

leistungsindustrie wesentlich prägen. Durch das Zusammenführen von Bank- und Versicherungskompetenzen lassen sich auf verschiedenen Stufen der Dienstleistungserbringung *neue Geschäftsmodelle* entwickeln, welche die traditionelle, bank- und versicherungsspezifische Form der Befriedigung der Kundenbedürfnisse ergänzen. Allfinanz wird die Entwicklung neuer, alternativer Geschäftsmodelle vorantreiben, mit dem Ziel, den Kunden Mehrnutzen in Form von besseren Dienstleistungspaketen und relativen Kostenvorteilen zu bieten und letztlich den Unternehmenswert der kooperierenden Finanzdienstleister zu steigern. ↑ Risikoversorge (Allfinanz). *Erwin Heri*

### Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

Unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) versteht man Vertragsklauseln, die von einer Vertragspartei (dem Verwender) vorformuliert werden und dazu bestimmt sind, einer unbestimmten Vielzahl zu schliessender Verträge zugrunde gelegt zu werden. AGB regeln im Allgemeinen blosse Nebensätze des Vertrages (z.B. rechtsgültige Zustellung von Mitteilungen an die zuletzt bekannte Adresse), nicht aber Hauptpunkte wie Kreditdauer und -höhe, ↑ Zinssätze usw.; Ausnahmen sind aber denkbar (z.B. Deckungsausschlussklauseln in Versicherungsverträgen). Sie haben eine grosse praktische Bedeutung, da heute zahlreiche Verträge in allen Wirtschaftsbereichen unter Bezug von AGB abgeschlossen werden, und zwar nicht bloss im *Verbraucherrecht*, sondern auch bei *Verträgen unter Geschäftsleuten*. Verwender von AGB sind üblicherweise die Anbieter einer Ware oder Dienstleistung; im kommerziellen Bereich tritt aber öfter auch der Leistungsbezügler als Verwender auf (z.B. Einkäufer-AGB von Grossfirmen). Eine ganz besonders erhebliche Tragweite haben AGB im Bankwesen, weil die Banken sämtlichen Rechtsgeschäften mit ihren Kunden AGB zugrunde legen und diese Banken-AGB wichtige Vertragspunkte zum Gegenstand haben (z.B. Schadenabwälzungsklauseln bei Legitimationsmängeln, allgemeine ↑ Pfandklauseln).

#### 1. Funktion von AGB

AGB haben verschiedene Funktionen: Mit ihrer Hilfe will der Verwender seine Geschäftsbeziehungen zu einer Vielzahl von Kunden einheitlich gestalten (*Standardisierungsfunktion*). Sodann dienen AGB in aller Regel dazu, dem Vertragsgegner bestimmte Vertragsklauseln aufzuzwingen (*Diktatfunktion*). Die einzelnen AGB-Klauseln sind in der Praxis denn auch nicht verhandelbar, sondern die AGB müssen vom Kunden als Ganzes akzeptiert werden, wenn er auf den Vertragsschluss nicht verzichten will (Prinzip des «Take it or leave it!»). Erreicht wird dieses Ziel vom Verwender oft, indem er vor Vertragsschluss die Bedeutung der AGB gegenüber dem potenziellen Kunden her-

unterspielt (*Überrumpelungs- bzw. Täuschungsfunktion*) oder – so etwa im Bankwesen – weil dem Kunden Ausweichmöglichkeiten fehlen, da sämtliche namhaften Branchenmitglieder ähnliche AGB verwenden (*faktisches Konditionenkartell*).

#### 2. Rechtliche Grundprobleme von AGB

Da AGB nicht ausgehandelt, sondern vom Verwender einseitig diktiert werden, entsprechen sie nicht dem klassischen Vertragsmodell, das vom Paradigma der gegenseitigen übereinstimmenden Willensäusserungen (Konsens) als Resultat freier Verhandlungen zweier formell gleichgestellter Parteien ausgeht. Da AGB im Regelfall von der marktstärkeren Partei für eine unbestimmte Vielzahl von Rechtsgeschäften verwendet werden, präsentieren sie sich eher wie hoheitlich erlassene Gesetznormen denn wie Vertragsklauseln. Vielfach sind sie *unklar abgefasst, einseitig, unausgewogen* und oft sogar *täuschend*. Aus diesen Gründen ist in der Rechtswissenschaft seit Jahrzehnten unbestritten, dass AGB nicht ausschliesslich nach den gewöhnlichen Regeln des Vertragsrechts beurteilt werden können; notwendig sind vielmehr spezifische Normen zum Schutze des Vertragsgegners, welche die allgemeinen Normen des Vertragsrechts ergänzen.

#### 3. Die Rechtslage in der Schweiz im Überblick

Im Unterschied zu den meisten andern europäischen Ländern verfügt die Schweiz über keine umfassende gesetzliche AGB-Regelung. Insbesondere hat es die Schweiz bisher unterlassen, die EU-Richtlinie 93/13 vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. EG L 95 vom 21.04.1993, 29–34) autonom nachzuvollziehen. Das schweizerische Recht kennt nur vereinzelte Gesetznormen, welche AGB-Fragen regeln (vgl. etwa OR 256 II a, OR 288 II a, UWG 8). Europaweit bildet daher die Schweiz eine eigentliche *negative Schutzzone*, insbesondere in Bezug auf Konsumenten-AGB.

Seit Jahrzehnten wird versucht, den gesetzlichen Schutzlücken wenigstens teilweise mit geeigneten richterlichen AGB-Regeln zu begegnen. Die Wirksamkeit dieser Versuche ist allerdings eher gering geblieben, da die Rechtsprechung immer noch vor einer – in der Rechtswissenschaft längst postulierten – offenen AGB-Inhaltskontrolle zurückschreckt und die Konturen der in der Rechtsprechung anerkannten AGB-Kontrollinstrumente relativ unscharf geblieben sind. Dies hat zur Folge, dass der Vertragsgegner im Streitfall kaum verlässlich abschätzen kann, ob ihm gegen einseitige und unausgewogene AGB gerichtlich Schutz gewährt wird. Anders als in andern europäischen Ländern hat sich in der Praxis auch das Instrument des *Verbandsklagerechts*, welches im Bereich des Konsumentenrechts theoretisch existiert (UWG 8 i.V.m. UWG 9 und UWG 10 II b), als unwirksam

erwiesen. Verwender haben somit in der Schweiz (noch) eine gute Chance, ihre AGB (zumindest faktisch) gegenüber den Kunden durchsetzen zu können.

Im Folgenden soll dargelegt werden, wie in einem vertragsrechtlichen Streit zwischen einem Kunden und einem Verwender mithilfe von allgemeinen vertragsrechtlichen Gesetzesnormen sowie der von Rechtsprechung und Lehre entwickelten spezifischen Regeln AGB systematisch überprüft werden können. Zu unterscheiden sind dabei vier verschiedene Kontrollebenen:

- *Die Konsens- bzw. Geltungskontrolle erster Stufe.* AGB werden nur Vertragsbestandteil, wenn bzw. soweit sie in den Vertrag einbezogen werden; d.h. sie müssen vom Konsens der Parteien gedeckt sein. In der Praxis scheitert der gültige Einbezug von AGB vielfach schon am Umstand, dass der Verwender dem Vertragsgegner die AGB nicht vor Vertragsschluss aushändigt oder diesem nicht zumindest ausdrücklich die Möglichkeit einräumt, von den AGB rechtzeitig und in Ruhe Kenntnis zu nehmen (so i.d.R. bei AGB, auf welche der Verwender erst nach Vertragsschluss Bezug nimmt [*nachgeschobene AGB*]). Im Weiteren unterliegen AGB auch den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen der Willensmängelanfechtung (OR 23 ff.) und der Übervorteilung (OR 21).
- *Die Auslegungskontrolle.* An sich gültig in den Vertrag einbezogene AGB-Klauseln sind zunächst nach den allgemeinen Interpretationsregeln des Vertragsrechts auszulegen. Massgebend ist dabei in erster Linie der *übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien*. Fehlt es daran oder lässt sich eine solche Übereinstimmung nicht feststellen, so kommt das *Vertrauensprinzip* zur Anwendung, nach dem eine Vertragsbestimmung so auszulegen ist, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen *nach Treu und Glauben* verstanden werden durfte und musste. Führen die allgemeinen Interpretationsregeln zu keinem Resultat, so kommt die von der Rechtsprechung und Lehre entwickelte AGB-spezifische *Unklarheitenregel* zum Tragen. Nach dieser Regel sind AGB-Klauseln im Zweifel zu Ungunsten des Verwenders auszulegen («in dubio contra stipulatorem»; vgl. dazu auch VVG 33).
- *Die Konsens- bzw. Geltungskontrolle zweiter Stufe.* Steht fest, welchen Sinn eine an sich gültig in den Vertrag einbezogene AGB-Klausel hat, so findet eine zweite Konsenskontrolle statt. AGB werden in aller Regel von den Parteien im vorvertraglichen Stadium nicht miteinander besprochen; der formale Einbezug der AGB erfolgt seitens des Kunden im Allgemeinen ohne Verhandlung und Diskussion der einzelnen AGB-Klauseln (*Global- oder Totaleinbezug*). In diesem Fall kann der materiell gültige Einbezug

einzelner AGB-Klauseln an der *Ungewöhnlichkeitsregel* scheitern: Eine AGB-Klausel ist ungewöhnlich und daher trotz pauschaler Zustimmung vom Konsens nicht gedeckt, wenn sie einen *subjektiv* (d. h. für den konkreten Vertragsgegner) und *objektiv* ungewöhnlichen (d. h. geschäftsfremden) Inhalt hat. Letzteres kann selbst dann der Fall sein, wenn – wie bei einem faktischen Konditionenkartell – eine Klausel branchenüblich ist (so z. B. die berechtigten Schadenabwälzungsklauseln bei Legitimationsmängeln in den ↑ Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, [↑ Legitimationsprüfung]). Auf die Ungewöhnlichkeitsregel kann sich allerdings nur berufen, wer *unerfahren* oder *schwach* ist. Als schwache Partei gilt dabei nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung immerhin auch diejenige, welche unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit oder anderen Umständen, die sie als stärkere Partei erscheinen lassen, gezwungen ist, AGB als Vertragsbestandteil zu akzeptieren, weil sie andernfalls kaum einen Vertragspartner findet.

- *Die Inhaltskontrolle.* Als Letztes ist zu prüfen, ob gültig in den Vertrag einbezogene AGB-Klauseln inhaltlich zulässig sind. Massgebend sind hierbei zunächst die allgemeinen Inhaltschranken des Vertragsrechts (OR 19, 20). Eine AGB-spezifische Inhaltschranke ergäbe sich sodann aus UWG 8. Nach dieser Bestimmung handelt unlauter, wer vorformulierte AGB verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen. In der Praxis ist allerdings UWG 8 weit gehend wirkungslos geblieben, weil das Kriterium der «irreführenden Weise» eine allzu hohe Schranke aufstellt. In der Rechtswissenschaft wird seit langem eine umfassende AGB-spezifische Inhaltskontrolle gestützt auf das in OR 19 II aufgeführte Kriterium der öffentlichen Ordnung postuliert. Bei der Konkretisierung des Kriteriums der *öffentlichen Ordnung* könnte auf verschiedene Elemente zurückgegriffen werden: *grundlegende Wertungs- und Ordnungsprinzipien der Gesamtrechtsordnung*, der konkrete *Vertragszweck*, der Gesichtspunkt der *Risikobeherrschung* (so z. B. bei den Schadenabwälzungsklauseln im Falle von Legitimationsmängeln) sowie das *Transparenzgebot*. Die Zukunft wird zeigen, ob das Bundesgericht gelegentlich dieses Postulat verwirklichen wird.

Thomas Koller

Lit.: *Fuhrer, St.: Kommentierung von Art. 33 VVG, in: Honsell, H./Vogt, N. P./Schnyder, A. K. (Hrsg.): Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Basel, Genf, München 2001. – Kramer,*

E. A.: *Berner Kommentar Band VI/1/1*, Bern 1986, Art. 1 ORN 173ff. – Kramer, E. A.: *Berner Kommentar Band VI/1/2/1a*, Bern 1991, Art. 19–20 ORN 270ff. – Schwenzer, I.: *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Bern 2000.

### Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken

Mit der ↑ Kontoeröffnung wird zwischen der Bank und dem Kunden eine Geschäftsverbindung begründet. Bei dieser Gelegenheit unterzeichnet der Kunde die Basisdokumente, welche die Geschäftsverbindung als Ganzes regeln. Sie bilden den Rahmen für die gleichzeitig oder später abzuschliessenden konkreten Bankverträge. So hält die Bank bei der Kontoeröffnung regelmässig die Unterschrift des Kunden als Identifikationsinstrument fest; ebenso nimmt sie von den Weisungen des Kunden für die Zustellung der Korrespondenz Kenntnis oder sie nimmt ↑ Vollmachten des Kunden zu den Akten. Auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank zählen zu diesen Basisdokumenten. Sie regeln diejenigen Grundsätze über den gegenseitigen Geschäftsverkehr, die für alle Kunden in gleicher Weise formuliert werden können.

#### 1. Zur Terminologie

Die Banken wickeln eine grosse Zahl der ↑ Bankgeschäfte auf der Grundlage von Formularen ab, die dem Kunden beim Abschluss des einzelnen Geschäfts zur Unterzeichnung vorgelegt werden und als vorformulierte Verträge rechtlich den Charakter von allgemeinen Geschäftsbedingungen haben (↑ Allgemeine Geschäftsbedingungen [AGB]). Spricht man von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Bank, so meint man aber regelmässig nicht diese Formulare, sondern nur das bei der Eröffnung eines Kontos ausgehändigte und vom Kunden anerkannte Basisdokument.

#### 2. Zum Text der AGB der Banken

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Schweizer Banken sind im Gegensatz zu jenen der deutschen und österreichischen Banken nicht vereinheitlicht. Zwar hatte die Schweizerische ↑ Bankiervereinigung im Jahre 1966 einen Mustertext formuliert und ihren Mitgliedern empfohlen, sich für ihre AGB an diesem Mustertext zu orientieren. Sowohl dem Gegenstand wie auch dem Inhalt der Regelung, nicht aber ihrem Wortlaut nach, entsprachen die AGB der Mehrzahl der Banken diesen Musterbedingungen. Im Anschluss an die Untersuchung der (damaligen) Kartellkommission über die gesamtschweizerisch wirkenden Vereinbarungen im Bankgewerbe aus dem Jahre 1989 nahm die Bankiervereinigung ihre Empfehlung zurück. Die AGB der Schweizer Banken

folgen aber auch heute noch im Wesentlichen den ehemaligen Musterbedingungen. In jüngster Zeit haben einzelne Banken neue Problemfelder zum Gegenstand einer Regelung in ihren AGB gemacht (↑ Bankkundengeheimnis, ↑ Securities lending and borrowing [SLB]).

#### 3. Der Gegenstand der Regelung

Die klassischen AGB der Schweizer Banken sind sehr knapp formuliert. Sie wollen nicht einen ganzen Geschäftsbereich umfassend ordnen, sondern beschränken sich auf einige wesentliche Regeln, die thematisch an folgende Sachbereiche anknüpfen:

1. Die Geschäftsverbindung als solche
2. Das Konto als Instrument der Verbuchung und Kontrolle
3. Die Haftung für Schäden insbesondere aus Unregelmässigkeiten bei der Anbahnung und Abwicklung der Schäfte.

Von der *Geschäftsverbindung* als solcher handeln die Klauseln über das Recht der Bank zur ↑ Kündigung der Geschäftsbeziehung und von Krediten, die Gleichstellung der Samstag mit den Feiertagen, das anwendbare Recht und den ↑ Gerichtsstand und die Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Vom ↑ *Konto und von der ↑ Kontoführung* im weitesten Sinn handeln die Klauseln über den Kontokorrentverkehr, das ↑ Pfand- und Verrechnungsrecht der Bank (↑ Pfandklausel, ↑ Generalpfandklausel), die Rückbelastung von unbezahlten ↑ Wechseln und ↑ Checks, die Fremdwährungskonten (↑ Fremdwährungskonto [Kundenkonto]), die Adressierung der Mitteilungen der Bank, die Pflicht des Kunden zur Prüfung der Mitteilungen der Bank und die Pflicht des Kunden zur Beanstandung fehlerhaft ausgeführter Aufträge. Von der *Haftung für Schäden* handeln die Klauseln über die Verbindlichkeit der der Bank bekannt gegebenen Unterschriftenregelung, die Folgen des Verlusts der Handlungsfähigkeit des Kunden, die Folgen des Nichterkennens von Legitimationsmängeln (↑ Legitimationsprüfung), die Folgen aus Übermittlungsfehlern und die Folgen der Nichtausführung oder verspäteten Ausführung von Aufträgen.

#### 4. Würdigung

Die AGB sind eine notwendige Folge des Massengeschäftes, das ein individuelles Aushandeln der Vertragsbedingungen zwischen dem Kunden und der Bank ausschliesst. Einzelne Klauseln, insbesondere diejenigen über das Pfand- und Verrechnungsrecht, die Fremdwährungskonten, die Folgen der Nichterkennung von Legitimationsmängeln und der Nichtausführung oder verspäteten Ausführung von Aufträgen sind seit Jahren Gegenstand teils kritischer, teils verständnisvoller Beurteilung durch Lehre und Justiz. Eine ausgeglichene Würdigung der einzelnen Klauseln setzt