

Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre Bedeutung im Bankverkehr

Prof. Dr. Peter Forstmoser

Inhaltsverzeichnis

- I. Begriff und Funktion, Eigenart und Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
 - 1 Begriff und Funktion
 - 2 Eigenarten und Problematik
 - II. Die rechtliche Behandlung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
 - 1 Voraussetzungen für die Verbindlichkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen
 - 2 Voraussetzungen für die Verbindlichkeit der einzelnen Normen
 - 3 Richterliche Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen
 - III. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken insbesondere
 - 1 Allgemeine Charakteristik
 - 2 Klauseln zur Schaffung klarer Verhältnisse
 - 3 Risikoverschiebungen zulasten des Kunden
 - 4 Weitere Haftungsbeschränkungen
 - 5 Besondere Sicherheiten zugunsten der Bank
 - 6 Genehmigungsfiktionen
 - 7 Gestaltungsvorbehalte zugunsten der Bank
 - 8 Bestimmungen über das anwendbare Recht und den Gerichtsstand
 - 9 Verweisung auf Spezialbedingungen
 - 10 Probleme der Mehrsprachigkeit
 - 11 Die Form der Inkorporation der AGB in die Einzelverträge
 - IV. Rechtsvergleichende und rechtspolitische Hinweise
 - 1 Die Behandlung der AGB im Ausland, insbesondere in Deutschland
 - 2 Rechtspolitische Vorschläge in der Schweiz
- Anhang: Musterbedingungen der Schweizerischen Bankiervereinigung vom 19. 1. 1966

Banken treten mit ihren Kunden regelmässig aufgrund von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1) (AGB) in rechtliche Beziehung. Während noch in einer Arbeit von 1938 festgestellt wurde, dass eine der Grossbanken keine AGB ausgearbeitet hatte und dass nur „eine Reihe grösserer Kantonal- und Mittelbanken“ solche Bedingungen kannte (2), finden heute AGB im Bankensektor meines Wissens ausnahmslos Anwendung.

Da die AGB die Grundlage aller Einzelverträge bilden, sind ihre Bestimmungen von *erheblicher praktischer Bedeutung*. *Rechtlich* stellen sie besondere Probleme und unterliegen sie teilweise anderen Regeln als individuell ausgehandelte Vertragsklauseln. Von diesen Besonderheiten soll im folgenden die Rede sein.

Hinzuweisen ist einleitend auf den Begriff, die Funktion und die besondere Problematik von AGB (I.). Anschliessend wird auf deren rechtliche Behandlung im allgemeinen eingetreten (II.). Sodann beleuchte ich die einzelnen in den AGB von Banken regelmässig wiederkehrenden Klauseln etwas näher (III.), und schliesslich möchte ich noch einige rechtsvergleichende und rechtspolitische Betrachtungen anfügen (IV.).

I. Begriff und Funktion, Eigenart und Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

1 Begriff und Funktion

a) Unter AGB versteht man einen in sich geschlossenen Komplex von Bestimmungen, eine *standardisierte Ordnung, die dazu bestimmt ist, als Ganzes zum Vertragsbestandteil einer Vielzahl individueller Verträge zu werden* (3). Es geht also darum, eine Reihe von Vertragspunkten ein für allemal generell und im voraus zu regeln, so dass sich die Vertragsverhandlungen im Einzelfall auf die Hauptpunkte beschränken können.

b) Diese *Vorformulierung* erfüllt eine Reihe von Funktionen: Unbestreitbar kommt ihr ein erheblicher *Rationalisierungseffekt* (4) zu, und es wäre die Geschäftstätigkeit von Grossunternehmen ohne solche Standardisierung kaum denkbar. Nur durch die Vorformung des Vertrages ist es sodann möglich, juristisch nicht geschulten Sachbearbeitern den Abschluss von Verträgen ohne Rechtsbeistand anzuvertrauen (5).

Mit der Rationalisierung und Standardisierung verbunden ist auch ein gewisser „*Diktat-Zweck*“: „Der Kunde soll veranlasst werden, den bereits formulierten und im Formular bereit stehenden Inhalt unverändert anzunehmen“ (6).

AGB sollen weiter – was im Ingress der von den Banken verwendeten Formulare regelmässig hervorgehoben wird – „einer klaren Regelung der gegenseitigen Beziehungen zwischen Kunden und Bank“ dienen. Die präzise Festlegung der Nebensache soll die *Klarheit der Verhältnisse* sicherstellen (7).

Durch AGB sollen Bestimmungen des Gesetzes modifiziert und eine auf die besonderen Verhältnisse zugeschnittene Ordnung geschaffen werden. Dieser „*Spezialisierungseffekt*“ (8) tritt namentlich in den Bedingungen der Banken zutage, etwa in der Präzisierung der Bestimmungen über die Art von Mitteilungen der Bank an den Kunden und in der Regelung der Verfügungsberechtigung.

Schliesslich dienen die AGB – wie es ein Bankjurist euphemistisch ausdrückt – der „Anordnung einer angemessenen Risikoverteilung zwischen den Parteien“ (9) oder – nüchterner formuliert – der *Beschränkung der Risiken des Unternehmens* (10), der Überwälzung der Gefahrtragung auf den Kunden (11).

2 Eigenarten und Problematik

Mit dieser Skizze von Begriff und Funktionen der AGB sind auch ihre Eigenarten, ist ihre Problematik angedeutet:

a) Die *Eigenart* von Verträgen, die aufgrund von AGB abgeschlossen werden, liegt darin, dass *wesentliche Elemente des Vertrages uniform im voraus bestimmt* sind und nicht mehr diskutiert werden (12). Bei den AGB von Banken erfolgt die Festlegung einseitig von einer Partei (13).

b) Daraus ergeben sich *Probleme*, die sich bei individuell ausgehandelten Vertragsklauseln nicht oder nicht in gleicher Weise stellen:

Zunächst ist diejenige *Partei, welche die AGB formuliert*, schon deshalb *überlegen*, weil sie die Vertragsbedingungen ohne Zeitdruck durch Spezialisten ausarbeiten lassen kann (14). – Dieser Vorteil ist von unterschiedlicher Bedeutung je nach der Geschäftserfahrung des Kunden (15).

Während beim typischen Individualvertrag über die Vertragsklauseln im einzelnen verhandelt wird (16), besteht keine Möglichkeit, über die Bestimmungen von AGB zu diskutieren. Der Kunde befindet sich in einer „take it or leave it“-Position (17). An die Stelle der Vereinbarung tritt – pointiert formuliert – die *Unterwerfung* (18).

Im einzelnen ausgehandelte Vertragsbestimmungen kommen notwendig beiden Parteien zum Bewusstsein. Den AGB wird dagegen seitens des Kunden oft *keine Beachtung geschenkt*; sie werden als vorgegeben, „objektiv richtig“, ohne nähere Prüfung hingenommen (19).

Selbstverständlich gilt auch für die AGB die Schranke des zwingenden Rechts. Eine ausgewogene Verteilung der Rechte und Pflichten ergibt sich aber häufig nicht nur aus den zwingenden Normen. Vielmehr ist hierfür die dispositive gesetzliche Ordnung von entscheidender Bedeutung. Diese Gesamtordnung wird durch AGB oft derart modifiziert, dass systematisch alle nicht zwingenden gesetzlichen Bestimmungen wegbedungen werden, welche sich zugunsten des Kunden auswirkten (20).

c) Das geltende Vertragsrecht – das schweizerische nicht anders als das ausländische (21) – ist auf *Individualverträge* zugeschnitten und *trägt daher den geschilderten Besonderheiten und Problemen von Standardverträgen und AGB nicht Rechnung* (22). Dennoch (oder gerade deshalb) sind für die rechtliche Behandlung von AGB in Lehre und Praxis besondere Regeln entwickelt worden. Auf diese ist nun näher einzutreten.

II. Die rechtliche Behandlung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Im folgenden möchte ich zunächst untersuchen, unter welchen Voraussetzungen *AGB überhaupt* für den individuellen Vertrag *wirksam werden* (Ziff. 1.). Steht die Wirksamkeit der AGB als Ganzes fest, so fragt es sich, ob davon sämtliche Klauseln erfasst werden, oder ob allenfalls *einzelne Bestimmungen auszunehmen* sind (Ziff. 2.). Schliesslich sei noch skizziert, nach welchen Grundsätzen schweizerische Gerichte die Normen von AGB *auslegen* und allenfalls *korrigieren* (Ziff. 3.). Obwohl die Darstellung auf die AGB von Banken ausgerichtet sein soll, werde ich mich vorwiegend auf Entscheide aus anderen Branchen abstützen müssen, sind doch einschlägige Urteile aus dem Bankbereich recht selten.

1 Voraussetzungen für die Verbindlichkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

a) Die *Gültigkeit* von AGB beruht auf *rechtsgeschäftlicher Übereinkunft* (23). AGB sind somit nicht – wie eine zeitlang vertreten wurde – Normen des objektiven Rechts (24).

Für sich allein kommt den AGB keinerlei rechtliche Bedeutung zu. Diese entsteht erst mit der *Inkorporation in den Einzelvertrag* (25).

b) Welcher Art muss die *Vereinbarung* sein, kraft der die AGB zum Bestandteil eines Einzelvertrages werden (26)?

Keine Probleme stellt die *ausdrückliche Annahme* der AGB durch die Gegenpartei. Diese kann am klarsten dadurch erfolgen, dass der Kunde das AGB-Formular unterzeichnet (27). Ausreichend ist auch die bei Banken übliche Unterzeichnung eines Textes, der die AGB nicht enthält, sondern auf diese verweist, sei es, dass sie auf der Rückseite des Dokuments abgedruckt sind, sei es, dass sie sich auf einem separaten Blatt befinden (28). Schon eher problematisch ist der blosser Abdruck von AGB auf der Rückseite eines Dokuments, ohne dass auf der Vorderseite auf sie verwiesen wird (29).

c) Unter welchen Umständen eine *stillschweigende Annahme* der AGB akzeptiert werden kann, ist eine sehr umstrittene und auch durch die Judikatur trotz verschiedener einschlägiger Entscheide (30) kaum geklärte Frage (31).

Ohne Zweifel ist die *stillschweigende Annahme* von AGB *möglich* (32), und auch das Bundesgericht hat verschiedentlich eine *stillschweigende Unterwerfung* angenommen (33).

Zu weit geht aber m. E. die von Bankjuristen vertretene Ansicht, es bestehe eine *generelle Präsomption*, „wonach sich derjenige, der einen Vertrag mit einem Partner schliesst, der erfahrungsgemäss nur gestützt auf Geschäftsbedingungen kontraktiert,

sich den darin enthaltenen Regeln unterwirft" (34). – Auszugehen ist wohl richtigerweise davon, dass *Stillschweigen grundsätzlich Ablehnung* und nur ausnahmsweise Annahme bedeutet, dann nämlich, wenn in guten Treuen vorausgesetzt werden darf, der nicht einverständene Partner hätte Widerspruch erheben müssen (35). Nach diesen Grundsätzen ist für eine stillschweigende Vereinbarung der Gültigkeit von AGB zu verlangen, „dass der Kunde vom Bestand der AGB (wenn auch nicht notwendigerweise von ihrem Inhalt) Kenntnis hat und dass er gestützt auf die konkreten Umstände beim Vertragsschluss damit rechnen muss, der Unternehmer wolle diese AGB zum Vertragsinhalt erheben" (36). Diese Voraussetzungen sind bei Verträgen, die mit dem nicht branchenkundigen Publikum abgeschlossen werden, nicht leichthin anzunehmen (37).

Dass Banken grundsätzlich gestützt auf AGB kontrahieren, dürfte also für sich allein für die Verbindlichkeit im Einzelfall nicht ausreichen (37a). Dagegen ist wohl eine *stillschweigende Vereinbarung* anzunehmen in folgenden Fällen:

- bei der *Übergabe* des einschlägigen Formulars im Verlauf der Vertragsverhandlungen, auch wenn beim Abschluss nicht mehr ausdrücklich darauf hingewiesen wird (38),
- in Fällen, in welchen einem Kunden *bei früheren Transaktionen* die *AGB ausgehändigt* wurden (39).

Im übrigen ist *nach den Kenntnissen des Geschäftspartners zu differenzieren*: Zwischen Banken – jedenfalls zwischen solchen des Inlands – dürften die AGB ohne weiteres zugrunde gelegt werden (40). Dagegen ist im Verkehr mit Nichtfachleuten ein klarer Nachweis der Kenntnis der Existenz zu verlangen (41).

Abschliessend ist festzuhalten, dass die schweizerische Praxis bei der Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung der Gültigkeit von AGB eher *zurückhaltend* ist (42).

d) Gelegentlich wird versucht, die Verbindlichkeit der AGB von Banken aus *Verkehrssitte* oder sogar *Gewohnheitsrecht* herzuleiten (43). Dieser Versuch, auf eine – ausdrückliche oder stillschweigende – Vereinbarung als Geltungsgrundlage zu verzichten, geht m. E. fehl: Wohl sind in verschiedenen kantonalen Urteilen die Honorarordnungen des Schweizerischen Ingenieurs- und Architektenvereins (SIA) auch ohne den Nachweis einer Vereinbarung angewendet worden (44). Diese Präjudizien, denen übrigens auch gegenteilige Entscheide gegenüberstehen (45) und die in der Lehre kritisiert worden sind (46), sagen jedoch über die Verbindlichkeit der AGB von Banken nichts aus:

- Zunächst ist fraglich, ob die AGB der Banken den gleichen *Bekanntheitsgrad* aufweisen wie die SIA-Tarife.
- Sodann stützen sich die Gerichte auf die SIA-Tarife vor allem deshalb, weil sich dem Gesetz keine Hinweise betreffend die Honorierung von Baufachleuten entnehmen lassen und der Verbandstarif als *Ausdruck des Üblichen* betrachtet werden kann. Für die in den AGB von Banken geordneten Fragen besteht dagegen

dispositives Gesetzrecht, so dass der Richter nicht gezwungen ist, nach einem Massstab zu suchen.

- Endlich ist auch zu erwähnen, dass die Banken – anders als Ingenieure und Architekten – zumindest formell *keine einheitlichen Geschäftsbedingungen* kennen (47).

Richtig ist allerdings, dass Banken regelmässig aufgrund von AGB abschliessen und dass insoweit von einer *Verkehrssitte* gesprochen werden kann (48). Eine Verkehrssitte aber schafft noch keine rechtsverbindlichen Normen (49). Usanz allein genügt nicht zur Rechtsverbindlichkeit (50), sie gilt vielmehr nur, „wenn und soweit die Vertragsschliessenden sie durch übereinstimmende Willensäusserung zum Vertragsinhalt machten . . .“. Schon gar nicht kann „die bloss eiseitige Üblichkeit der Verweisung auf AGB“ die Vereinbarung im Einzelvertrag ersetzen (51).

Im Gegensatz zu Deutschland (52) ist in der Schweiz die Verbindlichkeit der AGB von Banken auch *nicht zu vermuten* (53), sondern die Bank hat den Beweis dafür zu erbringen, dass dem einzelnen Vertrag ihre AGB zugrunde liegen.

Es ist daher richtig, dass die Banken regelmässig *ausdrücklich auf ihre AGB verweisen* und sich deren formelle Anerkennung durch den Klienten beschaffen (54).

e) Eine andere Frage ist die, ob allenfalls *bestimmte Klauseln*, die in den AGB von Banken üblich sind, als *Ausdruck von Verkehrssitte oder gar Gewohnheitsrecht* im Einzelfall auch ohne Vereinbarung zu beachten sind. Auch in dieser Hinsicht ist Zurückhaltung angezeigt (55).

Vor allem ist daran zu erinnern, dass die AGB der Banken von einer Vertragspartei *einseitig festgelegt* werden. Verkehrssitte aber können die Normen von AGB nicht erlangen, „solange sie nicht in den beteiligten Kreisen auf beiden Seiten, also auch im Publikum, die Anerkennung von Konventionalregeln gefunden haben . . .“ (56). Ferner ist es auch in diesem Zusammenhang nicht unwesentlich, dass *jede Bank ihre eigenen Vertragsformulare benutzt*, dass also – formell zumindest – nicht von einheitlichen und allgemein bekannten AGB der Banken die Rede sein kann.

Zu Recht erklärt daher Wanner (57): „Wohl mögen einige wenige Bestimmungen, wie z. B. die Klausel über das Anbringen von Reklamationen . . . die Risikoabwälzung für Missverständnisse . . . und das Recht der Bank auf jederzeitige Lösung der Geschäftsverbindung . . . als Verkehrssitte angesprochen werden können, aber für die Grossezahl trifft dies angesichts ihres komplizierten Inhalts und der selten akut zum Ausdruck kommenden Anwendung nicht zu.“

Daher ist es m. E. auch nicht zulässig, die Standardklauseln der AGB als *Interpretationshilfe* zu verwenden, wie dies Treyvaud tun will, der davon ausgeht, die AGB seien „un moyen pour déterminer ce qui est conforme à la bonne foi“ (58).

f) *Unbeachtlich* für die Verbindlichkeit von AGB ist es, ob der Kunde sie *gelesen und verstanden* hat (59): „Zu einer wirksamen Willenserklärung bedarf es nicht notwendig des Bewusstseins ihres Inhalts“ (60). Wer AGB ungeprüft akzeptiert,

anerkennt – wie derjenige, der eine Urkunde ungelesen unterzeichnet – „den Text so, wie er lautet“ (61).

Grundsätzlich ist es daher auch *nicht erforderlich*, dass dem Kunden die AGB *ausgehändigt* wurden (62). Es genügt die *Möglichkeit* der Kenntnisnahme (63). Immerhin ist diese Regel unbesehen nur für *Kaufleute* anwendbar. Für sie gilt als „selbstverständlicher Grundsatz, dass allgemeine Geschäftsbedingungen, auf welche Bezug genommen wird, jeweiligen Vertragsinhalt werden“ (64). Im Verkehr mit *geschäftlich nicht erfahrenen Vertragspartnern* dürfte dagegen die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme nicht ohne weiteres ausreichen (65, 66).

g) Es versteht sich von selbst, dass die Verweisung auf allgemeine Geschäftsbedingungen *vor Vertragsabschluss* zu geschehen hat. *Nachträglich* zugestellte Bedingungen sind grundsätzlich unverbindlich (67). Doch ist die *nachträgliche Zustellung* von AGB *rechtlich nicht unbeachtlich*: Im Verkehr mit Kaufleuten kann die Verweisung auf AGB in der schriftlichen Bestätigung ausreichen, jedenfalls dann, wenn der Vertragspartner keinen Einspruch erhebt (68). Sodann können nachträglich zugestellte Bedingungen für die späteren vertraglichen Beziehungen verbindlich sein.

AGB können aber nicht nur zu spät, sondern allenfalls auch *zu früh* zugestellt werden: So dürften Hinweise in allgemeinen Empfehlungsschreiben nicht ausreichen (69), sondern es ist ein *Bezug zum konkreten Vertrag* zu verlangen (70).

Sind die AGB dem Kunden – wie dies bei Banken häufig vorkommt – anlässlich der Aufnahme der Geschäftsbeziehungen zugestellt worden, dann dürfte ihre Verbindlichkeit im Prinzip *für alle künftigen Transaktionen* feststehen (71). Doch muss man sich fragen, ob dies auch dann der Fall ist, wenn der Verkehr mit dem Kunden über Jahre geruht hat, praktisch also ein *Neubeginn der vertraglichen Kontakte* vorliegt. In solchen Fällen – und besonders dann, wenn die neu aufgebauten Beziehungen anderer Art sind als die früheren – wird man eine neue Vereinbarung der Bedingungen verlangen müssen.

h) Wie im Handel so dürfte es auch im *Verkehr zwischen Banken* nicht selten vorkommen, dass sich *beide Parteien auf ihre AGB berufen*. Wie man dann vorgehen hat, ist umstritten (71a): Nach einer Auffassung kommt es auf das „letzte Wort“ an (72), nach einer anderen sollen in solchen Fällen grundsätzlich die Bedingungen beider Parteien unverbindlich sein (73). Nach einer dritten, einem kollisionsrechtlichen Grundprinzip nachgebildeten Regel kommen die AGB derjenigen Bank zum Zuge, welche die vertragstypische Leistung erbringt (73a).

i) Die vorstehenden Ausführungen, welche nur Grundzüge aufzeigen und auf Einzelfragen nicht eingehen konnten, dürften klargemacht haben, dass die *Verbindlichkeit der AGB von Banken durchaus nicht selbstverständlich ist*. Der Praktiker wird gut daran tun, eine klare Situation zu schaffen, indem er – und zwar im Hinblick

auf das konkrete Geschäft – sich die Anerkennung der AGB und deren Bekanntgabe ausdrücklich bestätigen lässt.

2 Voraussetzungen für die Verbindlichkeit der einzelnen Normen

Steht die Anwendbarkeit der AGB an sich fest, so heisst dies noch nicht, dass sämtliche Einzelnormen verbindlich sind:

a) Selbstverständlich sind auch die in AGB niedergelegten Vertragsklauseln nur im Rahmen des *zwingenden Rechts* gültig (74).

Bestimmungen von AGB können auch *gegen die guten Sitten verstossen*. Ein Beispiel dafür bietet BGE 57 II 588 ff:

In Allgemeinen Versicherungsbedingungen war statuiert, dass der Haftpflichtversicherte alle Versicherungsansprüche verwerke, wenn er gegenüber dem Geschädigten seine Haftpflicht anerkenne. Diese Bestimmung sei – so erkannte das Bundesgericht – unsittlich insofern, als sie einem offensichtlich haftpflichtigen Versicherten verbiete, seine Verantwortung zuzugeben (74a).

Die Regeln über die *Übervorteilung* haben im Bereich der AGB bis heute meines Wissens keine Rolle gespielt, obschon in der Lehre verschiedene Anregungen in dieser Hinsicht gemacht wurden (75). Auch die Bestimmungen über *Irrtum und Täuschung* wurden auf AGB kaum angewendet (76).

Schon eher bedeutsam wurde das aus ZGB 27 fliessende *Verbot, übermässige Bindungen einzugehen* (77).

b) Die *individuelle Abrede* geht den Normen der AGB vor (78). Folgerichtig hat das Bundesgericht in BGE 70 II 212 ff erklärt, die an sich zulässige allgemeine Bedingung, wonach ein eingeräumter Bankkredit jederzeit widerrufen werden könne, werde durch eine Sondervereinbarung über die Dauer der Kreditgewährung ausgeschaltet (79).

Dabei ist nicht erforderlich, dass die individuelle Abrede in der Form erfolgt, in welcher die AGB akzeptiert wurden: Auch durch *mündliche Vereinbarung* kann – was allerdings nicht zu vermuten ist – *von schriftlich akzeptierten AGB abgewichen* werden (80).

Zum Schutze vor allzu selbständigen Mitarbeitern wird in AGB oft festgelegt, *abweichende individuelle Abreden* seien entweder schlechthin *ungültig* oder aber *nur in Schriftform wirksam*. Solche Klauseln mögen als Auslegungshilfe bedeutsam sein, wenn zweifelhaft ist, ob überhaupt eine verbindliche abweichende Zusage gemacht wurde. Sie *verhindern* jedoch *divergierende Einzelabreden nicht unbedingt*, da in der individuellen Vereinbarung auch eine Aufhebung des allgemeinen Verbots von Abweichungen enthalten ist (81).

c) Besondere Regeln sind in der Praxis mit Bezug auf die Verbindlichkeit von *Gerichtsstandsklauseln* entwickelt worden. Gerichtsstandsbestimmungen werden durchwegs *restriktiv* angewendet, d. h. sie sollen nur dann verbindlich sein, wenn angenommen werden darf, der Kunde habe von der betreffenden Klausel tatsächlich Kenntnis gehabt und er habe ihr *bewusst zugestimmt* (82).

Bewusste Anerkennung wird stets vorausgesetzt, wenn die Klausel an gut sichtbarer Stelle angebracht und ausserdem hervorgehoben ist (83). Ein besonderer Hinweis (84) wird dagegen in der Regel nötig sein, wenn sich die AGB nicht im unterschriebenen Vertragstext, sondern auf der Rückseite befinden (85). So wurde vom Bundesgericht einer bankenüblichen Gerichtsstandsbestimmung die Anerkennung versagt, weil sie sich lediglich auf der hinteren Seite eines Kreditformulars befand und sie ausserdem drucktechnisch nicht besonders akzentuiert worden war (86). Sehr fraglich ist es, ob die blosser Verweisung auf dem Kunden übergebene allgemeine Geschäftsbedingungen ausreicht (87).

Im übrigen *differenziert* die Gerichtspraxis *je nach der Geschäftserfahrung* der Beteiligten: Ein Musiker konnte vor Bundesgericht erfolgreich geltend machen, er habe die von einer Bank in englischer Sprache redigierte Gerichtsstandsklausel nicht beachtet und verstanden (88). Ein branchenkundiger Händler dagegen wurde nach Ansicht des Gerichts durch die blosser Verweisung auf allgemeine Bedingungen gebunden (89). Abzustellen ist somit – entsprechend den Grundsätzen des Vertrauensprinzips (89a) – auf die Umstände des Einzelfalls (90).

Irrelevant ist m. E. die Verteilung der *Parteirollen*: Auch wenn der Kunde gegenüber der Bank formell Antragsteller ist, bleibt zu beachten, dass es tatsächlich die Bank war, welche die Bedingungen redigiert hat (91).

Die Sonderbehandlung der Klauseln über den Gerichtsstand mag etwas erstaunen. Ihre *Begründung* liegt darin, dass sie ein verfassungsmässiges Recht des Bürgers tangieren: die in Art. 59 I der Bundesverfassung verankerte *Garantie, nur vor dem Richter im eigenen Wohnsitzkanton eingeklagt werden zu können*. Die Urteile, welche sich mit Gerichtsstandsklauseln befassen, sind denn auch durchwegs auf Art. 59 abgestützt (92).

Aus dieser Herleitung ergibt sich m. E. zweierlei:

- Die strengen Anforderungen an Gerichtsstandsabreden kommen dann nicht zum Tragen, wenn die Prorogation lediglich *innerhalb eines Kantons* erfolgt (93).
- Sodann können sich – was bisher in Entscheiden allerdings noch nie festgestellt wurde – auch *im Ausland domizilierte Personen* nicht auf die restriktive Anwendung von Gerichtsstandsklauseln berufen. Dies deshalb, weil Art. 59 einen Schutz nur für Personen mit Wohnsitz in der Schweiz vermittelt.

d) Dem Grundsatz nach sind vertragliche Vereinbarungen – wie erwähnt – anzuwenden unabhängig davon, ob sie zur Kenntnis genommen wurden oder nicht (94). Diese Regel ist nun aber einzuschränken: Sie *gilt nicht, sofern dem Vertragspartner „bekannt war oder nach der Erfahrung des Lebens vernünftigerweise bekannt sein*

musste, dass der Erklärungsinhalt nicht gewollt sei" (95).

Für die Beurteilung von AGB wurde aus dieser Einschränkung die sogenannte *Ungewöhnlichkeitsregel* abgeleitet: Danach ist jeweils zu untersuchen, „ob der Inhalt der ungelesenen AGB ganz oder teilweise so aus dem zu erwartenden Rahmen falle, dass der Erklärende nicht damit rechnen müssen, ohne vom Vertragspartner eigens darauf aufmerksam gemacht worden zu sein" (96).

Als *unüblich und unverbindlich* hat die Rechtspraxis etwa beurteilt:

- die in einem Kreditvertrag versteckte Bürgschaftsklausel (97),
- eine Pfandklausel für alle künftigen Verbindlichkeiten, soweit damit auch Forderungen erfasst wurden, welche der Pfandgläubiger in Zukunft von Drittpersonen erwerben sollte (98),
- vor der Revision des Bürgschaftsrechts die konsequente Wegbedingung der zum Schutze des Bürgen aufgestellten Bedingungen (99),
- die Bestimmung, wonach unvollständige Angaben über den Gesundheitszustand zum Ausschluss aus einer Krankenkasse und zur Verwirkung ihrer Leistungen führe (100).

An die Ungewöhnlichkeit sind *hohe Anforderungen* zu stellen, und es ist auch nicht alles ungewöhnlich, was objektiv betrachtet als unbillig erscheint (101).

Auch ungewöhnliche Klauseln sind dann bindend, wenn sie vom Vertragspartner *bewusst akzeptiert* wurden. Dies wird in der Rechtspraxis – ähnlich wie bei der Gerichtsstandsklausel – *dann fingiert, wenn ungewöhnliche Klauseln besonders hervorgehoben* werden (102).

e) In der schweizerischen Literatur ist verschiedentlich angeregt worden, die *restriktive Praxis*, die sich mit bezug auf Gerichtsstandsabreden eingebürgert hat, *auf alle freiheitsbeschränkenden Klauseln auszudehnen* (103). Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass der Verzicht auf den ordentlichen Gerichtsstand weit weniger einschneidende Konsequenzen hat als zum Beispiel die Reduktion der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit (104). Es dränge sich daher auf, den bei der Beurteilung von Gerichtsstandsvereinbarungen anzuwendenden strengeren Massstab „ganz allgemein . . . an die gültige Vereinbarung schwerwiegender AGB-Bestimmungen innerhalb eines Vertrages anzulegen, insbesondere an Freizeichnungen von gesetzlichen Pflichten" (104a). – Aus der schweizerischen Rechtspraxis sind mit keine Fälle bekannt, in welchen – über die „Unüblichkeitsregel" hinausgehend – diesen Überlegungen gefolgt worden ist.

De lege ferenda scheinen mir diese Postulate durchaus angebracht. Nach *geltendem Recht* ist dagegen m. E. eine solche zusätzliche Schranke kaum zu rechtfertigen: Es darf nicht übersehen werden, dass der Rechtfertigungsgrund besonderer Anforderungen an Gerichtsstandsbestimmungen darin liegt, dass durch sie ein präzise umschriebenes verfassungsmässiges Recht ausgeschaltet wird (105). Diese Besonderheit aber fehlt bei den übrigen Klauseln von AGB, mögen sie auch in ihrer materiellen Tragweite viel bedeutender sein als Gerichtsstandsklauseln.

f) Sind einzelne Normen von AGB unverbindlich, dann tritt an ihre Stelle das Gesetzesrecht. Die Geltung der *übrigen* Bestimmungen wird *nicht tangiert* (106).

3 Richterliche Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

a) Wie Individualverträge so sind auch AGB nach dem *Vertrauensprinzip* auszulegen (107). Danach „sind Willenserklärungen Vertragsschliessender so auszulegen, wie sie nach Treu und Glauben von der Gegenpartei verstanden werden durften“ (108).

b) Gelegentlich wird kritisch festgehalten, dass diese Interpretationsregel bei AGB zur reinen *Fiktion* wird, weil die Standardbestimmungen oft gar nicht gelesen – geschweige denn näher geprüft – werden (109). Dies schränkt aber die Geltung des Vertrauensprinzips so wenig ein wie bei individuellen Verträgen, deren Inhalt von einer Partei ungelesen akzeptiert wird (110).

c) Verschiedentlich ist sodann die Auffassung vertreten worden, AGB seien „objektiv“, „gesetzesähnlich“, „einheitlich“, d. h. *ohne Berücksichtigung der individuellen Umstände* auszulegen. So verlangt Keller (111) für Allgemeine Versicherungsbedingungen „eine einheitliche Auslegung“, die „von den Individualitäten des einzelnen Vertragsverhältnisses“ absieht. Für die AGB von Banken wird diese Ansicht namentlich von Wanner verfochten, nach dem „den AGB notwendigerweise eine andere Auslegung zukommen (muss) als einem gewöhnlichen Vertrag . . . In erster Linie müssen die individuellen Umstände als Hilfsmittel der Auslegung ausscheiden. Der generelle Charakter der AGB-Bestimmungen verlangt absolute Gleichheit der Auslegung in allen Situationen und gegenüber allen Kunden“ (112). Auch Rusca tendiert zu dieser Ansicht, wenn er im Hinblick auf AGB-Klauseln erklärt, es müsse sich „jeder Partner gefallen lassen, dass denselben ein Inhalt gegeben wird, welcher der herrschenden Verkehrsauffassung entspricht“ (113).

Für die Schweiz ist diese in Deutschland herrschende (114) Theorie m. E. abzulehnen: Den *individuellen Umständen* – dies folgt aus dem Vertrauensprinzip – *ist Rechnung zu tragen*, unabhängig davon, ob die Vertragselemente im einzelnen ausgehandelt wurden oder ob sie von der einen Partei zum Grossteil im voraus festgelegt worden sind (115).

Die schweizerische *Rechtsprechung* hat denn auch bei der Beurteilung von AGB stets *den konkreten Umständen Rechnung getragen*, etwa die geschäftliche Unerfahrenheit des Klienten hervorgehoben (116) oder umgekehrt betont, der Vertragspartner sei kaufmännisch gebildet (117).

d) Weitgehend unbestritten ist die sogenannte *Unklarheitenregel*, der Grundsatz, dass *zweideutige Normen contra proferentem auszulegen* sind, *zulasten desjenigen*

also, der sie aufgestellt hat (118). Der Grundsatz ist auch in zahlreichen Gerichtsentscheiden angewendet und ausgesprochen worden (119). Auf seiner Basis sind zu wenig bestimmte Gerichtsstandsabreden für ungültig erklärt (120), Haftungsfreizeichnungen abgewiesen (121) und Zeitbestimmungen ausdehnend interpretiert worden (122).

Damit hängt zusammen, dass der Kunde, der selber nicht Fachmann ist, sich *auf den untechnischen Sprachgebrauch verlassen* können muss (123).

Aus der Unklarheitenregel folgt ferner, dass *Beschränkungen der Rechte der Kunden stets eng auszulegen* (124) sind.

e) Die Gerichte gehen gelegentlich weiter und benutzen die Unklarheitenregel, um in Wahrheit eine *verdeckte Korrektur* von unbilligen Vertragsklauseln vorzunehmen. Die Praxis der Unklarheitenregel zeigt – wie sich Hecht (125) ausdrückt – den „Wunsch des Richters, die günstige Gelegenheit einer ungeschickten Formulierung zu ergreifen, um an den wenig sympathischen aber an sich unangreifbaren standardisierten Verträgen eine kleine Rache zu nehmen“ (126).

Eine *offene Inhaltskontrolle* im Sinne einer Überprüfung der AGB auf ihre Billigkeit und Angemessenheit hin haben die schweizerischen Gerichte dagegen bis heute abgelehnt (127). Anders die deutsche Praxis, die zwar die Verbindlichkeit von AGB im Einzelfall unbedenklicher bejaht als die schweizerische, dafür aber eine direkte inhaltliche Korrektur unbilliger Geschäftsbedingungen nicht gescheut hat (128).

f) Zusammengefasst ergibt sich, dass die schweizerischen Gerichte zwar eine offene Kontrolle der AGB auf ihre Angemessenheit hin ablehnen, dass sie aber *durch eine streng angewendete Unklarheitenregel* (und übrigens auch durch die Praxis zur Ungewöhnlichkeitsregel) *faktisch eine gewisse Korrektur auszuüben trachten*. Klauseln, welche die Rechte von Kunden beschränken, müssen daher *klar und eindeutig*, aber doch *nicht allzu technisch formuliert* sein. Sie müssen genügend explizit sein, aber dennoch möglichst kurz und übersichtlich bleiben. Die AGB der Banken haben in der Verfolgung dieses Kurses zwischen *Skylla* und *Charybdis* (129) ein beachtliches Niveau erreicht.

III. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken insbesondere

1 Allgemeine Charakteristik

a) Bei einer Durchsicht von AGB aus dem Bankensektor fällt zunächst auf, dass – im Gegensatz etwa zu Deutschland und Österreich (130) – die schweizerischen Banken *keine uniformen AGB* kennen. Doch *unterscheiden sich die Formulare* der verschiedenen Institute *meist nur in Einzelheiten*. Dies erstaunt nicht, hat doch die

Bankiervereinigung 1966 einen Mustertext erarbeitet, der praktisch ausnahmslos als Vorlage gedient hat (130a).

b) Angenehm berührt – vor allem im Vergleich zu den AGB anderer Branchen – die *konzise Fassung* der AGB von Banken. Der Vorwurf, AGB seien meist lang und schwer verständlich (131), trifft auf die Bedingungen des Bankensektors nur selten zu. Diese Kürze konnte dadurch erreicht werden, dass für besondere Geschäftsbereiche *Spezialbedingungen* aufgestellt wurden, auf die in den AGB verwiesen wird.

c) Wie bei allen einseitig erlassenen AGB erfolgen auch bei denen der Banken *Abweichungen vom dispositiven Recht praktisch durchwegs zu Gunsten des Ausstellers*.

d) Die AGB der Banken sind *sorgfältig formuliert und auf die Gerichtspraxis abgestimmt*. Wenn in der Folge – anlehnend an die Musterbedingungen der Bankiervereinigung – einige typische Klauseln betrachtet werden, sind daher keine verblüffenden Ergebnisse zu erwarten. Doch kann bei der Durchsicht die Tragweite einzelner Klauseln, die aus ihrem Wortlaut nicht immer hervorgeht, erörtert werden.

2 Klauseln zur Schaffung klarer Verhältnisse

a) Die AGB der Banken sollen „*einer klaren Regelung der gegenseitigen Beziehungen zwischen Kunden und Bank*“ dienen (132). Es ist dies zwar nicht der einzige Zweck (133), doch liegt er zweifellos einer ganzen Reihe von Klauseln zugrunde:

b) Zunächst wird regelmässig festgehalten, dass die der Bank bekannt gegebene *Unterschriftenregelung bis zum schriftlichen Widerruf* der Bank gegenüber *Geltung haben* soll, ohne Rücksicht auf allfällige anderslautende Handelsregistereinträge und Veröffentlichungen. Diese Bestimmung ist legitim und einer raschen Abwicklung der Geschäfte dienlich (133a).

c) Zweckmässig ist auch der Grundsatz, wonach *Mitteilungen* der Bank an den Kunden als erfolgt gelten, wenn sie an die *letzte vom Kunden bekannt gegebene Adresse abgesandt* worden sind. Immerhin liegt darin bereits eine Risikobeschränkung, soll es doch nur darauf ankommen, dass die Bank die Mitteilung „*abgesandt*“ hat, nicht darauf, ob der Kunde sie *erhielt*. Das *Übermittlungsrisiko* wird damit auf den Kunden abgewälzt (134).

d) Zu keinen Bemerkungen gibt die heute wohl lediglich Gewohnheitsrecht wiederholende Bestimmung Anlass, dass *Samstage* im Geschäftsverkehr mit der Bank den *staatlich anerkannten Feiertagen gleichzustellen* sind.

e) Im Interesse der Klarheit angebracht ist es sodann, zu verlangen, der Kunde habe *Reklamationen sofort anzubringen*. Wenn es in den Musterbedingungen weiter heisst, es trage bei verspäteter Reklamation „der Kunde den Schaden“, so ist dies allerdings zu weit oder zweideutig formuliert: Richtigerweise kann es – wie es in den Formularen zahlreicher Banken präziser heisst – nur darum gehen, dass der Kunde den *Verspätungsschaden* – den infolge nicht zeitgerechter Reklamation zusätzlich eingetretenen Schaden – tragen soll.

Problematisch vom Standpunkt des Kunden aus ist es, die Beanstandung auch dann zu verlangen, wenn er eine Anzeige seitens der Bank *gar nicht erhalten* und somit zur Reklamation keinerlei Anlass hatte. Dass diese weitere Überwälzung des Übermittlungsrisikos von Gerichten in jedem Fall geschützt würde, kann im Hinblick auf die „Ungewöhnlichkeitsregel“ bezweifelt werden.

3 Risikoverschiebungen zulasten des Kunden

In verschiedener Hinsicht pflegen die AGB *Risiken auf die Kunden abzuwälzen*, die nach dispositivem Gesetzesrecht durch die Bank zu tragen wären:

a) Zunächst soll der Kunde den *Schaden infolge von Legitimationsmängeln und Fälschungen* tragen, sofern – nach der harten Version der Bankiervereinigung – „die Bank kein grobes Verschulden trifft“ oder sofern – dies die verschiedentlich verwendete mildere Version – die Mängel „trotz Anwendung der üblichen Sorgfalt nicht erkennbar“ waren.

Keine Bedenken bestehen gegen die Abwälzung des Risikos auf den Kunden in Fällen, in welchen die Bank kein Verschulden trifft. Fragwürdig ist dagegen die von der Bankiervereinigung empfohlene Abwälzung auch bei schuldhaftem Verhalten. Lehre und Praxis haben die Reduktion auf eine Haftung für Grobfahrlässigkeit anerkannt im Hinblick auf Fälschungen von Checks (135) und Depotscheinen für Sparhefte (136). Dass eine ganz *generelle Wegbedingung* in AGB ohne weiteres verbindlich ist, ist damit nicht dargetan, liegen doch beim Checkheft wie beim Depotschein insofern besondere Verhältnisse vor, als es der Kunde eher als die Bank in der Hand hat, Fälschungen zu verhindern (137). Nach der Ungewöhnlichkeitsregel wäre allenfalls eine bewusste Kenntnisnahme durch den Kunden oder aber die besondere Hervorhebung der Haftungsreduktion im Text zu verlangen (137a).

Im übrigen ist diese wie andere Freizeichnungsklauseln im Zweifel *zugunsten des Kunden auszulegen*. Auch scheint mir doch fraglich, ob – wie Rusca (138) erklärt – „mit engen Massstäben der Sache zweifellos nicht gedient ist“.

b) Der Kunde soll sodann den Schaden übernehmen müssen, der aus *mangelnder Handlungsfähigkeit seiner Person* entsteht (139). Ohne diese Klausel hätte die Bank

stets das Risiko der Handlungsunfähigkeit zu tragen, da das schweizerische Recht keinen Vertrauensschutz gegenüber Handlungsunfähigen kennt (140).

Die Wirksamkeit dieser Klausel war in *Deutschland* heftig umstritten. Haupt erachtet sie für nichtig, weil dieser Bereich der Parteivereinbarung nicht unterliege (141). Die herrschende Lehre – und mit ihr Canaris (142) – dagegen anerkennt ihre Geltung. Nach Schmidt-Salzer (143) schliesslich müsste diese Norm individuell ausgehandelt werden und reicht die formularmässige Vereinbarung in AGB nicht aus. Der deutsche Bundesgerichtshof hat nun die Verbindlichkeit anerkannt (144).

Zum *schweizerischen Recht* ist diese Frage bisher kaum diskutiert worden. Erb (144a) geht stillschweigend von der Verbindlichkeit solcher Bestimmungen aus. Nach Jäger (144b), der sich mit der Frage eingehender auseinandersetzt, dagegen stellen „die Geschäftsfähigkeitsklauseln einen Missbrauch der Vertragsfreiheit dar, da zwingende Vorschriften verletzt werden. Denn darüber besteht kein Zweifel, dass die Bestimmungen über die Handlungsunfähigkeit zwingender Natur sind“ (144c). Eine vermittelnde Lösung könnte darin bestehen, aufgrund einer – weitgefassten – Unüblichkeitsregel bewusste Kenntnisnahme zu verlangen.

Die deutschen AGB der Banken schliessen eine Haftung nur aus, wenn das Fehlen der Geschäftsfähigkeit von der Bank *ohne ihr Verschulden* übersehen wurde. Die schweizerischen Bedingungen schweigen sich in dieser Frage aus. Aufgrund einer engen Auslegung ist aber auch bei den typischen schweizerischen Klauseln anzunehmen, dass sie die Haftung auf den Kunden nur insoweit abwälzen sollen, als die Bank die mangelnde Handlungsunfähigkeit unverschuldet nicht zur Kenntnis nahm (144d).

Von selbst versteht sich, dass diese Klausel nur dann wirksam ist, wenn der Kunde *im Zeitpunkt der Annahme der AGB handlungsfähig* war. Der bereits Handlungsunfähige kann sich auch in dieser Hinsicht nicht mehr wirksam verpflichten (145). Weniger problematisch und zweifellos gültig ist der Ausschluss der Haftung für *Schäden aus mangelnder Handlungsfähigkeit Dritter*, der in den AGB ebenfalls vorgesehen ist (145a).

c) Die AGB von Banken pflegen generell die *aus Übermittlungsfehlern*, namentlich aus Verspätung, Missverständnissen und Verstümmelungen der Mitteilung entstehenden Schäden abzuwälzen, soweit die Bank nicht ein grobes Verschulden trifft. Damit wird die dispositive Norm von OR 27, wonach die Folgen unrichtiger Übermittlung nach den Regeln über den Irrtum zu entscheiden sind, ausser Kraft gesetzt.

d) Endlich trägt der Kunde nach den AGB auch das *Risiko für die Anlage seiner Guthaben in fremder Währung*.

4 Weitere Haftungsbeschränkungen

a) Für die *mangelhafte Ausführung von Aufträgen* haften Banken gemäss ihren AGB nur im Rahmen des *Zinsausfalls*, es sei denn, sie seien im Einzelfall auf die drohende Gefahr eines darüber hinausgehenden Schadens aufmerksam gemacht worden. Diese Beschränkung ist materiell vertretbar, da die Bank nicht ermassen kann, welche Konsequenzen mit ihren Handlungen verbunden sind. – Vorbehalten bleiben Fälle von grobfahrlässigem oder gar arglistigem Verhalten.

b) Die generelle Verbindlichkeit dieser und weiterer Haftungsbeschränkungen ist unter Berufung auf OR 100 II in Frage gestellt worden. OR 100 II schränkt bekanntlich die Möglichkeit einer Wegbedingung der Haftung ein in Fällen, in denen „die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt“. Etliche Autoren haben versucht, den Anwendungsbereich dieser Norm so zu interpretieren, dass sie für Banken und ihre AGB zum Zuge kommt (146). Dazu ist das folgende zu bemerken:

„*Obrigkeitlich konzessioniert*“ im Sinne des Verwaltungsrechts ist die Banktätigkeit zweifellos nicht (147). Wohl aber ist ihre Ausübung an die Erteilung einer *polizeilich motivierten Bewilligung* geknüpft (148). Nach nahezu einhelliger schweizerischer Lehre ist nun der *zivilrechtliche Begriff der obrigkeitlichen Konzession* im Sinne von OR 100 II und 101 III *weiter als der öffentlichrechtliche* und umfasst er auch „auf Erwerb gerichtete Betriebe, die nur einer Polizeierlaubnis bedürfen“ (148a). Daraus ist folgerichtig zu schliessen, dass die *Freizeichnungsklauseln in Bankverträgen den Einschränkungen von OR 100 II und 101 III zu unterstellen sind* (148b).

Die *Gerichtspraxis* ist diesen Überlegungen jedoch *nicht gefolgt*: In einem neueren Entscheid der Genfer Cour de Justice Civile wird ausdrücklich erklärt, der Bankbetrieb sei *kein* „obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe“ im Sinne des OR und es sei daher die Wegbedingung der Haftung im ordentlichen Ausmass zulässig (149). Und das Bundesgericht ist wiederholt implizit von der gleichen Voraussetzung ausgegangen, indem es Freizeichnungserklärungen von Banken entsprechend OR 100 I beurteilte, ohne die Schranken von Abs. II zu erwähnen (149a).

c) Eine andere, von Gautschi vertretene Lehrmeinung steht auf dem Standpunkt, das *Auftragsrecht* enthalte in OR 398 eine *zwingende Regelung* der Haftung, und es sei aus diesem Grund jede Haftungsbeschränkung unwirksam (149b). Die herrschende Lehre – und mit ihr das *Bundesgericht* – haben jedoch diese Auffassung *abgelehnt* (149c).

5 Besondere Sicherheiten zugunsten der Bank

a) Zur Sicherung ihrer Ansprüche lassen sich die Banken in den AGB ein *Pfandrecht an allen Vermögenswerten des Kunden*, welche sie jeweils aufbewahren, einräumen.

Eine solche Klausel ist insofern nicht zu beanstanden, als der Pfandgegenstand nicht genau bestimmt zu sein braucht (150). Doch ist an BGE 51 II 273 ff zu erinnern: Danach ist eine allgemeine Pfandbestellung für künftige Forderungen so einzuschränken, dass sie sich nur auf Ansprüche beziehen soll, die aus der geschäftlichen Beziehung zwischen Bank und Kunde entstanden sind, nicht dagegen auf solche, welche die Bank von Dritten erworben hat. Mit Schmidt-Salzer (150a) ist daher anzunehmen, dass die Klausel insoweit unwirksam ist, als „es sich um Forderungen handelt, die nicht aus der betreffenden Geschäftsverbindung stammen.“ Allgemeiner ausgedrückt dürfte sich das Pfandrecht trotz seiner allgemeinen Formulierung nur „auf die Forderungen beziehen, die in den Bereich der vernünftig erwogenen, jetzigen oder zu erwartenden geschäftlichen Beziehungen der Parteien fallen . . .“ (151).

Damit wird die Durchsetzbarkeit der allgemeinen Pfandklausel im Einzelfall recht ungewiss. Tatsächlich schliessen denn auch die meisten Banken noch besondere Pfandverträge ab, entsprechend der Warnung Oftingers: „Jedenfalls würden die Gläubiger gut tun, die pfandrechtlich zu sichernden Forderungen möglichst genau zu bezeichnen.“ (151a) Die Praxis ist damit zu Recht kritischer als die bankenrechtliche Literatur, die jeweils ohne nähere Prüfung von der Gültigkeit allgemeiner Pfandklauseln ausgeht (151b).

b) Mit dem Pfandrecht verbunden ist ein *Verrechnungsrecht für alle Forderungen*, das m. E. keine Probleme stellt. Erwähnt sei nur, dass die Verrechenbarkeit „ohne Rücksicht auf die . . . Währung“, wie sie regelmässig vorgesehen ist, nicht gegen OR 120 I verstösst, wonach die zu verrechnenden Leistungen „ihrem Gegenstand nach gleichartig“ sein müssen (152).

c) Mit Bezug auf Wechsel, Checks und ähnliche Papiere erweitern die Banken ihre Rechte dadurch, dass sie sich die Möglichkeit vorbehalten, diskontierte oder gutgeschriebene Papiere im Falle der Nichtonorierung *zurückzubelasten*, aber gleichwohl für sich die spezifischen *Rechte aus dem Papier* gegen alle Verpflichteten zu *beanspruchen*.

6 Genehmigungsfiktionen

Für *Rechnungsauszüge* im Kontokorrent-Verkehr – gelegentlich auch für Rechnungs- und Depotauszüge schlechthin – wird jeweils vorgesehen, *Beanstandungen*

hätten *innerhalb eines Monats* zu erfolgen, andernfalls diese Auszüge *als genehmigt gälten* unter Einschluss der Genehmigung aller im Auszug enthaltenen Posten. Die Genehmigung sei anzunehmen unabhängig davon, ob der Kunde eine allfällige Richtigbefundsanzeige zurückgeschickt habe oder nicht.

Hiezu ist zunächst zu fragen, ob es überhaupt zulässig ist, in diesen Fällen die Passivität, das *Schweigen des Kunden als Zustimmung zu werten*. Dies ist zu *bejahen*: Wenn schon nach Gesetz (OR 6) das Schweigen einer Vertragspartei unter bestimmten Umständen als Zustimmung zu verstehen ist, dann muss es auch möglich sein, diese Konsequenz ausdrücklich zu vereinbaren.

Welches aber ist die *Tragweite dieser „Genehmigung“* seitens des Kunden? Auf den ersten Blick scheint darin eine Verwirkung sämtlicher Rechte zu liegen, im Rechnungsauszug nicht ausgeführte Forderungen gegenüber der Bank noch geltend zu machen. Ob eine solche Verwirkungsbestimmung zulässig wäre, mag hier offen bleiben (153), da der Norm m. E. diese schwerwiegende Konsequenz nicht zukommen kann.

Nach richtiger Auslegung will die Klausel wohl lediglich besagen, dass mit Fristablauf – und selbstverständlich auch durch die Unterzeichnung einer Richtigbefundsanzeige – eine *Novation entsprechend OR 117 II eintritt*. An die Stelle der bisherigen Einzelforderungen soll also eine *neue einheitliche Schuld* treten.

Damit aber steht fest, dass der *Kunde seine Rechte hinsichtlich unrichtig aufgeführter Positionen nicht verliert*: Auch die Novation muss nämlich auf einem Rechtsgrund beruhen (154), es kommt ihr also *keine absolute Bedeutung* zu. Vielmehr wird – in den Worten des Bundesgerichts (155) – eine Novation „nur insofern rechtlich wirksam, als die ursprünglichen Schuldverhältnisse, welche derselben zugrunde liegen, in formeller und materieller Hinsicht rechtsgültig und nicht anfechtbar sind“. Die Genehmigungsfiktion bezieht sich damit *nicht* auf Forderungen, welche im Rechnungsauszug unkorrekt oder gar nicht wiedergegeben worden sind. Insofern ist der in den AGB verwendete Text, die Anerkennung des Auszuges schliesse die Genehmigung „aller in ihm enthaltenen Posten“ ein, zu weit gefasst. Präziser wäre zu formulieren, es beinhalte die Anerkennung des Rechnungsauszuges die Genehmigung der in *formeller und materieller Hinsicht rechtsgültigen und nicht anfechtbaren Posten*.

Die Banken weisen übrigens durch die *Vorbehaltsklausel* bezüglich Rechnungsfehlern und Auslassungen (*salvo errore et omissione*) selber auf diese von Gesetzes wegen bestehende (156) Möglichkeit nachträglicher Korrektur hin.

Immerhin ist die Genehmigung insofern bedeutsam, als die neu entstehende Forderung keinen Schuldgrund mehr nennt, was zur Beweisabstraktheit und damit allenfalls zur *Umkehr der Beweislast* zulasten des Kunden führen kann (157).

7 Gestaltungsvorbehalte zugunsten der Bank

a) Die Banken behalten sich das Recht vor, *bestehende Geschäftsbedingungen jederzeit nach freiem Ermessen aufzuheben*. Dieser Vorbehalt ist für Mandatsverhältnisse im weitesten Sinn eigentlich selbstverständlich. Zulässig ist auch der Zusatz, wonach ein *ingeräumter Bankkredit jederzeit widerrufen werden könne*. Doch geht dieser Klausel die Festlegung der Kreditdauer im Einzelfall vor (158).

b) Weiter reservieren sich die Banken das Recht zur *jederzeitigen Änderung ihrer AGB*. Auch dies ist unproblematisch. Erwähnt sei nur, dass Änderungen natürlich keine rückwirkende Kraft zukommt und dass für die Verbindlichkeit revidierter AGB die gleichen Voraussetzungen gelten wie für die der ursprünglichen (159).

8 Bestimmungen über das anwendbare Recht und den Gerichtsstand

a) Die Rechtsbeziehungen mit den Kunden werden durchwegs ausdrücklich dem *schweizerischen Recht* unterstellt – eine Ordnung, die schon nach den allgemeinen Regeln des schweizerischen internationalen Privatrechts Geltung hätte, da es die Bank ist, welche die vertragstypischen Leistungen zu erbringen hat (160).

b) Als *ausschliesslicher Gerichtsstand* wird (mit einem einseitigen Vorbehalt zugunsten der Bank, auch bei anderen zuständigen Gerichten klagen zu können) der *Sitz der Bank* bzw. der *Ort der geschäftsführenden Niederlassung* vorgesehen.

Die Voraussetzungen für die Wirksamkeit solcher Gerichtsstandsabreden wurden bereits erörtert (161). Eine Durchsicht der AGB von Banken zeigt, dass in diesem Bereich gelegentlich eher fahrlässig vorgegangen wird. So ist die Klausel nicht immer besonders hervorgehoben, was deren Verbindlichkeit zumindest in den Fällen in Frage stellt, in welchen die AGB selbst nicht unterzeichnet wurden und auch die Verweisung auf sie keinen besonderen Hinweis auf den Gerichtsstand enthält. Bei Banken mit mehreren Niederlassungen wird zudem der zuständige Ort vielfach nicht explizit genannt, sondern es wird lediglich auf den „Ort der betreffenden Niederlassung der Bank“ verwiesen. Dies war in BGE 93 I 323 ff mit ein Grund für die Ungültigkeit einer Gerichtsstandsklausel (162).

9 Verweisung auf Spezialbedingungen

Neben den AGB haben die meisten Banken *Spezialbedingungen für besondere Geschäftszweige* ausgearbeitet, auf die in den AGB verwiesen wird. Ihre Verbindlichkeit stellt keine besonderen Probleme; sie richtet sich nach den gleichen Regeln wie die Verbindlichkeit der AGB selbst (163).

10 Probleme der Mehrsprachigkeit

Im Verkehr mit ausländischen Kunden können sich besondere Schwierigkeiten im Hinblick auf die *Übersetzung* von AGB ergeben. Zwar können die banktechnischen Begriffe in der Regel präzise übertragen werden. Wie aber sollen rechtliche Ausdrücke übersetzt werden, wenn im Ausland ein entsprechendes Institut gar nicht besteht? Wie ist etwa der Begriff „Betriebsort“ zu umschreiben, wenn im Ausland das Exekutionsverfahren ein gänzlich anderes ist?

Die Klausel, es sei der *deutsche oder französische Text massgebend*, dürfte gegenüber fremdsprachigen Ausländern im Hinblick auf die Unüblichkeitsregel nicht unbedingt genügen. Eine klare Rechtslage kann sich die Bank wohl nur dadurch verschaffen, dass sie der (bestmöglichen) Übersetzung oder Umschreibung den *offiziellen Ausdruck und/oder eine Verweisung auf die einschlägige Gesetzesstelle* beifügt. Dem ausländischen Kunden ist es dann zuzumuten, sich über die Bedeutung des Ausdrucks zu informieren.

11 Die Form der Inkorporation der AGB in die Einzelverträge

Verschiedene Wege gehen die einzelnen Banken in der Art und Weise, in der sie für die Anwendbarkeit der AGB in den individuellen Vertragsverhältnissen sorgen. Am sichersten ist es zweifellos, die Anerkennung seitens der Kunden durch *Unterzeichnung der AGB* festzuhalten (164). In der Praxis wird diese Form eher selten gewählt. Meist begnügen sich die Banken mit der *Unterzeichnung einer Verweisung* auf AGB, die auf der Rückseite des Dokuments abgedruckt oder diesem beigelegt sind. Auch solche Verweisungen reichen für die Verbindlichkeit aus. Doch dürfte es sich empfehlen, darin den Gerichtsstandshinweis ausdrücklich aufzunehmen, und zwar mit namentlicher Bezeichnung des zuständigen Orts.

IV. Rechtsvergleichende und rechtspolitische Hinweise

Zweck dieser Ausführungen war es, einen Überblick über das geltende schweizerische Recht der AGB – insbesondere im Hinblick auf die AGB von Banken – zu vermitteln. Zum Abschluss seien einige Hinweise auf die *Situation im Ausland* und auf *mögliche Rechtsentwicklungen* angefügt.

1 Die Behandlung der AGB im Ausland, insbesondere in Deutschland

a) Zu einer umfassenden Übersicht über die ausländischen Ordnungen ist hier nicht der Ort (165).

Erwähnt sei lediglich, dass das italienische Recht seit 1942, das israelische seit 1964 besondere Bestimmungen für AGB und Standardverträge kennen (166).

b) Etwas näher ist auf die Rechtslage in *Deutschland* einzutreten, da sich die deutsche Literatur und Judikatur besonders eingehend mit den Problemen der AGB auseinandergesetzt haben und da in Deutschland zur Zeit intensive Diskussionen im Hinblick auf eine allfällige gesetzliche Regelung im Gange sind (167).

Die geltende deutsche Ordnung weicht von der schweizerischen in zweierlei Hinsicht nicht unwesentlich ab: Einerseits *nimmt der deutsche Richter die Verbindlichkeit von AGB eher an als der schweizerische* (168), andererseits aber unterwirft er sie einer *umfassenden Inhaltskontrolle und -korrektur*, wobei als Massstab auf die billige, sachgerechte Regelung der Geschäftsbeziehungen verwiesen wird (169).

Interessant ist die zur Zeit im Gang befindliche *rechtspolitische Diskussion*: Von einer Ausdehnung der richterlichen Kontrolle und vom zusätzlichen Einbau relativ zwingender Normen in das Vertragsrecht über die verwaltungsrechtliche Präventivkontrolle (allgemeine Genehmigungspflicht für AGB) bis zum nachträglichen Aufsichtsverfahren und zur Aufstellung von Muster-AGB wurden und werden alle möglichen Varianten vertreten (170).

2 Rechtspolitische Vorschläge in der Schweiz

a) Bisher hat in der Schweiz keine grundlegende Diskussion über die AGB eingesetzt. Doch sind von verschiedener Seite Vorschläge für eine Weiterentwicklung des geltenden Rechts gemacht worden. Teils sollen diese im Rahmen der heutigen Rechtsordnung verwirklicht werden, teils werden Reformen mehr oder minder grossen Umfangs verlangt. Der allgemeine Tenor geht dahin, es sei der Kunde und namentlich der Konsument gegenüber seinem überlegenen Vertragspartner vermehrt zu schützen (171).

b) Hingewiesen wurde bereits darauf, dass verschiedene Autoren eine *umfassendere richterliche Inhaltskontrolle* aufgrund des geltenden Rechts für möglich halten (172). Andere sprechen sich für eine Ausdehnung der richterlichen Kompetenzen durch eine Teilrevision des OR aus (173).

c) Verlangt wird sodann *mehr zwingendes Gesetzesrecht*, das speziell Auswüchsen im Bereich der AGB steuern soll (174).

d) Am weitesten gehen schliesslich die Postulate, eine *Präventivkontrolle* für AGB einzuführen (175).

e) Persönlich könnte ich mich mit einer administrativen Präventivkontrolle (176) kaum befreunden, obwohl das Beispiel der Allgemeinen Versicherungsbedingungen, die seit Jahrzehnten der Präventivkontrolle unterstehen, beweist, dass ein solches Prüfungsverfahren mit liberalen Grundsätzen nicht unvereinbar wäre. Auch die Einführung zusätzlichen zwingenden Rechts scheint mir nicht unproblematisch, da sich entsprechende partielle Reformen – wie die bisherigen Erfahrungen zeigen – nur schwer organisch in die bestehende Kodifikation einfügen lassen. Dagegen wäre m. E. eine *umfassendere richterliche Kontrolle der AGB nach den Massstäben der Sachgerechtigkeit, Ausgewogenheit und Angemessenheit* durchaus begrüssenswert. Aus bereits angedeuteten Gründen (177) scheint mir eine solche Kontrolle allerdings nur nach einer *Gesetzesrevision* möglich.

f) Bei den Banken dürften alle diese Vorschläge kaum auf Gegenliebe stossen. Dazu ist zu sagen, dass wohl das beste Mittel, einer restriktiveren rechtlichen Behandlung vorzubeugen, darin besteht, die verwendeten Standardbedingungen billig und sachgerecht auszugestalten. Manche der in den AGB von Banken verankerten Sonderbestimmungen sind legitim. Andere aber sind vom Standpunkt des Kunden aus hart und lassen sich im Sinne einer angemessenen Risikoverteilung kaum rechtfertigen. Ich denke hier namentlich an die Wegbedingung der Haftung auch bei schuldhaftem Verhalten von Bankorganen. In dieser Hinsicht wäre es angebracht, die geltenden Bedingungen neu zu überdenken.

Anhang

Musterbedingungen der Schweizerischen Bankiervereinigung vom 19. 1. 1966

Allgemeine Geschäftsbedingungen

Die nachstehenden Bedingungen dienen einer klaren Regelung der gegenseitigen Beziehungen zwischen Kunden und Bank.

Art. 1 Verfügungsberechtigung

Die der Bank schriftlich bekanntgegebene Unterschriftenregelung gilt ihr gegenüber ausschliesslich und bis zu einem an sie gerichteten schriftlichen Widerruf, ungeachtet anderslautender Handelsregistereinträge und Veröffentlichungen.

Art. 2 Reklamationen der Kunden

Reklamationen des Kunden wegen Ausführung oder Nichtausführung von Aufträgen jeder Art oder Beanstandungen von Rechnungs- oder Depotauszügen sowie andern Mitteilungen sind sofort nach Empfang der diesbezüglichen Anzeige, spätestens aber innert der von der Bank angesetzten Frist anzubringen; unterbleibt eine Anzeige, so hat die Beanstandung zu erfolgen, sobald die Anzeige dem Kunden im gewöhnlichen Postlauf hätte zugehen müssen. Bei späteren Reklamationen trägt der Kunde den Schaden.

Art. 3 Mitteilungen der Bank

Mitteilungen der Bank gelten als erfolgt, wenn sie an die letzte vom Kunden bekanntgegebene Adresse abgesandt worden sind. Als Zeitpunkt des Versandes gilt vermutungsweise das Datum der im Besitze der Bank befindlichen Kopien oder Versandlisten. Banklagernd zu haltende Post gilt im Zweifel als zugestellt am Datum, das sie trägt.

Art. 4 Unterschriften- bzw. Legitimationsprüfung

Den aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln und Fälschungen entstehenden Schaden trägt der Kunde, sofern die Bank kein grobes Verschulden trifft.

Art. 5 Mangelnde Handlungsfähigkeit

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.

Art. 6 Übermittlungsfehler

Den aus der Benutzung von Post, Telegraph, Telephon, Telex, andern Übermittlungsarten oder Transportanstalten, namentlich aus Verlust, Verspätung, Missverständnissen, Verstümmelungen oder Doppelausfertigungen entstehenden Schaden trägt der Kunde, sofern die Bank kein grobes Verschulden trifft.

Art. 7 Mangelhafte Ausführung von Aufträgen

Wenn infolge Nichtausführung oder mangelhafter Ausführung von Aufträgen (Börsenaufträge ausgenommen) Schaden entsteht, so haftet die Bank lediglich für den Zinsausfall, es sei denn, sie sei im Einzelfall auf die drohende Gefahr eines darüber hinausgehenden Schadens hingewiesen worden.

Art. 8 Pfand- und Verrechnungsrecht

Die Bank hat an allen Vermögenswerten, die sie jeweils für Rechnung des Kunden bei sich selbst oder anderswo aufbewahrt, ein Pfandrecht und bezüglich aller Forderungen ein Verrechnungsrecht für alle ihre jeweils bestehenden Ansprüche, ohne Rücksicht auf die Fälligkeit oder Währung. Dies gilt auch für Kredite und Darlehen mit speziellen oder ohne Sicherheiten. Soweit Wertpapiere nicht auf den Inhaber lauten, werden sie der Bank hiemit verpfändet. Die Bank ist nach ihrer Wahl zur zwangsrechtlichen oder freihändigen Verwertung der Pfänder berechtigt, sobald der Kunde mit seiner Leistung in Verzug ist.

Art. 9 Kontokorrentverkehr

Ziff. 1 Gutschrift, bzw. Belastung der vereinbarten oder üblichen Zinsen, Kommissionen, Spesen und Steuern erfolgen nach Wahl der Bank vierteljährlich, halbjährlich oder jährlich. Die Bank behält sich vor, ihre Zins- und Kommissionsansätze jederzeit, namentlich bei geänderten Geldmarktverhältnissen, abzuändern und dem Kunden hievon auf dem Zirkularweg oder auf andere geeignete Weise Kenntnis zu geben.

Wenn die Rechnungsauszüge der Bank nicht spätestens innert einem Monat beanstandet werden, gelten sie als genehmigt, und zwar auch dann, wenn die vom Kunden zu unterschreibende Richtigbefundsanzeige bei der Bank nicht eingetroffen ist. Die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung des Rechnungsauszuges schliesst die Genehmigung aller in ihm enthaltenen Posten sowie allfällige Vorbehalte der Bank in sich.

Ziff. 2 Die den *Guthaben in fremder Währung* entsprechenden Gegenanlagen werden auf den Namen der Bank, jedoch anteilmässig auf Rechnung und Gefahr des Kunden bei von der Bank als gut erachteten Korrespondenten in- oder ausserhalb des betreffenden Währungsgebietes angelegt. Der Kunde trägt insbesondere die Gefahr von gesetzlichen oder behördlichen Beschränkungen und Lasten.

Über Guthaben in Fremdwährung kann der Kunde durch Verkauf, Checkziehungen, Checkbezüge und Überweisungen verfügen, auf andere Art nur mit Zustimmung der Bank.

Art. 10 Wechsel, Checks und andere Papiere

Die Bank ist berechtigt, diskontierte oder gutgeschriebene unbezahlte Wechsel, Checks und andere Papiere zurückzubelasten. Trotzdem verbleiben ihr die wechselrechtlichen, checkrechtlichen oder andern Ansprüche auf Zahlung des vollen Betrages der Wechsel und Checks mit Nebenforderungen gegen jeden aus dem Papier Verpflichteten bis zur Begleichung eines vorhandenen Schuldsaldos.

Art. 11 Kündigung der Geschäftsbeziehungen

Die Bank behält sich vor, bestehende Geschäftsbeziehungen, insbesondere zugesagte oder erteilte Kredite, mit sofortiger Wirkung aufzuheben, wobei allfällige Forderungen sofort zur Rückzahlung fällig werden. Vorbehalten bleiben anderslautende Abmachungen.

Art. 12 Gleichstellung der Samstage mit Feiertagen

Im gesamten Geschäftsverkehr mit der Bank werden die Samstage einem staatlich anerkannten Feiertag gleichgestellt.

Art. 13 Anwendbares Recht und Gerichtsstand

Alle Rechtsbeziehungen des Kunden mit der Bank unterstehen dem schweizerischen Recht. Erfüllungsort, Betreibungsort für Kunden mit ausländischem Wohnsitz und ausschliesslicher Gerichtsstand für alle Verfahren ist der Ort der betreffenden Niederlassung der Bank. Die Bank hat indessen auch das Recht, den Kunden beim zuständigen Gericht seines Wohnsitzes oder jedem andern zuständigen Gericht zu belangen.

Art. 14 Vorbehalt besonderer Bestimmungen

Für besondere Geschäftsarten gelten neben diesen AGB von der Bank erlassene Sonderbedingungen, so insbesondere für:

...

Im übrigen gelten für Börsengeschäfte die Platzusancen, für Dokumentargeschäfte die von der internationalen Handelskammer aufgestellten einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive und für das Inkasso- und Diskontgeschäft die von der Schweizerischen Bankiervereinigung aufgestellten allgemeinen Bestimmungen.

Art. 15 Änderungen der allgemeinen Geschäftsbedingungen

Die Bank behält sich jederzeitige Änderungen der allgemeinen Geschäftsbedingungen vor. Diese werden dem Kunden auf dem Zirkularwege oder auf andere geeignete Weise bekanntgegeben und gelten ohne Widerspruch innert Monatsfrist als genehmigt.

Anmerkungen

- 1 *Literatur* (nachfolgend nur mit dem Verfassernamen und allenfalls einem Stichwort zitiert): Eugen Auer: Die richterliche Korrektur von Standard-Verträgen (Diss Bern 1964 = Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 361); Theodor Bühler: Standard-Verträge und Allgemeine Geschäftsbedingungen unter Kaufleuten insbesondere im internationalen Handelsverkehr, SJZ 72 (1976) 1 ff; Felix Erb: Die Bankvollmacht (Diss Fribourg 1974) 33 ff; Werner Hecht: Der Standardisierte Vertrag, ZSR 79 (1960) 47 ff; Max Keller: Die Auslegung obligationenrechtlicher Verträge, SJZ 57 (1961) 313 ff insb. 319 ff; Beat Kleiner: Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Giro- und Kontokorrentvertrag (2. A. Zürich 1963); Hans Merz: Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Festschrift Schönenberger (Freiburg 1968) 137 ff; ders.: Le contrôle judiciaire des conditions générales du contrat en droit suisse, Semaine Judiciaire 97 (1975) 193 ff; Walter Naegeli: Allgemeine Geschäftsbedingungen (Diss Zürich 1951); Philippe Nordmann: Le contrat d'adhésion, abus et remèdes (Diss Lausanne 1974); Robert Patry: Les contrats d'adhésion comme source de droit, ZBJV 91bis (1955) 367 ff; Gian Franco Rusca: Über das Wesen und die rechtliche Tragweite der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der schweizerischen Banken, Wirtschaft und Recht 9 (1957) 211 ff; Schönenberger/Jäggi: Zürcher Kommentar zum OR (Zürich 1973) Art. 1 N 427 ff; Paul-Arthur Treyvaud: Le contrat de dépôt bancaire (Diss Lausanne 1972); Otto Wanner: Rechtsnatur und Verbindlichkeit der AGB der schweizerischen Grossbanken (Diss Zürich 1938); Walter Yung: Les éléments objectifs dans les contrats civils et commerciaux, in: Etudes et articles (Genf 1971) 228 ff; H. Zimmermann: Über die „Allgemeinen Kontokorrentbedingungen“, SJZ 17 (1920) 129 ff, 145 ff, 164 ff. – Aus der sehr reichhaltigen

deutschen Literatur seien lediglich erwähnt: Claus-Wilhelm Canaris, HGB, Grosskommentar, 3. A. (3. Band, Berlin 1975), Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, 1214 ff; Günter Haupt: Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken (Leipzig 1937); Heinz Kötz: Welche gesetzgeberischen Massnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen? (Gutachten für den 50. Deutschen Juristentag, München 1974); Philipp Möhring: Die gesetzliche Regelung des Rechts der AGB und die AGB der Banken, NJW 27 (1971) 1689 ff; Ludwig Raiser: Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Hamburg 1935, Nachdruck Bad Homburg 1961); Manfred Rehbinder: Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts (Berlin 1972); ders: Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Recht im sozialen Rechtsstaat (Opladen 1973) 107 ff; Joachim Schmidt-Salzer: Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen (Berlin 1967); ders: Allgemeine Geschäftsbedingungen (München 1971); Peter Ulmer: Referat vor dem 50. Deutschen Juristentag (vgl. auch die anschliessende Diskussion), in: Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages (München 1974). Vgl. ferner die „Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ (2. Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, Bonn 1975). – *Umfassende Literaturangaben* bei Nordmann und Canaris.

Meinem Assistenten, Herrn lic. iur. Ch. Pestalozzi, bin ich für seine wertvolle Mithilfe bei der Zusammenstellung des Materials und der Klärung einzelner Rechtsfragen zu Dank verpflichtet. Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. A. Meier-Hayoz, der das Manuskript kritisch durchgesehen und mir manche nützliche Anregung gegeben hat.

- 2 Wanner 16 f; vgl. aber Zimmermann 129, wonach schon 1920 die meisten Banken allgemeine Kontokorrentbedingungen kannten; vgl. auch Raiser 34.
- 3 Vgl. die bei Naegeli I aufgeführten Begriffsumschreibungen; ferner Schönenberger/Jäggi, Art. 1 N 436; Nordmann 3; Erb 35 ff; Schmidt-Salzer (Allgemeine Geschäftsbedingungen) 3; Gierke/Sandrock: Handels- und Wirtschaftsrecht (Berlin 1975) 43. Sehr detailliert die Definition von Wilhelm Weber: Zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Neue Juristische Wochenschrift 21 (1968) 1 ff, 2: „Unter ‚Allgemeinen Geschäftsbedingungen‘ versteht man eine zusammenfassende, in sich geschlossene, vorformulierte, standardisierte Regelung einzelner Punkte rechtlicher und tatsächlicher, letztere meist rechtlich relevanter Natur, die von dem einen Rechtsgenossen (Unternehmer) für eine meist nicht begrenzte Anzahl von Geschäften mit jeweils verschiedenen Vertragspartnern (Kunden) ausgearbeitet und vervielfältigt werden und die den Vertragspartnern als verpflichtende Bedingungen für den Abschluss und die Durchführung eines Rechtsgeschäftes gestellt werden“.
- 4 Diese Eigenschaft wird in sämtlichen der zahlreichen Publikationen über die AGB betont, unabhängig davon, wie sich die Autoren zur Wünschbarkeit dieses Instituts stellen, vgl. etwa Bühler 4; Guhl/Merz/Kummer: Obligationenrecht (6. A. Zürich 1972) 119; Hecht 57 f; Merz (Festschrift Schönenberger) 138, 141; ders. (Semaine Judiciaire) 196; Naegeli 8; Raiser 20; Rusca 212; Schönenberger/Jäggi Art. 1 N 436; Wanner 60; Yung 242. Kritische Bemerkungen bei Nordmann 46 f.
- 5 So ausdrücklich Patry 371 und Bühler 4.
- 6 Schönenberger/Jäggi Art. 1 N 436; Gierke/Sandrock (zit. Anm. 3) 44.
- 7 So etwa Rusca 212; kritisch auch hiezu Nordmann 47; tatsächlich finden sich in den AGB, welche die Gerichte beschäftigt haben, recht häufig unklare Bestimmungen, vgl. etwa BGE 81 II 155 ff, 82 II 443 ff, 91 I 11 ff, 93 I 323 ff.
- 8 Dazu Gierke/Sandrock (zit. Anm. 3) 44; Rehbinder (in: Recht im sozialen Rechtsstaat) 109 f.
- 9 Rusca 218.

- 10 Naegeli 15; Schönenberger/Jäggi Art. 1 N 436; Yung 242.
- 11 Reh binder (in: Recht im sozialen Rechtsstaat) 110.
- 12 Vgl. Patry 367 ff; Merz (Semaine Judiciaire) 195.
- 13 Raiser 42; in anderen Branchen bestehen Formularverträge und AGB, welche von den Organisationen beider Vertragsparteien ausgehandelt wurden (vgl. etwa die von Hauseigentümer- und Mieterverbänden gemeinsam herausgegebenen Standard-Mietverträge; ferner Wanner 44).
- 14 Dazu etwa Nordmann 29 und Merz (Festschrift Schönenberger) 155 f.
- 15 In der Theorie wird denn auch differenziert zwischen AGB, welche zwischen Kaufleuten verwendet werden und solchen, die für das kaufmännisch nicht geschulte Publikum bestimmt sind, vgl. etwa Bühler 5; Nordmann 8 f; ferner die Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, passim. Für die AGB von Banken ist diese Unterteilung untauglich, kommen sie doch unterschiedslos gegenüber verzierten Kaufleuten wie im Verkehr mit dem allgemeinen Publikum zum Zuge. Die Praxis trägt aber – wie zu zeigen sein wird (nachstehend II. Ziff. 1 c a. E., Ziff. 2 c, Ziff. 3 c) – der Geschäftserfahrung des Kunden bei der Auslegung und Anwendung im Einzelfall Rechnung.
- 16 Merz (Semaine Judiciaire) 195; Patry 367 ff.
- 17 Merz (Festschrift Schönenberger) 136; Treyvaud 26.
- 18 Hecht 60. Kritisch zum Begriff „Unterwerfungsvertrag“ Naef (zit. Anm. 107) 23, der aber betont, der Ausdruck bezeichne „in treffender Weise die tatsächliche Situation des Vertragsschlusses auf Grund allgemeiner Bedingungen“.
- 19 Vgl. etwa Wanner 52 ff.
- 20 Vgl. Nordmann 43 f; Merz (Festschrift Schönenberger) 139; Guhl/Merz/Kummer (zit. Anm. 4) 119. Vgl. ferner die rechtstatsächliche Untersuchung von Heinz Keller: Allgemeine Geschäftsbedingungen (Diss Bern 1970 = Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 395); sodann die kritischen Bemerkungen in BGE 64 II 382.
- 21 Zur rechtlichen Situation im Ausland vgl. die Hinweise der Literaturzitate nachstehend IV. Ziff. 1.
- 22 Vgl. Merz (Festschrift Schönenberger) 136; Rusca 212.
- 23 Schönenberger/Jäggi Art. 1 N 476; Merz (Festschrift Schönenberger) 147; Canaris Anm. 1208.
- 24 Zu den verschiedenen Lehrmeinungen ausführlich Patry 374 ff. sowie Dieter Hart: Allgemeine Geschäftsbedingungen und Justizsystem (Kronberg 1975) 13 ff., 22 ff.; vgl. auch Merz (Festschrift Schönenberger) 143 f.
- 25 Treyvaud 28; Yung 243; Nordmann 57; Weber (zit. Anm. 3) 3; ferner auch etwa Hermann Hämmerle: Handelsrecht (Graz/Wien/Köln 1959/60) Bd. II 1049; Kleiner 9 f; Schönenberger/Jäggi Art. 1 N 433.
- 26 Zu diesem Problem sehr ausführlich Naegeli 130 ff.
- 27 Vgl. Naegeli 231; Hecht 65; Nordmann 59 sowie etwa BGE 64 II 357 und 76 I 350.
- 28 Nordmann 59 f; Schönenberger/Jäggi Art. 1 N 451 ff.
- 29 Vgl. die Ausführungen in BGE 85 II 565 ff, insb. 569 ff, wo verneint wurde, dass die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform erfüllt sei durch eine Klausel, die in einem nicht eigens unterzeichneten und auch nicht durch Verweisung gedeckten Anhang aufgeführt ist.
- 30 Vgl. etwa BGE 47 II 160 ff, 77 II 154 ff, 83 II 522 ff, 91 II 356 ff.
- 31 Vgl. Nordmann 60.
- 32 Vgl. Merz (Semaine Judiciaire) 200; Nordmann 57.
- 33 Vgl. etwa BGE 47 II 160 ff, 77 II 154 ff.
- 34 Kleiner 10; ebenso Rusca 217. Der von den beiden Autoren zitierte BGE 52 II 280 ist für dieses Problem nicht einschlägig. Kritisch zu Rusca: Yung 244.

- 35 Vgl. Schönenberger/Jäggi zu Art. 6; Hermann Becker: Berner Kommentar zum OR, Allgemeiner Teil (Bern 1945) Art. 1 N 39; zur Anwendbarkeit dieses Grundsatzes auf die Frage eines stillschweigenden Akzepts von AGB vgl. Naegeli 234; kritisch Nordmann 60.
- 36 Merz (Festschrift Schönenberger) 147; vgl. e contrario auch BGE 83 II 524, wo hervor-
gehoben wird, dass die Gegenpartei *keine* Kenntnis vom Bestand von AGB hatte und dass
diese deshalb unverbindlich seien.
- 37 Vgl. Nordmann 61; m. E. zu Recht verlangen daher Oser/Schönenberger für die AGB der
Spediteure eine ausdrückliche Verweisung beim Verkehr mit Nichtkaufleuten, vgl. Zürcher
Kommentar zum OR (Zürich 1945) Art. 439 N 4.
- 37a Ebenso Wanner 98.
- 38 Vgl. Naegeli 233.
- 39 Vgl. BGE 77 II 154 ff; ZR 7 (1908) Nr. 144; Merz (Festschrift Schönenberger) 147;
einschränkend jedoch die Präzisierung nachstehend lit. g).
- 40 Vgl. BGE 77 II 154 ff, 47 II 160 ff; ferner Yung 243; zurückhaltend die Ausführungen in
BGE 91 II 360. – Massgebend dürften dabei die AGB der Bank sein, welche die banken-
spezifische Leistung erbringt, vgl. nachstehend bei Anm. 73a.
- 41 Merz (Semaine Judiciaire) 200; Yung 243 f; ferner Weber 4; vgl. auch die Überlegungen in
BGE 91 I 11 ff. Auch bei Rechtsgeschäften mit im Ausland wohnenden Personen ist –
selbst wenn diese grundsätzlich im Bankgeschäft erfahren sind – Zurückhaltung bei der
Anerkennung der Verbindlichkeit angebracht, vgl. Canaris Anm. 1211 f.
- 42 Guhl/Merz/Kummer (zit. Anm. 4) 119 f; Nordmann 61.
- 43 Vgl. Kleiner 11.
- 44 Vgl. SJZ 63 (1967) 160 f; 62 (1966) 330.
- 45 Vgl. SJZ 53 (1957) 29 sowie 77; 60 (1964) 160.
- 46 Vgl. Merz (Festschrift Schönenberger) 145.
- 47 Über die tatsächliche Ähnlichkeit vgl. nachstehend III. Ziff. 1a.
- 48 So für Grossbanken schon 1938 Wanner 93.
- 49 Wanner 98.
- 50 Vgl. Naegeli 247 f.
- 51 Schmidt-Salzer (Allgemeine Geschäftsbedingungen) 29.
- 52 Vgl. Canaris Anm. 1209.
- 53 Die Situation in Deutschland ist von der schweizerischen insofern verschieden, als die
deutschen Banken einheitliche AGB akzeptiert haben, vgl. nachstehend bei Anm. 130.
- 54 Umgekehrt deutet Naegeli 247 ff den Umstand, dass der Verweisungswille jeweils aus-
drücklich erklärt wird, als Indiz dafür, dass bei Stillschweigen die AGB keine Geltung
haben sollen.
- 55 Vgl. Guhl/Merz/Kummer (zit. Anm. 4) 119 f.
- 56 Peter Liver: Der Begriff der Rechtsquelle, ZBJV 91 bis (1955) 1 ff, 22.
- 57 93.
- 58 35; vgl. auch Merz (Festschrift Schönenberger) 146.
- 59 Zu den Präzisierungen dieses Grundsatzes vgl. nachstehend Ziff. 2 d).
- 60 BGE 76 I 350.
- 61 Karl Oftinger: Die ungelesen unterzeichnete Urkunde und verwandte Tatbestände, in:
Festschrift Simonius (Basel 1955) 267 mit zahlreichen Judikaturhinweisen; besonders mit
bezug auf die AGB vgl. Zimmermann 129; Schönenberger/Jäggi Art. 1 N 487;
Treyvaud 30; Merz (Festschrift Schönenberger) 149; vgl. auch Hecht 65. – Dies gilt auch
für die Unterzeichnung eines Vertrages in einer Fremdsprache, derer man nicht mächtig ist,
vgl. Semaine judiciaire 93 (1974) 413, ferner ZR 69 (1970) Nr. 96.
- 62 Vgl. Kleiner 10; Nordmann 59; Schmidt-Salzer (Allgemeine Geschäftsbedingungen) 55 f.
- 63 Schönenberger/Jäggi Art. 1 N 457.

- 64 BGE 77 II 156, ebenso ZR 52 (1953) Nr. 40 S. 72.
- 65 Vgl. die Hinweise in BGE 91 II 349, ferner ZR 52 (1953) Nr. 40 S. 72.
- 66 Einzelheiten bei Naegeli 255 ff und Schönenberger/Jäggi Art. 1 N 451 ff.
- 67 Dazu im einzelnen Naegeli 255 ff; ferner Schmidt-Salzer (Allgemeine Geschäftsbedingungen) 45 und Nordmann 59.
- 68 Vgl. Merz (Festschrift Schönenberger) 147, Naegeli 259 f, SJZ 41 (1945) 320 f Nr. 149 im Gegensatz zu SJZ 40 (1944) 146 Nr. 86.
- 69 Naegeli 277.
- 70 Treyvaud 29.
- 71 Vgl. Schmidt-Salzer 50 f; ferner BGE 77 II 154 f.
- 71a Ausführlich zu diesem Problem und seinen möglichen Lösungen Raiser 222 ff.
- 72 So Gierke/Sandrock (zit. Anm. 3) 46 f.
- 73 So Schmidt-Salzer (Allgemeine Geschäftsbedingungen) 38; ferner Schönenberger/Jäggi, Art. 1 N 485.
- 73a So Canaris Anm. 1215–1217. Nach Canaris tendiert auch der deutsche Bundesgerichtshof zu dieser Lösung.
- 74 Vgl. Auer 6 ff; Merz (Semaine Judiciaire) 201 f; Nordmann 67 ff.
- 74a Ein weiteres Beispiel findet sich in Basler Juristische Mitteilungen 4 (1957) 273 ff.
- 75 Vgl. v. a. Merz (Festschrift Schönenberger) 155; ferner auch die Anregungen für eine breitere Anwendung der Übervorteilungsregeln bei Emil Stark: Die Übervorteilung (Art. 21 OR) im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts (Basel 1975) 377 ff, insb. 387 ff; kritisch zur Anwendbarkeit von OR 21 Nordmann 70 ff.
- 76 Die grundsätzliche Anwendbarkeit wird vorausgesetzt in BGE 64 II 357. Kritisch auch hiezu Nordmann 67 ff.
- 77 Vgl. in diesem Zusammenhang BGE 51 II 281 f, wo eine Pfandklausel „für alle . . . noch erlaufenden Verbindlichkeiten“ in dieser allgemeinen Formulierung als gegen ZGB 27 II verstossend betrachtet wurde; ferner Auer 18 sowie die Ausführungen zu den Gerichtsstandsvereinbarungen, nachfolgend lit. c).
- 78 Raiser 231 ff; Merz (Festschrift Schönenberger) 153; Schönenberger/Jäggi Art. 1 N 491; eingehend Naegeli 295 ff.
- 79 Vgl. auch BGE 81 II 350, ferner 73 II 225.
- 80 Vgl. Schönenberger/Jäggi, Art. 1 N 493.
- 81 Vgl. Raiser 23, 235 f; Naegeli 295; Schönenberger/Jäggi Art. 1 N 494; zu prüfen wäre immerhin, ob eine solche Klausel nicht als speziell kundgegebene *Beschränkung der Vertretungsmacht* der verhandelnden Angestellten zu deuten und als solche wirksam sein könnte. In diesem Sinne wohl Schönenberger/Jäggi Art. 1 N 519 a. E. und ZR 69 (1970) Nr. 96, wo der formularmässige Ausschluss mündlicher Nebenabreden beim Vertragsabschluss mit einem Vertreter für gültig erachtet wurde.
- 82 Die allgemeine Regel, wonach die Unterzeichnung eines ungelesenen oder nicht verstandenen Vertragstextes dessen Anerkennung bedeutet, gilt also nicht.
- 83 Vgl. ZR 49 (1950) Nr. 24.
- 84 Vgl. BGE 62 I 81 ff.
- 85 Vgl. BGE 49 I 49 f, ferner SJZ 51 (1955) 313 f Nr. 161.
- 86 BGE 93 I 323, insb. 328 f. Das Gericht stützte sich in diesem Entscheid allerdings auch darauf, die Klausel sei nicht genügend klar abgefasst.
- 87 Bejahend BGE 56 I 350, wohl eher verneinend BGE 87 I 56.
- 88 BGE 91 I 16. Vgl. in diesem Zusammenhang auch ZR 61 (1962) Nr. 50.
- 89 BGE 76 I 338 ff, insb. 350.
- 89a Dazu nachstehend bei Anm. 107 f.

- 90 Unrichtig m. E. Kleiner 16, der im Hinblick auf Gerichtsstandsklauseln generell voraussetzen will, es sei der Girokunde einer Bank „in geschäftlicher Hinsicht nicht als unerfahren zu betrachten“.
- 91 Vgl. BGE 93 I 328; a. M. offenbar Kleiner 16.
- 92 Vgl. etwa BGE 98 I 314 ff, 94 II 62 ff, 91 I 15, 81 I 57, SJZ 51 (1955) 313 Nr. 161. Explizit SJZ 39 (1942/43) 11 f Nr. 1, S. 12: „Der in der Klausel enthaltene Verzicht auf den verfassungsmässig garantierten Gerichtsstand allein vermag die strengen Anforderungen, die das Bundesgericht an die Erkennbarkeit und Klarheit der Gerichtsstandsabrede gestellt hat, zu rechtfertigen.“ Vereinzelt wird dagegen in ZR 27 (1921) 62 Nr. 36 erklärt, die besonderen Regeln für Gerichtsstandsklauseln seien auch ausserhalb des Bereichs von Art. 59 anwendbar.
- 93 Art. 59 ist nur im *interkantonalen* Verhältnis wirksam, nicht dagegen *innerkantonal*.
- 94 Vgl. vorn II. Ziff. 1 f.
- 95 BGE 76 I 350 mit weiteren Judikaturhinweisen, vgl. auch Oftinger (zit. Anm. 61) 268 f.
- 96 Merz (Festschrift Schönenberger) 148; vgl. auch ders. (Semaine Judiciaire) 198; ähnlich schon Raiser 247. Ausführlich und kritisch zur Ungewöhnlichkeitsregel Nordmann 63 ff.
- 97 Vgl. BGE 49 II 167 ff.
- 98 BGE 51 II 273 ff.
- 99 Vgl. BGE 64 II 380 ff.
- 100 Vgl. BGE 99 V 1 ff.
- 101 Vgl. Auer 15; Schönenberger/Jäggi Art. 1 N 499.
- 102 Vgl. die Ausführungen in BGE 96 V 3 f.
- 103 Vgl. etwa Merz (Festschrift Schönenberger) 149 f; ders. (Semaine Judiciaire) 198; Schönenberger/Jäggi Art. 1 N 504, 508; ferner auch Nordmann 63.
- 104 Vgl. Nordmann 36.
- 104a Merz (Festschrift Schönenberger) 149.
- 105 Vgl. vorn bei Anm. 92.
- 106 Vgl. Schönenberger/Jäggi Art. 1 N 510; Gierke/Sandrock (zit. Anm. 3) 51.
- 107 Schönenberger/Jäggi Art. 1 N 488; Nordmann 57 f; ZR 48 (1949) Nr. 153 S. 297; ausführlich im Hinblick auf Allgemeine Versicherungsbedingungen Hans Naef: Über die Auslegung des Versicherungsvertrages (Diss. Zürich 1950), insb. 28 ff.
- 108 BGE 87 II 242, vgl. auch BGE 92 II 384 mit zahlreichen Literaturangaben. Zum Vertrauensprinzip als Grundlage der Auslegung ausführlich Arthur Meier-Hayoz: Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss (Diss. Zürich 1948) 127 ff.
- 109 Nordmann 76.
- 110 Dazu Oftinger (zit. Anm. 61).
- 111 320.
- 112 164.
- 113 218.
- 114 Vgl. Schmidt-Salzer (Allgemeine Geschäftsbedingungen) 78 ff; Canaris Anm. 1222; Gierke/Sandrock (zit. Anm. 3) 49; Möhring 1689.
- 115 So die herrschende schweizerische Lehre, vgl. Schönenberger/Jäggi Art. 1 N 490; Nordmann 80 ff; Merz (Semaine Judiciaire) 201; Patry 287.
- 116 Vgl. BGE 91 I 16.
- 117 Vgl. BGE 77 II 156, ZR 49 (1950) Nr. 24.
- 118 Vgl. Schönenberger/Jäggi Art. 1 N 488 f; Merz (Festschrift Schönenberger) 152 f; ders. (Semaine Judiciaire) 200; Auer 10; Hecht 66; Nordmann 77; Möhring 1690; ablehnend im Hinblick auf die Auslegung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen Keller 321.

- 119 Vgl. etwa BGE 99 II 90, 93 I 388, 92 II 348, 87 II 242, 82 II 451 f, 81 II 159. – Die Regel gilt nicht, wenn beide Parteien bei der Fassung des Vertragstextes mitgewirkt haben, BGE 99 II 293.
- 120 BGE 91 I 16, 93 I 323.
- 121 BGE 74 II 81.
- 122 BGE 87 II 234.
- 123 Vgl. BGE 82 II 452; noch weitergehend Merz (Festschrift Schönenberger) 152, wonach sich der Kunde „allenfalls auch auf eine Deutung berufen können (muss), die nur den Kreisen eigentümlich ist, denen er angehört, soweit der AGB verwendende Unternehmer sich an diese Kreise wendet“.
- 124 Vgl. Nordmann 78.
- 125 66 f.
- 126 Nachweise und Kritik dieser verdeckten Inhaltskontrolle bei Auer 11 f; sehr kritisch Keller 321; vgl. auch Nordmann 78 f.
- 127 Vgl. Hecht 66.
- 128 Vgl. Schmidt-Salzer (Allgemeine Geschäftsbedingungen) 87, wonach die Gerichte Klauseln abgelehnt haben, die unangemessen, unbillig oder nicht sachgerecht sind. Nach Rehbinder (Allgemeine Geschäftsbedingungen 25) gilt als Leitsatz der deutschen Billigkeitsprüfung, „dass die Interessen beider Parteien ähnlich wie im ‚verdrängten‘ dispositiven Recht berücksichtigt werden“.
- 129 Vgl. den Hinweis bei Nordmann 80, wonach das Bedürfnis nach einer exakten Formulierung die Klauseln „technischer“, „juristischer“ und damit schwerer verständlich werden lässt.
- 130 Vgl. Treyvaud 27; Kleiner 9; ausführlich Canaris passim.
- 130a Vgl. Anhang. Zur Entstehung vgl. Erb 41 ff.
- 131 Vgl. etwa Nordmann.
- 132 So der stereotype Ingress.
- 133 Vgl. vorn I. Ziff. 1. sowie die folgenden Ausführungen.
- 133a Erb (49) weist jedoch zurecht darauf hin, dass die Bank aufgrund ihrer allgemeinen Sorgfaltspflichten auch den *mündlichen* Widerruf beachten muss, dass somit die Klausel insoweit unwirksam ist, als *Schriftlichkeit* des Widerrufs verlangt wird.
- 134 Zimmermann 131; vgl. auch nachstehend Ziff. 3.
- 135 Semaine Judiciaire 94 (1972) 33; BGE 41 II 487 ff; Becker (zit. Anm. 35) Art. 100 N 2; Peter Hürlimann: Die Haftung für den aus der Einlösung falscher oder verfälschter Checks entstandenen Schaden (Diss Zürich 1927) 149 ff.
- 136 BGE 64 II 356.
- 137 So ausdrücklich BGE 41 II 491.
- 137a Weitergehend Georg Gautschi: Berner Kommentar zum Recht des einfachen Auftrags (3. A. Bern 1971) Art. 398 N 25 b, der im Hinblick auf die Zahlung an einen Unberechtigten erklärt: „Die Bank haftet auch dann, wenn sie leichtes Verschulden bei der Legitimationsprüfung wegbedungen haben sollte.“ Die Ansicht Gautschis wurde in einem nicht amtlich publizierten Entscheid des Bundesgerichts vom 15. 10. 1960 (teilweise abgedruckt bei Kleiner 13, Anm. 14) verworfen.
- 138 212.
- 139 Vorbehältlich einer amtlichen Publikation dieses Zustandes.
- 140 Vgl. August Egger: Zürcher Kommentar zum Familienrecht, 3. Abt. (Zürich 1948) Art. 411 N 5; ders.: Zürcher Kommentar zum Personenrecht (2. A. Zürich 1930) Art. 18 N 3; von Tuhr/Peter: Allgemeiner Teil des Schweizerischen OR, Band I (Zürich 1974) 212.
- 141 72, 74.

- 142 Anm. 1364.
- 143 Allgemeine Geschäftsbedingungen 98.
- 144 BGHZ 52 (1969) 61 ff.
- 144a Erb 55 ff.
- 144b Peter Jäger: Der Vertrauensschutz im Verkehr mit handlungsunfähigen Personen (Diss. Zürich 1946) 47 ff.
- 144c 49.
- 144d Ähnlich Erb, der betont, die Klausel verlange, „dass die Bank im Zeitpunkt der Vornahme des betreffenden Geschäftes gutgläubig war“ (56). Erb schliesst daraus, die Klausel vermöge „die Bank nicht gegen Nachlässigkeiten ihres Personals zu schützen“.
- 145 So ausdrücklich Haupt 66 f und Canaris Anm. 1346.
- 145a Gl. M. Erb 57 f, der ausserdem hervorhebt, dass die Klausel auch dann rechtswirksam ist, „wenn die mangelnde Handlungsfähigkeit des Dritten amtlich publiziert worden ist . . .“.
- 146 Vgl. Josef Ackermann: Die Wegbedingung der Haftung für Verschulden nach schweizerischem Recht (Diss. Zürich 1931) 68 f; Ruth Erika Habicht: Der Checkvertrag und das Checkrecht (Diss. Zürich 1956) 40 f, 70 f; Conrad H. Stockar: Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht, Basler Studien zur Rechtswissenschaft Heft 98 (Basel 1971) 52 f; Lelio Vieli: Die Rechtsfolgen des Checkverlustes nach schweizerischem und nach französischem Recht (Diss. Zürich 1954) 118 ff, insb. 121 f; ferner die Ausführungen bei Becker (zit. Anm. 35) Art. 100 N 8. – A. M. Kleiner 14.
- 147 Vgl. dazu etwa die Definition bei André Grisel: Droit administratif suisse (Neuchâtel 1970) 143; ferner Nikola Korrodi: Die Konzession im schweizerischen Verwaltungsrecht (Diss. Zürich 1973) 35, wonach die Erteilung von Konzessionen im *freien behördlichen Ermessen* liegt, und Erwin Ruck: Schweizerisches Verwaltungsrecht Bd. I (3. A. Zürich 1951) 104 ff. Auf die Bewilligung zum Bankbetrieb dagegen besteht ein *Rechtsanspruch*, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, vgl. Robert Reimann: Kommentar zum BG über die Banken und Sparkassen (3. A. Zürich 1963) 27.
- 148 Die Bewilligungspflicht bestand schon vor der Novelle von 1971, ist aber in dieser verschärft und präzisiert worden. Zum Verfahren vgl. etwa Heinz Schütz: Die Revision der schweizerischen Bankgesetzgebung in den Jahren 1971 und 1972 (Diss. Bern 1974) 108 ff. – M. W. vertritt nur Kleiner (14) – und zwar ohne Begründung – die Auffassung, es sei keine eidgenössische Polizeierlaubnis zur Ausübung des Bankgewerbes notwendig.
- 148a Becker (zit. Anm. 35) Art. 100 N 8, der allerdings eine gewisse persönliche Zurückhaltung antönt; ebenso Hugo Oser: Zürcher Kommentar zum OR, Allgemeiner Teil (Zürich 1929) Art. 100 N 5 und im Anschluss an diese und weitere Autoren Stockar (zit. Anm. 146) 25; Vieli (zit. Anm. 146) 121; Habicht (zit. Anm. 146) 41. – Kritisch Kleiner 13 f.
- 148b Zu weit geht dagegen m. E. das von Stockar (zit. Anm. 146) 52 vertretene Postulat einer generellen analogen Anwendung der Normen von OR 100 II und 101 III auf Freizeichnungsklauseln in Standardverträgen. Dies schon deshalb, weil das schweizerische Recht richterliche Eingriffsmöglichkeiten nur sehr beschränkt zulässt; vgl. Hans Giger: Grundsätzliches zum richterlichen Eingriff in den Vertrag, ZBJV 105 (1969) 320 f.
- 149 Semaine Judiciaire 94 (1972) 33 ff, insb. 39.
- 149a BGE 41 II 491; 64 II 358.
- 149b Vgl. Gautschi (zit. Anm. 137a) Art. 395 N 72, insb. lit. d, wo von der „Unabdingbarkeit der gesetzlichen Sorgfaltsnormen“ gesprochen wird, ferner Gautschi Art. 398 N 25 b.
- 149c Vgl. Oser/Schönenberger (zit. Anm. 37) Art. 398 N 1; Hermann Becker: Berner Kommentar zum OR, 2. Abteilung (Bern 1934) Art. 398 N 6; Erb 53; Kleiner 12 f und der dort auszugsweise wiedergegebene, nicht amtlich publizierte BGE vom 28. 10. 1960.

- 150 Karl Oftinger, Zürcher Kommentar zum Fahrnispfandrecht (Zürich 1952) Art. 884 N 98 und 202.
- 150a Allgemeine Geschäftsbedingungen 140.
- 151 Oftinger (zit. Anm. 150) Art. 884 N 130. Vgl. auch Schönenberger/Jäggi, Art. 1 N 499, wonach eine Pfandabrede im Depotreglement einer Bank geschäftsfremd wäre und damit – als ungewöhnliche Regel – nur Wirksamkeit hätte, wenn der Kunde nachweisbar der betreffenden Regel im vollen Bewusstsein zugestimmt hat.
- 151a Oftinger (zit. Anm. 150) Art. 884 N 131.
- 151b Vgl. die Literaturübersicht bei Oftinger (zit. Anm. 150) Art. 884 N 132. Ausführlich und ausgewogen zur Problematik Oftinger, Art. 884 N 128 ff.
- 152 Vgl. die eingehenden Erörterungen und Literaturnachweise bei Günter Henn: Die Verrechnung von Fremdwährungsforderungen nach Schweiz. OR, ZSR 77 (1958) I 320 ff, insb. 342 ff; ferner die Erwägungen bei von Tuhr/Escher: Allgemeiner Teil des schweiz. OR, Band II (Zürich 1974) 194 f. Zum gleichen Ergebnis kommt das Bundesgericht, nach dessen Auffassung OR 120 für Geldsummen Gleichartigkeit gar nicht verlangt, vgl. BGE 63 II 383 ff, insb. 391 f.
- 153 Zur Zulässigkeit von Klageverwirkungsklauseln in Versicherungsverträgen vgl. BGE 50 II 540 sowie 48 II 284.
- 154 Becker (zit. Anm. 35) Art. 117 N 6.
- 155 BGE 23, 113; vgl. auch BGE 100 III 85 f.
- 156 Becker (zit. Anm. 35) Art. 117 N 5.
- 157 Vgl. Canaris Anm. 1296.
- 158 Vgl. BGE 70 II 212 ff und vorn bei N 78.
- 159 Vgl. vorn II. Ziff. 1.
- 160 Vgl. in diesem Zusammenhang Frank Vischer: Internationales Privatrecht, in: Schweiz. Privatrecht Bd. I (Basel 1969) 672 ff.
- 161 Vorn II. Ziff. 2 c). – Zu den banküblichen Gerichtsstandsklauseln ausführlich Erb 58 ff.
- 162 Vgl. die Erwägungen auf S. 329. Ein weiteres Beispiel für die Nichtanerkennung der Gerichtsstandsklausel einer Bank findet sich in BGE 91 I 11 ff.
- 163 Vgl. vorn II. Ziff. 1.
- 164 Vgl. die Ausführungen und Judikaturhinweise von Hecht 65, wonach die Gerichte dazu neigen, unterschriebene Bedingungen als bindend zu betrachten.
- 165 Dafür sei verweisen auf die ausführlichen rechtsvergleichenden Hinweise bei Nordmann 15 ff; ferner auf Merz (Festschrift Schönenberger) 141 ff und auf Karl H. Neumayer: Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Der Beitrag von Lehre und Gerichtspraxis der nordischen Staaten, in: Festschrift Laufke (Würzburg 1971) 149 ff.
- 166 Vgl. zum italienischen Recht Nordmann 18 ff.; zum israelischen Merz (Festschrift Schönenberger) 143.
- 167 Vgl. dazu die vorn Anm. 1 zit. deutsche Lit. sowie – als Beispiele für neuere Diskussionsbeiträge – Martin Wolf: Gesetz und Richterrecht bei AGB, Juristenzeitung 29 (1974) 465 ff; Heinrich Rupp: Verfassungsrechtliche und rechtspolitische Überlegungen zur Problematik Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: Festschrift Bärmann (München 1975) 787 ff; Gerhard Hohmann: Möglichkeiten einer besseren verfahrensrechtlichen Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Juristenzeitung 30 (1975) 590 ff, ferner zum Stand der Diskussion Peter Schlosser: Verfahrenskontrolle unangemessener AGB, Zeitschrift für Rechtspolitik 8 (1975) 148 ff. – Besonders mit bezug auf die AGB von Banken Möhring, der diese aus einer allfälligen gesetzlichen Ordnung ausklammern will.
- 168 Es genügt grundsätzlich, dass mit dem Vorhandensein von AGB gerechnet werden muss, etwa deshalb, weil diese handelsüblich sind, vgl. die in Anm. 1 zit. Lit.
- 169 Vgl. auch dazu die vorn Anm. 1 zit. Lit.

- 170 Die Arbeitsgruppe für AGB beim Bundesminister der Justiz hat sich in ihrem Zweiten Teilbericht vom März 1975 für eine nachträgliche abstrakte gerichtliche Normenkontrolle und für die Aufstellung von Muster-AGB ausgesprochen; vgl. die Vorschläge der Arbeitsgruppe, zit. Anm. 1.
- 171 Vgl. Bühler 2 f; ferner Nordmann 8 f, der die zwischen Kaufleuten verwendeten AGB bewusst von seiner Untersuchung ausnimmt.
- 172 Vgl. vorn II. Ziff. 2 e).
- 173 So Stockar 54 ff; zu den recht engen Grenzen richterlicher Kontrolle nach geltendem Recht vgl. die Referate von Merz und Deschenaux in ZSR 61 (1942) 394a ff und 511a ff sowie Giger (zit. Anm. 149) 320 f.
- 174 Vgl. Merz (Semaine Judiciaire) 206; Guhl/Merz/Kummer (zit. Anm. 4) 120; ferner auch Rehbinder (Kontrolle) 36 ff.
- 175 So mit ausführlicher Begründung Nordmann 41, 125 ff.
- 176 Die heute in Deutschland wegen des allzu grossen Aufwandes überwiegend abgelehnt wird, vgl. Schlosser (zit. Anm. 167) 149.
- 177 Vgl. vorn II. Zif. 2 e).

Sonderdruck aus

Rechtsprobleme der Bankpraxis

Beiträge von

Dr. Werner de Capitani
Dr. Walter Egger
Prof. Dr. Peter Forstmoser
Dr. Harald G. Huber
Dr. Paul-Dieter Klingenberg

Herausgegeben von Prof. Dr. Peter Forstmoser

Bankwirtschaftliche Forschungen Band 36

VERLAG PAUL HAUPT BERN UND STUTTGART 1976