Da vorformulierte Vertragsbedingungen bekanntlich nicht von sich aus auf die Idee kommen, sich zu verändern, liegt es an den massgeblichen Bankorganen, die notwendigen Reformen im Vertragswerk ihrer Institutionen an-

zuordnen. Das Erscheinungsbild der «hauseigenen» Bankbedingungen mag vielen Banken zwar so vertraut geworden sein, dass sie deren Mängel wie jene eines alten Gemäldes nicht mehr wahrnehmen. Würden aber einige Banken aus dem behaglich Vertrauten ihrer AVB ausbrechen, – die Reform ihrer Bankbedingungen hätte gewiss Signalwirkung. Und schon bald könnte die im vorliegenden Beitrag enthaltene Kritik an den AVB der Banken durch die Wirklichkeit überholt sein.