

Schadensabwälzungsklauseln in der Inhaltskontrolle

In the absence of valid payment instructions, the bank cannot debit its customer's account for monies paid. The general terms and conditions usually shift the risk of forged or otherwise invalid payment instructions to the customer unless the bank acted in gross negligence. This article focuses on different clauses shifting that risk away from the banks and their compliance with the new article 8 of the Swiss Unfair Competition Act.

PD Dr. Arnold F. Rusch, LL.M., Universitäten Zürich und Fribourg

SZW 2012, 439 ff.

I. Einführung

Wenn eine Bank auf Geheiss unberechtigter Drittpersonen Zahlungen tätigt, stellt sich die Frage, ob die Bank oder ihr Kunde letztlich den Schaden tragen soll. Grundsätzlich fehlt eine Weisung. Die Bank zahlt deshalb mit ihrem eigenen Geld und erleidet einen Schaden, den sie mit der vorformulierten Schadensabwälzungsklausel dem Kunden aufbürdet. Dieselben Fragen stellen sich, wenn Dritte Kreditkartendaten oder E-Banking-Systeme missbrauchen. Die Bankinstitute tragen zwar den bei *hacking* und *skimming* verursachten Schaden meist selbst, doch würden die relevanten Klauseln vordergründig eine Schadensabwälzung zulassen.¹ Aus Gründen der Übersichtlichkeit widmen sich die nachfolgenden Gedanken ausschliesslich den Legitimationsmängeln bei Zahlungsaufträgen oder Bargeldbezügen.

II. Vertragsrechtliche Einordnung

Der Vertrag über ein Konto lässt sich als Innominatekontrakt unter das Recht des Darlehens (Art. 312 ff. OR) oder der Hinterlegung (Art. 472 OR) subsumieren. Die genaue Einordnung spielt vorliegend keine Rolle, denn beide Vertragstypen sehen die Rückerstattung an den Darleher oder Hinterleger vor (Art. 312, 318, 475 Abs. 1, 481 Abs. 1 OR). Jede Zahlung der Bank stellt, wenn sie gemäss den Weisungen des Kontoinhabers erfolgt, eine teilweise oder vollständige Erfüllung dieser Rückerstattungspflicht dar. Auf den Kontovertrag ist auch Auftragsrecht anwendbar. Dieses definiert den Sorgfaltsmassstab bei der Abwicklung der Zahlungsaufträge, die Weisungen im Rahmen des Auftrags darstellen.²

III. Rechtslage ohne AGB

Das Bundesgericht hat die Rechtslage ohne AGB treffend zusammengefasst: „*Der Schuldner hat dem Gläubiger zu leisten. Leistet er an einen Dritten, erfüllt er nach schweizerischem Recht grundsätzlich*

¹ Vgl. Barandun Angela, «Skimming ist für uns das grösste Problem im Kartengeschäft», Tages-Anzeiger, 30. November 2011, 35; vgl. Ziff. 2, 6.1. und 6.2. der AGB der UBS zur Kreditkarte, Internet: http://www.ubs.com/2/g/cards_online/documents/g/71159_agb_cards_g.pdf, 15. Oktober 2012; vgl. Ziff. E. 2.3 und 2.4 der AGB der SGKB zum E-Banking (Internet: https://www.sgkb.ch/de/online-services/online-services_e-banking/e-banking_recht/e-banking_recht_bedingungen.htm, 15. Oktober 2012); vgl. die Beschreibung des Skimming bei Schulte am Hülse Ulrich/Welchering Peter, Der Anscheinsbeweis bei missbräuchlicher Bargeldabhebung an Geldautomaten mit Karte und Geheimzahl, NJW 2012, 1262 ff., 1264; vgl. Arter Oliver/Jörg Florian S., Kreditkartenverträge - unter besonderer Berücksichtigung von Rückbelastungsklauseln, AJP 2004, 425 ff., 429; vgl. die Gerichtsfälle vor Inkrafttreten des § 675u BGB, der nur die bisherige Rechtslage festhält (vgl. Omlor Sebastian, Kommentar zu §§ 675c-676c BGB, Berlin 2012, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, BGB 675u N 8-11); BGH, Urteil vom 23. April 1991 - XI ZR 128/90 in NJW 1991, 1886 ff. und BGH, Urteil vom 17. Mai 1984 - II ZR 280/83 in NJW 1984, 2460 ff.

² Vgl. Urteil BGer 4C.377/2000, E. 1b; vgl. Handelsgericht ZH, Urteil vom 1. April 2003, ZR 2005, Nr. 28, E. V.2.

nicht, selbst wenn er gutgläubig ist, es sei denn, die Leistung an den Dritten sei vertraglich vereinbart, entspreche einer Weisung oder Ermächtigung des [SZW 2012, 439/440] Gläubigers, werde von diesem nachträglich genehmigt oder erfolge aufgrund einer allgemeinen Verkehrsübung, kraft Gesetzes oder in Befolgung einer behördlichen Anordnung (...).³ Weitere Fälle sind im Bereich des Vertrauenschutzes und bei fahrlässigem Umgang mit Legitimationsmitteln seitens des Bankkunden denkbar.⁴ Ausserhalb dieser Fälle ist eine Belastung des Kontos ausgeschlossen. Die Bank hat definitiv mit ihrem eigenen Geld bezahlt. Es ist ihr Schaden. Belastet sie das Konto dennoch, hat der Kunde deswegen keinen Schadenersatzanspruch, sondern den Erfüllungsanspruch bezüglich des unbelasteten Kontosaldo.⁵ Der Erfüllungsanspruch unterliegt einer Reduktion, wenn die Fälschung dem Bankkunden vorwerfbar ist, weil er beispielsweise Formulare herumliegen liess oder anderen Personen Zugang zu Formularen ermöglicht hat. Die Grundlage dafür bildet Art. 99 Abs. 3 i.V.m. 44 OR, auch wenn es sich um einen Erfüllungsanspruch handelt, oder das Entgegenhalten eigener Ansprüche der Bank gemäss Art. 97 Abs. 1 OR, Art. 41 Abs. 1 OR, Art. 402 Abs. 2 OR.⁶

IV. Rechtslage mit Schadensabwäzungsklausel

Die häufig anzutreffende Klausel Schweizer Banken lautet wie folgt (nachfolgend „Klausel 1“): „Unterschriften- bzw. Legitimationsprüfung. Die Bank prüft die Legitimation durch Vergleich der Unterschriften mit den bei ihr deponierten Unterschriften. Zu einer weitergehenden Legitimationsprüfung ist die Bank nicht verpflichtet, aber berechtigt. Aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln und Fälschungen entstehenden Schaden trägt der Kunde, sofern der Bank kein grobes Verschulden nachgewiesen werden kann.“⁷

Ein Institut verwendet diese Klausel (nachfolgend „Klausel 2“): „Die Bank ist verpflichtet, die Legitimation des Kunden und der Bevollmächtigten mit der geschäftsüblichen Sorgfalt zu prüfen. Wird diese Pflicht durch die Bank, ihre Mitarbeiter oder Hilfspersonen verletzt, so trägt die Bank einen dadurch entstandenen Schaden. Liegt keine Pflichtverletzung vor, so trägt der Kunde den infolge von Legitimationsmängeln entstandenen Schaden.“⁸

Klausel 3 regelt zwar noch die Aufteilung bei beiderseitigem Verschulden, nicht aber den Fall, in dem gar keine der Parteien ein Verschulden trifft: „Die Bank prüft die Legitimation der Kunden und ihrer Vertreter mit der geschäftsüblichen Sorgfalt. Sie trifft angemessene Massnahmen zur Vermeidung von Beträgereien. Der Kunde bewahrt seine Bankunterlagen sorgfältig auf und hält Informationen, die Bankgeschäfte ermöglichen, geheim, sodass Unbefugte nicht darauf zugreifen können. Bei der Erteilung von Aufträgen beachtet er alle zumutbaren Vorsichtsmassnahmen, um Beträgereien zu vermeiden. Diebstahl und Verlust von Identifikationsdokumenten, Karten und Codes sind der Bank umgehend anzuzeigen. Wer seine Sorgfaltspflichten verletzt, trägt den daraus resultierenden Schaden. Haben sowohl die Bank als auch der Kunde zum Eintritt des Schadens beigetragen, bestimmt sich

³ Urteil BGer 4C.28/2003, E. 3.2.1 und 9C_137/2012, E. 4.3.

⁴ Vgl. Gauch Peter, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, recht 2006, 77 ff., 79 und Urteil BGer 4C.28/2003, E. 3.2.1.

⁵ Vgl. Bucher Eugen, Wer haftet wem? recht 1984, 97 ff., 99 f.

⁶ Zum Ganzen siehe Handelsgericht ZH, Urteil vom 1. April 2003, ZR 2005, Nr. 28, E. VII.B.2; vgl. BGE 111 II 263 ff., 265 ff., BGE 112 II 450 ff., 457.

⁷ Internet: http://www.valiant.ch/fileadmin/_temp_/Basisdokument_v0102.pdf (Ziff. 2; 15. Oktober 2012); vgl. statt vieler die Appenzeller Kantonalbank (Art. 12) und Coop Bank (Ziff. 2), Internet: https://www.appkb.ch/download/online/AGB_2011.pdf und www.bankcoop.ch/agb.pdf (beide 15. Oktober 2012).

⁸ Vgl. Internet: https://www.credit-suisse.com/ch/privatkunden/doc/agb_de.pdf, ähnlich bei Gutzwiller www.gutzwiller.ch/de/AGB-d.pdf (beide 15. Oktober 2012).

nach den Grundsätzen des Mitverschuldens, in welchem Umfang Bank und Kunde den Schaden zu tragen haben.“⁹

1. Bisheriges Korrektiv zur Schadensabwälzungsklausel

Das Bundesgericht korrigiert die Schadensabwälzungsklausel durch analoge Anwendung des Art. 100 Abs. 2 OR.¹⁰ Die doppelt analoge Rechtsanwendung ist im Ergebnis zu begrüßen, doch nicht ganz unprob- [SZW 2012, 440/441] lematisch. Banken gehören *erstens* nicht zu den obrigkeitlich konzessionierten Gewerben. Sie verfügen lediglich über eine Polizeibewilligung.¹¹ *Zweitens* geht es nicht um eine Freizeichnung, sondern um eine Schadensabwälzung. Die Klausel schliesst nicht die Haftung gegenüber dem Kunden aus, sondern wälzt den selber erlittenen Schaden auf diesen ab.

Die in Art. 100 Abs. 2 OR vorgesehene Rechtsfolge im Ermessen des Richters ist offen. Der Richter *kann* die Klausel als nichtig betrachten, *muss* dies aber nicht tun. Er hat bei seinem Entscheid einerseits zwischen dem „*Schutzbedürfnis des Kunden, namentlich hinsichtlich vorformulierter Vertragsbedingungen*“ und anderseits dem „*Bedürfnis der Bank zum Ausschluss von Risiken, deren Vermeidung nicht in ihrem Machtbereich liegt*“¹² zu entscheiden. Das Bundesgericht lässt dabei die Frage offen, ob man bei Anwendung des Auftragsrechts überhaupt eine Freizeichnung vornehmen könne, da die Sorgfalt zum Vertragsinhalt gehört (Art. 398 Abs. 2 OR). In der Lehre ist die Frage strittig.¹³ In gleicher Weise kann man vorbringen, dass sich Banken angesichts der vertretbaren Anwendbarkeit des Hinterlegungsvertragsrechts nicht von der geschuldeten *sicheren Verwahrung* des Geldes (Art. 472 Abs. 1 OR) über die Hintertüre der Schadensabwälzung wieder lossagen können. Zur sicheren Verwahrung gehört auch, dass die Verwahrerin das Geld nicht – zumindest nicht folgenlos – einer anderen Person ausbezahlt.

Bei Klausel 2 liegt vom Wortlaut her keine Einschränkung der Abwälzung auf leichtes Verschulden der Bank vor. Entscheidend ist, ob leichtes Verschulden im Sinne von Art. 100 Abs. 2 OR bereits eine Verletzung der geschäftsüblichen Sorgfalt darstellt. Da sich der Fahrlässigkeitsbegriff stets an den Verkehrsgegebenheiten orientiert,¹⁴ lässt sich Klausel 2 so interpretieren. Es ist sogar die wahrscheinlichere Variante. Wer also leichtfahrlässig den Legitimationsmangel nicht erkennt, hat auch die geschäftsübliche Sorgfalt leicht verletzt. Weniger überzeugend ist die Auslegung, dass leichte Fahrlässigkeit noch keine Verletzung der geschäftsüblichen Sorgfalt bedeutet. Die so interpretierte Klausel könnte der Richter gestützt auf Art. 100 Abs. 2 OR als nichtig betrachten.¹⁵ Problematisch ist jeden-

⁹ AGB der St. Galler Kantonalbank SGKB, Ziff. A1 (Internet: https://www.sgkb.ch/download/online/SGKB_AGB_A4_DE.pdf, 15. Oktober 2012).

¹⁰ Urteil BGer 4C.81/2002, E. 2, 4A_54/2009, E. 1 und BGE 112 II 450 ff., 455; *BSK-Wiegand*, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel/Genf/München 2011 (zitiert: *BSK-Verfasser*), OR 100 N 11, mit weiteren Hinweisen.

¹¹ Vgl. *Weber Rolf H.*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 5. Teilband, Art. 97–109 OR, Bern 2000 (zitiert: *BK-Weber*) OR 100 N 120–125 mit einer Übersicht über die verschiedenen Lehrmeinungen in N 121–123; vgl. zur Rechtfertigung *Thévenoz Luc*, in: *Thévenoz Luc/Werro Franz* (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code des obligations I*, Art. 1-529 CO, 2. A., Basel 2012 (zitiert: *CR-Verfasser*), OR 100 N 27.

¹² Urteil BGer 4C.81/2002, E. 3.1, BGE 112 II 450 ff., 455 f. In beiden Fällen hat das Bundesgericht die Vorinstanzen geschützt, die die Klauseln als nichtig betrachteten.

¹³ Vgl. BGE 124 III 155 ff., 165, m.w.H.

¹⁴ Vgl. *Rey Heinz*, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4. A., Zürich 2008, N 843 ff.; vgl. Urteil BGer 4A_22/2008, E. 4; vgl. BGE 108 II 314 ff., 318; vgl. *BSK-Wiegand* (Fn. 10), OR 97 N 43 und OR 99 N 6.

¹⁵ Wenn man die zweite Auslegung als nicht abwegig erachtet, gestaltet sich die Anwendung der Unklarheitenregel schwierig. Die Variante, wonach leichte Fahrlässigkeit noch keine Verletzung der geschäftsüblichen Sorgfalt bedeutet, wäre nur dann für den Kunden günstiger, wenn sie der Richter nach der Kann-Vorschrift des Art. 100 Abs. 2 OR als nichtig erachtet.

falls wie bei Klausel 1 die *Zufallshaftung* des Kunden. Trifft die Bank und den Kunden kein Verschulden, muss der Kunde den Schaden tragen. Die Gedanken bei Ziff. 2 widmen sich diesem Problem.

Meist sind es *Angestellte* der Bank, die die Legitimationsprüfung bei Zahlungen vornehmen. Die Haftung für deren Verschulden könnten die Banken im weitergehenden Art. 101 Abs. 3 OR *ohne den Vorbehalt richterlichen Ermessens* bis auf leichtes Verschulden wegbedingen. Diese Norm liesse sich theoretisch auch analog auf die Schadensabwälzung anwenden. Klausel 1 erwähnt die Hilfspersonen indes nicht explizit, was das Bundesgericht einschränkend auslegt und wegen der Unklarheit zur *interpretatio contra proferentem* schreitet.¹⁶ Klausel 2 erwähnt die Hilfspersonen zwar, zieht daraus aber keine unterschiedlichen Folgen. Deshalb lässt sich für sie aus Art. 101 Abs. 3 OR nichts ableiten. Ohnehin bejahen Gerichte bei falschen Auszahlungen schnell ein *Organisationsverschulden*, das sich nur nach Massgabe des restiktiveren Art. 100 Abs. 2 OR einschränken oder abwälzen lässt.¹⁷

Die Ungewöhnlichkeitsregel kam, soweit ersichtlich, in diesem Kontext nie zur Anwendung. Die weite und alltägliche Verbreitung der Schadensab- [SZW 2012, 441/442] wälzungsklausel schliesst die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel für unerfahrene Kunden zwar nicht unbedingt aus,¹⁸ doch ergibt sich mit dem neuen Art. 8 UWG eine eindeutigere Lösung, auf die sich der Fokus nachfolgend richtet.

2. Vereinbarkeit mit Art. 8 UWG

Der neue Art. 8 UWG ist seit dem 1. Juli 2012 in Kraft: „*Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.*“ Treu und Glauben stellen den Massstab der Prüfung dar, kein eigenes Tatbestandsmerkmal. Dies ergibt sich aus dem Vergleich zum Wortlaut der EU-Richtlinie, die dem revidierten Art. 8 UWG als Modell gedient hat.¹⁹ Das Missverhältnis beurteilt sich im Vergleich zum dispositiv anwendbaren Recht, zum gesetzlichen Leitbild²⁰ oder im Vergleich zwischen den vertraglichen Rechten und vertraglichen Pflichten und der Interessenslage. Glücklicherweise führen alle drei Interpretationen des Art. 8 UWG im vorliegenden Falle zu demselben Resultat. Der Vergleich zur Rechtslage ohne AGB zeigt eine gravierende Änderung. Den von der Bank erlittenen Schaden muss bei den Klauseln 1 und 2 plötzlich der Bankkunde tragen, un-

¹⁶ Vgl. BGE 124 III 155 ff., 165 und Appellationsgericht BS, Urteil vom 7. März 1978 in BJM 1978, 305 ff., 307; vgl. dazu Rusch Arnold F./Bornhauser Philip R., Korrektiv zur Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung, AJP 2010, 1228 ff., 1229 f., 1237.

¹⁷ Vgl. Rusch/Bornhauser (Fn. 16), AJP 2010, 1231 ff., mit Hinweisen auf Bezirksgericht Horgen, Urteil vom 11. März 1992 in SJZ 1994, 65, Urteil BGer 4A_36/2008 und BGE 124 III 155 ff., 162 („Missorganisationsverschulden“).

¹⁸ Vgl. BGE 119 II 443 ff., 446; vgl. dazu Gauch (Fn. 4), recht 2006, 84.

¹⁹ Vgl. Bericht UWG-Revision, 15 (Internet: <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1615/Bericht.pdf>, 15. Oktober 2012) und die Botschaft zum UWG (BBI 2009, 6171); vgl. Schmid Jörg, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 2012, 1 ff., 14, Kut Ahmet/Stauber Demian, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, Jusletter 20. Februar 2012, N 125, Stöckli Hubert, Der neue Art. 8 UWG - offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, BR 2011, 184 ff., 184, derselbe, UWG 8 – Aufbruch oder perte d'une chance? HAVE 2012, 199 ff., 205 und die Literatur zur Richtlinie: vgl. Pfeiffer Thomas, in: Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard, Das Recht der europäischen Union, Band IV, Sekundärrecht, A. Verbraucher- und Datenschutzrecht (herausgegeben von Manfred Wolf), 40. Ergänzungslieferung, München 2009, A5, Art. 3 N 64; vgl. Coester Michael, Kommentar zu § 307 BGB N 91, 96, 97, Berlin 2006, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen.

²⁰ Beide Vergleichspunkte sind strittig, vgl. Schott Ansgar, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen – zur Inhaltskontrolle, ST 2012, 78 ff., 80, der sich für das erhebliche Ungleichgewicht am Massstab der Übervorteilung (Art. 21 OR) orientieren will – als Massstab für eine AGB-Kontrolle ist dies nicht zielführend; vgl. Kut/Stauber (Fn. 19), N 120, die einzige Vertragszweck und Interessen als Kriterien akzeptieren. Die Gegenpositionen vertreten Rusch Arnold F./Maissen Eva, Gutscheine mit Einlösungfrist, Jusletter 12. Dezember 2011, N 21, Rusch Arnold F., Bankgebühren vor der Inhaltskontrolle, recht 2011, 170 ff., 172, Furrer Andreas, Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz? HAVE 2011, 324 ff., 327 und Schmid (Fn. 19), ZBJV 2012, 11.

abhängig davon, ob ihn ein Verschulden an der Fälschung trifft. Dies ist sogleich relevant für die Beurteilung des *gesetzlichen Leitbilds*, wonach man vertraglich nur bei Verschulden haften soll.²¹ Eine *Zufallshaftung* im Sinne einer *verschuldensunabhängigen Schadensüberwälzung* ist dem Schweizer Vertragsrecht fremd.²² Wo sie existiert – beispielsweise in Art. 208 Abs. 2 OR oder ähnlich in der Gefahrtragungsregel des Art. 185 Abs. 1 OR – provoziert sie Kritik²³ und hartnäckigen Druck, deren ungewollte Folgen mit extensiver Auslegung „besonderer Verhältnisse“ zu vermeiden.²⁴ Aber auch die Interessen der beiden Vertragsparteien zeigen ein klares Bild. Der Bankkunde muss ein nicht steuerbares Risiko tragen, das sein ganzes Bankguthaben auffressen kann. Hat er ein Konto mit Überziehungsmöglichkeit, trägt er ein noch grösseres Risiko. In beiden Fällen kann dies zum finanziellen Ruin des Bankkunden führen. Die Bank hingegen hat das Risiko besser im Griff. Sie kann es durch die notwendige Sorgfalt bei der Legitimationsprüfung erkennen, aufgrund der Grösse und Vielzahl von Kundenbeziehungen besser tragen und auch versichern.²⁵ Der Blick auf das anwendbare Hinterlegungsvertrags- und Auftragsrecht zeigt dasselbe Bild. Bei der Hinterlegung schuldet die Bank die sichere Aufbewahrung (Art. 472 Abs. 1 OR). Die Schadensabwälzungsklausel nimmt dieses Verspre- [SZW 2012, 442/443] chen zu einem erheblichen Teil wieder zurück. Ebenso relativiert die Schadensabwälzungsklausel die bei Zahlungsaufträgen geschuldete auftragsrechtliche Sorgfalt (Art. 398 Abs. 2 OR). Eine *Rechtfertigung* für dieses erhebliche Ungleichgewicht ist nicht ersichtlich. Handelt es sich beim Bankkunden um einen *Konsumenten*, liegt auch noch die letzte Voraussetzung des Art. 8 UWG vor.

Wie also müsste eine gültige Klausel lauten? Sie sollte eine Abwälzung nur *im Ausmass eines allfälligen Kundenverschuldens* vorsehen. Damit gilt für den Fall, dass keine der beiden Parteien ein Verschulden trifft, die gesetzliche Lage, bei der die Bank den eigenen Schaden ohne Abwälzung tragen muss. Diese Anforderungen erfüllt einzig Klausel 3, weil sie diesen Fall nicht regelt.²⁶

3. Rechtsfolge der Verletzung von Art. 8 UWG

Die Rechtsfolge eines Verstosses – nicht nur gegen Art. 8 UWG, sondern auch gegen Art. 100 f. OR – kann bei allgemeinen Geschäftsbedingungen nur in der Ganznichtigkeit der Klausel bestehen. Alle anderen Lösungen verschieben das ohnehin gestörte Kräfteverhältnis beim Rechtsschutz *ad absurdum*. Die geltungserhaltende Reduktion auf das zulässige Mass setzt bei AGB auf beiden Seiten einen falschen Anreiz. Banken könnten *erstens* ohne Rechtsnachteile übermässige Schadensabwälzungs- oder Freizeichnungsklauseln in ihren AGB aufführen, im Wissen, dass die Gerichte diese im schlimmsten Fall auf das noch zulässige Mass reduzieren. Die Bankkunden müssten *zweitens* mit vollem Kostenrisiko gegen übermässige Klauseln kämpfen, bei denen die geltungserhaltende Reduktion die Aussicht auf eine adäquate Rechtsfolge um einen grossen Teil kappt. Wenn eine Bank den Schaden unabhängig vom Verschulden des Bankkunden abwälzt, soll sie auch die allenfalls zulässige Freizeichnung verlieren. Wer ein neues Gesetz gegen missbräuchliche AGB schafft, muss auch wollen, dass es Wirkung entfaltet. Nur die Ganznichtigkeit erfüllt diese Erwartung. Banken passen *ex ante* ihre AGB an, weil nur gültige Freizeichnungen Bestand haben und Kunden klagen *ex post*, weil es sich nur lohnt, wenn die Freizeichnung ganz wegfällt. Die Ablehnung der geltungserhaltenden Reduktion im

²¹ Vgl. zu diesem Gedanken in Deutschland BGH, Urteil vom 18. März 1997 - XI ZR 117/96 in NJW 1997, 1700 ff., 1702; dies entspricht auch der aktuellen Rechtslage in § 675u/v BGB, der Schadenersatzansprüche gegen den Bankkunden zulässt, sofern diesen ein Verschulden trifft (vgl. *Staudinger-Omlor* (Fn. 1), BGB 675u N 16).

²² Vgl. *Bucher* (Fn. 5), recht 1984, 101 f.

²³ Vgl. *BSK-Honsell* (Fn. 10), OR 208 N 8.

²⁴ Vgl. *BSK-Koller* (Fn. 10), OR 185 N 35 ff., m.w.H.

²⁵ Dieser Gedanke bei BGH, Urteil vom 23. April 1991 - XI ZR 128/90 in NJW 1991, 1886 ff., 1888, E. 2b.

²⁶ Vgl. vorne, ob Fn. 9.

Bereich der AGB geht aus Urteil BGer 4A_404/2008, E. 5.6.3.2.1 klar hervor.²⁷ Das Bundesgericht hat zuvor in E. 5.6.3.1 festgehalten, dass die geltungserhaltende Reduktion die Regel bildet – für Individualvereinbarungen, was ohne Zweifel richtig ist. In E. 5.6.3.2.1 hat es für die Verletzung zwingender Normen in allgemeinen Geschäftsbedingungen aber eine klare Ausnahme gemacht: „*Denn die in der Lehre vertretene Ablehnung einer geltungserhaltenden Reduktion überzeugt jedenfalls schon insoweit, als der Nichtigkeitsgrund in einem Verstoss gegen eine zwingende Norm zum Schutz der schwächeren Vertragspartei liegt und die mangelhafte Klausel in vorgedruckten AGB enthalten ist, in denen in einer Weise erheblich von der gesetzlichen Ordnung abgewichen wird, dass die Vermutung nahe liegt, es werde damit gezielt der Schutzzweck derselben unterlaufen (...).*“ Das Bundesgericht hat damit die unmittelbar vor dieser Erwägung erwähnte Voraussetzung verworfen, wonach für die Ganznichtigkeit eine Verletzung des (alten) Art. 8 UWG vorliegen müsse. Liegt eine Verletzung des alten oder des neuen Art. 8 UWG vor, dann muss die bundesgerichtliche Aussage folgerichtig *a fortiori* gelten. Ist auch Art. 100 OR eine zwingende Norm zugunsten der schwächeren Vertragspartei? Die *zwingende Natur* bejahen alle Autoren.²⁸ Die *ratio legis* finden die Autoren im Schutz der *schwächeren Vertragspartei*, jedenfalls für den hier interessierenden Art. 100 Abs. 2 OR.²⁹ Und ist die Abweichung von der gesetzlichen Ordnung derart, dass die Vermutung nahe liegt, es werde der Schutzzweck derselben gezielt unterlaufen? Die obigen Überlegungen zeigen, dass die Schadensabwälzungsklausel zu einer gravierenden Abweichung von der gesetzlichen Ordnung führt. Bankkunden können vernünftigerweise ein solches Risiko nicht tragen. Die Übernahme der AGB geschieht, weil sie dieses Risiko nicht erkennen und kaum abschätzen können. Auch wenn sie das Risiko kennen, haben sie kaum Alternativen, weil Banken keine Hand zu individuel- [SZW 2012, 443/444] len Änderungen bieten und praktisch alle Banken die verschuldensunabhängige Schadensabwälzung vorsehen. Die analoge Anwendung des Art. 100 OR auf eine Schadensabwälzung gewährt ohnehin nur einen unzureichenden Schutz, weil es gerade nicht um eine Freizeichnung geht, sondern um eine verschuldensunabhängige Schadensabwälzung, deren Eintritt man selbst mit grösster Sorgfalt nicht beeinflussen und nicht ausräumen kann. Klausel 1 („*Aus dem Nicherkennen von Legitimationsmängeln und Fälschungen entstehenden Schaden trägt der Kunde, sofern der Bank kein grobes Verschulden nachgewiesen werden kann.*“) muss folglich ganznichtig sein, weil sie wegen der vom Verschulden des Bankkunden unabhängigen Schadensüberwälzung gegen Art. 8 UWG verstößt. Es wäre deshalb trotz der Kann-Vorschrift in Art. 100 Abs. 2 OR nicht richtig, im Sinne einer geltungserhaltenden Reduktion die darin enthaltene Freizeichnung für leichtes Verschulden zu schützen.

4. Zeitliche Anwendung

Der neue Art. 8 UWG ist auf Verträge mit AGB, deren Abschluss vor dem 1. Juli 2012 datiert, nicht anwendbar. Die Parteien haben diese Verträge im Vertrauen auf die damalige Rechtslage geschlossen. Die Anwendung des neuen Rechts würde unnötig in diese Verhältnisse eingreifen und ist auch nicht zur Wahrung der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung (Art. 2 SchIT ZGB) notwendig.³⁰ Doch

²⁷ Urteil BGer 4A_404/2008, E. 5.6.3.2.1; vgl. die Interpretation bei *Rusch/Bornhauser* (Fn. 16), AJP 2011, 1237 f. und die Kritik dazu bei *Schaller Jean-Marc*, Der perfekte Vermögensverwaltungsvertrag, AJP 2012, 56 ff., 64 f.

²⁸ *BK-Weber* (Fn. 11), OR 100 N 61, *BSK-Wiegand* (Fn. 10), OR 100 N 1, *Furrer Andreas/Wey Rainer*, in: *Amstutz Marc et al. (Hrsg.)*, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich 2012 (zitiert: *CHK-Verfasser*), OR 100 N 8, *CR-Thévenoz* (Fn. 11), OR 100 N 1.

²⁹ *BK-Weber* (Fn. 11), OR 100 N 5 und 101, *CHK-Furrer/Wey* (Fn. 28), OR 100 N 21.

³⁰ Vgl. *Bühler Gregor/Stäuber Richard*, Die AGB-Kontrolle gemäss dem revidierten Art. 8 UWG - Anmerkungen zum intertemporalen Recht, recht 2012, 86 ff., 88 f.; auch deutsche Gerichte haben neue AGB-Kontrollkriterien nicht auf Altverträge angewendet, vgl. BGH, Urteil vom 18. Dezember 1986 – IX ZR 11/86, E. 2a in NJW 1987, 904 ff., 906 und BAG, Urteil vom 18. März 2009 – 10 AZR 281/08, N 21 in NJW 2009, 2475 ff., 2477. Ein Teil der Lehre bejaht zwar die AGB-Kontrolle gestützt auf

wie steht es mit *einzelnen Klauseln*, die die AGB-Verwender anpassen? Sind nur diese dem neuen Art. 8 UWG unterworfen? Die Frage ist zu verneinen.³¹ Bei einseitigen Vertragsänderungen erhält man stets die gesamten neuen AGB, nicht nur die geänderten Klauseln. Ein rechtlicher Regimewechsel von Klausel zu Klausel wäre unzumutbar und impraktikabel. Die Konsumenten müssten alle alten Vertragsbedingungen aufbewahren, damit sie beurteilen könnten, ob der neue Art. 8 UWG darauf Anwendung findet oder nicht. Meist weisen die AGB-Verwender bei einseitigen Vertragsänderungen auch gar nicht darauf hin, wo die Änderungen zu finden sind. AGB ziehen ihre innere Legitimation aus der Praktikabilität und Effizienz der Vertragsabwicklung für eine Vielzahl von Vertragsbeziehungen. Wer schon mal versucht hat, eine AGB-Klausel in einem vorformulierten Vertrag zu streichen, weiß es: eher verzichten die AGB-Verwender auf das Geschäft, als dass sie sich auf so etwas „Unerhörtes“ einlassen würden – um der Effizienz willen. Diese Effizienz geht für die AGB-Verwender und ihr Personal verloren, wenn sie für Neu- und Altkunden ein unterschiedliches rechtliches Regime schaffen, für das je nach zeitlicher Einführung der Klausel ein unterschiedliches Korrektiv gilt. Es ist wäre somit für Verwender *und* Konsumenten unzumutbar, ein rechtlich unterschiedliches Korrektiv „von Klausel zu Klausel“ einzuführen.

das Kriterium der *öffentlichen Ordnung* (vgl. Kramer Ernst A., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Bern 1991, OR 19-20 N 158, mit weiteren Hinweisen und BSK-Huguenin (Fn. 10), OR 19/20 N 26), was für die Rückwirkung sprechen würde.

³¹ Schott (Fn. 20), ST 2012, 80, bejaht diese Frage.