

Jean-Marc Schaller

Bank-AGB

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken (Bank-AGB) sind in letzter Zeit vermehrt in den juristischen Fokus geraten. Gleichzeitig haben sich die wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen des Bankgeschäfts fundamental verändert. «Moderne» Bank-AGB beinhalten (u.a.) eine Haftung nach Risikosphären, Pflichten des Bankkunden (insb. betr. Steuerehrlichkeit), Bestimmungen zu Negativzinsen, Beschränkungen von Bargeldauszahlungen, Entbindung vom Bankgeheimnis, Vorschriften zu Digitalisierung, Outsourcing etc. – «Klassische» Bank-AGB weisen dagegen erhebliche Rechtsrisiken auf. Der Beitrag legt dar, wo diese Risiken zu verorten sind und wie damit umzugehen ist.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Bankrecht

Zitiervorschlag: Jean-Marc Schaller, Bank-AGB, in: Jusletter 30. Mai 2016

Inhaltsübersicht

- I. Prolog
- II. Bank-AGB als vertragliches Grundgerüst / Entstehung des (allgemeinen) Bankvertrags
- III. Spezifische Klauseln («Klauselgruppen») von Bank-AGB
 - 1. Haftung nach Risikosphären und «Force Majeure»
 - 2. Genehmigungs- und Zustellklauseln
 - 3. Negativzinsen
 - 4. Verrechnungsrechte vs. Verrechnungsverbote
 - 5. Pflichten des Bankkunden (insb. Steuerehrlichkeit / Einhaltung von Gesetzen)
 - 6. Beschränkungen von Bargeldauszahlungen
 - 7. Entbindung vom Bankgeheimnis
 - 8. Digitalisierung und Industrialisierung / Outsourcing und Datenschutz
 - 9. Jederzeitiges beidseitiges Kündigungsrecht
 - 10. Weitere Aspekte (Rechtswahl, Gerichtsstand etc.)
- IV. Rechtsfolgen «lückenhafter» Bank-AGB
- V. Rechtsfolgen «rechtswidriger» Bank-AGB
 - 1. UWG-Sanktionen
 - 2. Zivilrechtliche Sanktionen
 - 3. Aufsichtsrechtliche Sanktionen?
- VI. Fazit

I. Prolog

[Rz 1] Zwei Gründe haben Anlass zum diesem Beitrag über Bank-AGB gegeben: *Erstens* haben sich die rechtlichen Rahmenbedingungen für Banken in letzter Zeit rasch und fundamental geändert. Da die Bank-AGB – im Idealfall – eine Art «Blaupause» der aktuell sich stellenden Rechtsprobleme im Verhältnis Bank / Kunde darstellen, müssen sie grundsätzlich laufend¹ damit abgeglichen werden. Das heisst, es bedarf einer periodischen (Rechts-)Kontrolle der bestehenden Bank-AGB, was angesichts des (hohen) Tempos von Rechtsentwicklungen im Bankenbereich eine grosse Herausforderung für Bankjuristinnen und Bankjuristen darstellt. Dieser Beitrag nimmt daher eine Auslegeordnung einiger wesentlicher Aspekte von Bank-AGB vor, die von den jüngsten Rechtsveränderungen konkret und unmittelbar betroffen sind². *Zweitens* ist in jüngster Zeit in der juristischen Literatur zu Bank-AGB eine zunehmend bankenkritische³ Tendenz zu verorten. Dem soll mit vorliegendem Beitrag teilweise (soweit angebracht) entgegengewirkt werden. Allerdings ist auch festzustellen, dass viele Finanzinstitute nach wie vor teils unzureichende, teils unzulässige AGB verwenden. Das ist aus Sicht dieser Banken grundsätzlich⁴ solange kein Problem, als sie nicht mit einem Rechtsstreit konfrontiert sind, bei dem die AGB eine Rolle spielen (könnten)⁵.

¹ Natürlich wäre es nicht opportun, die Bank-AGB alle paar Monate zu überarbeiten und dem Bankkunden in diesem Rhythmus neue Bank-AGB zuzustellen. Jedoch erscheint es angesichts der stets rascher fortschreitenden Rechtsentwicklung angebracht, den Anpassung-/Überarbeitungsrhythmus zu erhöhen.

² Es wird davon ausgegangen, dass die Leserinnen und Leser dieses Beitrags mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu den AGB vertraut sind. Folglich sind diese nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrags. Es wird auf die (zahlreiche) allgemeine AGB-Literatur verwiesen.

³ Vgl. etwa die hinten zu Rz. 6 (Fn. 21), Rz. 8 (Fn. 28), Rz. 17 (Fn. 50), Rz. 20 (Fn. 61), Rz. 25 (Fn. 71) sowie zu Rz. 29 (Fn. 79), zitierten Fundstellen.

⁴ Anders bei einer allfälligen abstrakten AGB-Kontrolle.

⁵ Die Bank-AGB spielen indessen in fast jedem Bankenprozess (irgend-)eine Rolle (ausführlicher dazu hinten Rz. 22). – Dazu, dass den Bank-AGB nicht nur eine (rechts-)streitrelevante, sondern auch vor-/ausserprozessuale wichtige Rolle zukommt, alsdann hinten Rz. 23. – Dass die AGB einer Bank nicht zuletzt auch als deren «juristische Visitenkarte» wahrgenommen werden, hinten Rz. 31.

Fast nichts im Bankwesen ist jedoch so «sicher» wie der nächste Rechtsstreit: Es wird immer wieder Bankkunden geben, die mit den Dienstleistungen ihrer Bank unzufrieden sind und aus diesem Anlass den Rechtsweg beschreiten⁶.

II. Bank-AGB als vertragliches Grundgerüst / Entstehung des (allgemeinen) Bankvertrags

[Rz 2] In grundsätzlicher Hinsicht ist vorab festzuhalten, dass die Bank-AGB das vertragliche Grundgerüst der Bankbeziehung darstellen. Aus diesem Grund werden die Bank-AGB üblicherweise auch stets bei Abschluss des Erstgeschäfts eines (neuen) Bankkunden zum integrierten Bestandteil der Bankbeziehung erklärt. Dadurch entsteht ein *Bankvertrag*. Dieser (sog.) «allgemeine Bankvertrag»⁷ stellt eine Art Rahmenvertrag dar, der also den «Rahmen» setzt, innerhalb dem die Parteien inskünftig Bankgeschäfte betreiben und (allenfalls) weiter kontrahieren, d.h. Spezialverträge abschliessen. Der (allgemeine) Bankvertrag ist grundsätzlich dem *Auftragsrecht* zuzuordnen⁸ und stellt eine rechtssichere Grundlage für den Betrieb des Bankgeschäfts, insbesondere für die Erbringung von Bankdienstleistungen gegenüber dem Kunden dar. Ein Kontrahierungszwang der Bank besteht indes nicht bzw. kann aus der Existenz des Bankvertrags nicht abgeleitet werden⁹. Die Bank ist und bleibt frei darüber zu entscheiden, welche weiteren, über das Basis-Bankgeschäft hinausgehenden Beziehungen sie mit dem Kunden eingehen will¹⁰ (oder konkludent eingeht)¹¹.

⁶ Ob dies zu Recht oder zu Unrecht geschieht, sei hier dahingestellt.

⁷ Das aus Deutschland stammende Konzept des «allgemeinen Bankvertrags» ist in der Schweiz *umstritten*: dem Konzept eines allgemeinen Bankvertrags *zustimmend* etwa WIEGAND, Die Geschäftsverbindung im E-Banking, in: Wiegand (Hrsg.), E-Banking – Rechtliche Grundlagen, BBT 2001, 93 ff., 98 f.; BERGER, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, Diss. Bern 2000, S. 86 ff.; *zustimmend*, jedoch nach *dt. Recht*, etwa auch HOPT, Bankgeschäfte, in: Baumbach/Hopt (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 36. Aufl. München, 2014, BankGesch A/6 [m.w.H.]; – dieses Konzept ganz oder teilweise *ablehnend* etwa GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5. A., Bern 2014, Rz. 79; BÜCHLER/VON DER CRONE, Auskunftspflichten des Vermögensverwalters gegenüber den Erben, SZW 2011, S. 112, mit weit. Verw. auf frühere (ablehnende) Literatur; – das *Bundesgericht* lehnt den allgemeinen Bankvertrag nicht *a priori* ab, im Gegenteil (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998, veröffentlicht in SJ 1999 I S. 207 =Pra 87 [1998] Nr. 155 E. 3.a).

⁸ Vgl. BÜCHLER/VON DER CRONE, S. 111 (den allgemeinen Bankvertrag indessen ablehnend, vgl. die Fn. zuvor); der Auftragsqualifikation *zustimmend* KUKO OR-SCHALLER, in: Honsell (Hrsg.) Kurzkomentar Obligationenrecht (OR), Basel 2014, N 6 zu Art. 394 OR.

⁹ Zu dieser Befürchtung, welche mit ein Grund ist für die teilweise Ablehnung des allgemeinen Bankvertrags, etwa BÜCHLER/VON DER CRONE, S. 112 (linke Spalte oben).

¹⁰ Aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit sollte jedoch ein entsprechender Hinweis in die Bank-AGB eingebaut werden.

¹¹ Etwa, wenn die Bank in einer «andauernden Geschäftsbeziehung», aus der sich «ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt» hat, in ein *Beratungsverhältnis* gerät, «aus welchem der Kunde ... auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten darf» (BGE 133 III 103 E. 7.1.2, mit weit. Verw. auf gleichlautende BGer.-Rsp.), so dass die Bank «nicht nur betreffend ... Risiken aufklären muss[]», «sondern darüber hinaus grundsätzlich eine Pflicht zur Abmahnung» besteht (BGE, a.a.O.).

III. Spezifische Klauseln («Klauselgruppen») von Bank-AGB

1. Haftung nach Risikosphären und «Force Majeure»

[Rz 3] Haftungsklauseln sind die bis anhin¹² umstrittenste und meistdiskutierte Klauselgruppe in Bank-AGB. Dies rührt von daher, dass viele klassische Bank-AGB sehr weitgehende Haftungsfreizeichnungen vorgesehen haben (teilweise immer noch vorsehen), die so vor dem Recht nicht standhalten, mit der u.U. gravierenden Rechtsfolge, dass die gesamte Klausel für ungültig erklärt werden könnte¹³. Dabei ist – mindestens konzeptionell¹⁴ – die *Pflichtenebene* von der *Verschuldensebene* zu unterscheiden. Zuerst zur Pflichtenebene:

[Rz 4] Das mittlerweile verbreitete Konzept der Haftung für «bankübliche» *Sorgfalt*, mit dem indessen grundsätzlich nichts anderes festgeschrieben wird als die Einhaltung des ohnehin geltenden, objektivierten Sorgfaltsmassstab in der Bankbranche, ist sinnvollerweise zu ergänzen durch ein (modernes) Konzept der Haftung nach *Risikosphären*: Dabei soll grundsätzlich diejenige Partei einen eingetretenen Schaden tragen, die in der Lage ist, das *Risiko* von dessen Eintritt besser zu *beherrschen*¹⁵. Es kommt also darauf an, in wessen Risikosphäre sich ein Schadensereignis ereignet bzw. ereignen könnte:

Bsp. (1): Missbräuchliche Verwendung einer Karte wegen unsorgfältiger Handhabung des Zugangscodes durch den Bankkunden: Risikosphäre des Kunden. Der Kunde trägt den Schaden.

Bsp. (2): Hacker-Angriff auf ein von der Bank unzureichend geschütztes elektronisches Bezahlungssystem: Risikosphäre der Bank. Die Bank trägt den Schaden.

[Rz 5] Ob innerhalb der eigenen Risikosphäre des Dienstleisters (hier der Bank) noch Raum bleibt für dessen teilweise Haftungsfreizeichnung auf der Verschuldensebene, muss offen bleiben. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass das Gesetz eine teilweise Haftungsfreizeichnung bei lediglich *leichtem Verschulden* der Bank (bzw. deren Organe¹⁶) auch bei sog. «obligatorisch konzessionierten Gewerben», worunter der Bankbetrieb nach herrschender Anschauung zu subsumieren ist, grundsätzlich zulässt: Der Richter «kann» eingreifen, muss jedoch nicht¹⁷. Um indessen das Risiko einer zu weitgehenden und damit potentiell nichtigen Haftungsfreizeichnung zu reduzieren, lässt sich der Zusatz «soweit gesetzlich zulässig» beifügen. Damit bleibt die Haftungsfrei-

¹² Dies könnte sich dann ändern, wenn die Bank-AGB in dem Sinn überarbeitet und modernisiert worden sind, als sie ein anerkanntes Risikosphären-Konzept vorsehen, so dass sich der Fokus von AGB-Kommentierungen in der Rechtslehre und AGB-Überprüfungen in der Rechtspraxis auf andere Klauseln richten wird. Zu denken ist hier etwa an die Klauseln betreffend Pflichten des Bankkunden (insb. Steuerehrlichkeit und Einhaltung von Gesetzen), Negativzinsen, Beschränkungen von Bargeldauszahlungen und Entbindung vom Bankgeheimnis.

¹³ Dazu hinten Rz. 5 und Rz. 27.

¹⁴ Zum bis heute höchststrichterlich ungeklärten Spannungsverhältnis zwischen Vertragspflicht vs. Verschulden im Auftragsrecht etwa SCHALLER, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts, Zürich 2013, Rz. 238 ff. und Rz. 245.

¹⁵ Vgl. dazu etwa KOLLER, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung, in: Emmenegger (Hrsg.), Das Bankkonto, SBT 2013, S. 53 («Grundsatz der besseren Risikobeherrschung»); vgl. alsdann auch die Zitate v. J.-M. SCHALLER im Beitrag von STAMM, Näher beim Kunden mit modernen Geschäftsbedingungen, Neue Zürcher Zeitung (NZZ) vom 5. Februar 2015, S. 29.

¹⁶ Im Unterschied zur Freizeichnung bei Hilfspersonen; hierzu sogleich im Text.

¹⁷ Vgl. Art. 100 Abs. 2 OR («Kann-Vorschrift»).

zeichnung *ipso iure* innerhalb der gesetzlichen Leitplanken. – Will sich eine Bank überdies von einer Haftung für *Hilfspersonen* (bei leichtem Verschulden) freizeichnen¹⁸, so hat sie dies explizit so vorzusehen in ihren AGB¹⁹. Ferner kann auch eine Regelung der Haftung für den (erlaubten) Beizug von (*Dritt*-)Experten Eingang in die Bank-AGB finden²⁰.

[Rz 6] Wie verhält es sich bei einem Schadensereignis, das durch *Zufall* oder *höhere Gewalt* verursacht wird? – Hier kann allenfalls eine «*Force Majeure*»-Klausel dienlich sein. Wesentlich zu erkennen ist, dass es dabei nicht um eine Haftungszuteilung oder Schadensüberwälzung geht. Vielmehr handelt es sich um eine Klarstellung, dass die Bank für unvorhergesehene Ereignisse nicht haftet, sondern jede Partei ihren Schaden selbst trägt (*casus sentit dominus*). Die (Rechts-)Frage, wann es sich um *Force Majeure* (oder Zufall) handelt und wann nicht, ist jedoch keineswegs immer eindeutig zu beantworten: Während im Fall von Stromausfällen, sozialen Unruhen/Streiks, kriegesischen Ereignissen o.ä. *Force Majeure* vorliegen dürfte, etwa bei Legitimationsmängeln/-fehlern indes nicht²¹, ist die Zuteilung von Verwerfungen an Finanzmärkten wie etwa *Black Swans*²² bzw. systemischen Ausfällen²³ zu *Force Majeure* unsicher.

2. Genehmigung- und Zustellklauseln

[Rz 7] Bank-AGB sehen üblicherweise vor, dass Mitteilungen der Bank an die letzte ihr mitgeteilte (oder bekannte) Adresse des Kunden (oder «banklagernd») (i) als *zugestellt* und (ii) als *genehmigt* gelten, wenn nicht der Bankkunde innert einer bestimmten Frist (sog.) *Beanstandungen*²⁴ gegenüber der Bank erhebt (sog. «Zustell»- und «Genehmigungsfiktion»)²⁵. – Zuerst einmal muss die *Frist* hinreichend lang sein, d.h. dem Bankkunden eine angemessene Reaktion ermöglichen. Sehr kurze Fristen, mit denen der Kunde zu einer «unverzöglichen» oder «sofortigen» Reaktion verpflichtet werden sollte, sind von vorneherein unzulässig. Die Frist sollte mindestens 30 Tage (oder einen Monat) betragen. Weiter ist bei der Abfassung der entsprechenden AGB-Klausel dafür Sorge zu tragen, dass sämtliche *Fälle* (Szenarien), in denen die Bank eine Genehmigung nach Ablauf der besagten Reaktionsfrist eintreten lassen will, erwähnt sind²⁶. Das Spektrum reicht

¹⁸ Vgl. Art. 101 Abs. 3 OR.

¹⁹ Vgl. BK-WEBER, N 164 zu Art. 101 OR («ausreichend deutlich»); BSK OR I-WIEGAND, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar OR I, 6. Aufl. Basel 2015, N 16 zu Art. 101 OR («unmissverständlich»).

²⁰ Zur sog. «Substitution» im Auftragsrecht vgl. Art. 398 Abs. 3 OR und Art. 399 OR.

²¹ (Wohl) *a.M./«Zufallshaftung»* RUSCH, Schadensüberwälzungsklauseln in der Inhaltskontrolle, SZW 2012, S. 441 (rechte Spalte, oben); KOLLER, Art. 8 UWG, S. 53; WIDMER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG – Unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken, Diss. Bern 2015, Rz. 442.

²² Solche «kritischen Ereignisse» (engl. *Black Swans* oder auch *Fat Tails*) sind etwa Naturkatastrophen, Währungsreformen, (gewichtige) Zahlungsausfälle von Staaten oder (systemrelevanten) Banken, ganz allgemein somit Ereignisse, welche *starke Turbulenzen an Börsen und Märkten* auslösen; weiterführend TALEB, *The Black Swan – The Impact of the Highly Improbable*, London 2007; vgl. insb. mit Bezug auf Extremereignisse an Börsen und Märkten DERS., a.a.O., S. 20 f., 42 und 276 ff. betr. Börsencrash 1987, alsdann S. 43 betr. US-Bankenkrise 1982 und betr. Immobilienkrise (ab 1990), schliesslich S. 281 f. betr. Kollaps der Long-Term Capital Management der (Gründungs-)Partner MERTON und SCHOLES (LTCM) i. V.m. der russischen Finanzkrise 1998.

²³ Bsp.: temporär fehlende Börsen- und/oder Devisenkursstellungen.

²⁴ Was darunter zu verstehen ist bzw. was die Bank darunter versteht, ist in den Bank-AGB zu verdeutlichen.

²⁵ Zur Genehmigungsfiktion jüngst etwa AGGTELEKY TOBIAS, *Die fingierte Genehmigung pflichtwidriger Anlageentscheide*, Jusletter 7. März 2016.

²⁶ Bei ungenauer und/oder unklarer Abfassung greift (auch hier) das Prinzip «*in dubio contra stipulatorem*», also Auslegung *gegen* die Bank.

von auf die (blossen) Bankmitteilung als solche beschränkte Genehmigungsklauseln, über Genehmigungen (nicht) ausgeführter Aufträge bis hin zu Klauseln, welche auch die Genehmigung von Beratungsleistungen, Anlageentscheiden (o.ä.) der Bank vorsehen²⁷.

[Rz 8] Gegen die Zulässigkeit von Zustell- und Genehmigungsklauseln in Bank-AGB als solche wurde bereits ganz grundsätzlich Stellung bezogen²⁸. Das Bundesgericht²⁹ und weitere kantonale Gerichte³⁰ haben bis anhin jedoch Zustell- und Genehmigungsklauseln nicht für unzulässig erklärt, *solange* sich die Bank nicht rechtsmissbräuchlich darauf berufe³¹. – Nach hier vertretener Auffassung ist, in Anlehnung an die vorstehende Rechtsprechung, die Ausgewogenheit solcher Klauseln bereits durch ein «klausel-inhärentes» Korrektiv des Rechtsmissbrauchsverbots gewährleistet³²: Das Rechtsmissbrauchsverbot ist eine *Schranke*, die nicht erst die Durchsetzung (Geltendmachung) eines Rechts beschränkt, sondern vorab dessen *materiellen* Inhalt³³. Somit sind Zustell- und Genehmigungsklauseln bereits beschränkt auf inhaltlich nicht (rechts-) missbräuchliche Fälle. Es liegt daher kein (Missbrauchs-)Fall nach Art. 8 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vor.

3. Negativzinsen

[Rz 9] Seit die Schweizerische Nationalbank (SNB) im Dezember 2014 Negativzinsen eingeführt und diese sodann im Januar 2015 nochmals erhöht (d.h. weiter in den negativen Bereich gesenkt) hat, stellt sich für Banken die Frage, wie sie mit dieser Negativzins-Situation umgehen sollen. Im Passivgeschäft der Bank, d.h. mit Bezug auf *Sicht-, Spar- und Termineinlagen* ist eine Überwälzung von Negativzinsen, also eine Belastung solcher Kundenguthaben mit einem entsprechenden Negativ- oder Strafzins bzw. einer Guthabengebühr (o.ä.), bei *bestehenden* Bankkunden nur mit deren Zustimmung möglich. Insbesondere stellen die Zins- und Gebührenanpassungsklauseln in traditionellen Bank-AGB keine hinreichende Rechtsgrundlage für eine bankseitige (und da-

²⁷ Dies *entgegen* AGGTELEKY, Rz. 1, der eine (mindestens bankseitig gewollte) Genehmigung pflichtwidriger Anlageentscheide auch aus Genehmigungsklauseln abzuleiten scheint, die solches nicht (bzw. nicht hinreichend klar) vorsehen. – Ohnehin setzt die Genehmigung von Bankdienstleistungen in den Bereichen «execution-only», ausdrücklich oder konkludente Anlageberatung sowie Vermögensverwaltung voraus, dass der Bankkunde vorab hinreichend aufgeklärt bzw. informiert wurde. Nur eine entsprechend «informierte» Genehmigung erzeugt Rechtswirkung (diesmal *mit* AGGTELEKY, Rz. 26–28 [betr. execution-only] und Rz. 29–31 [betr. Anlageberatung/Vermögensverwaltung]).

²⁸ WIDMER, Diss., Rz. 491 und 516, wonach Zustell- und Genehmigungsfiktion in Kombination (mit Ausnahme von «banklagernd»-Fällen) nach Art. 8 UWG unwirksam bzw. nichtig seien; sodann KOLLER, Art. 8 UWG, S. 56, gemäss dem (klassische) Genehmigungsklauseln vor Art. 8 UWG nicht mehr standhalten dürften.

²⁹ Vgl. aus der jüngeren Zeit v.a. Urteil des Bundesgerichts 4A_43/2015 vom 16. April 2015 (E. 5.2); früher bereits Urteil des Bundesgerichts 4C.175/2006 vom 4. August 2006 (E. 2.1), 4C.194/2005 vom 28. September 2005 (E. 3.2.3), 4C.378/2004 vom 30. Mai 2005 (E. 2.2, a.E.), 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002 (E. 4.3, a.E.).

³⁰ Vgl. etwa Entscheid HGer. ZH vom 19. Mai 2011 (HG090121) E. III.6 (S. 45 ff.), insb. E. 6.3.3.; ZR 1998 Nr. 90, S. 221 f.

³¹ Vgl. weiterführend etwa SIBBERN/VON DER CRONE, Genehmigungsfiktion und Nebenpflichten der Bankkunden, SZW 2006, S. 78. Mit Bezug auf den wohl wichtigsten Rechtsmissbrauchsfall, nämlich die *Schädigung* des Kunden, dürfte *Grobfahrlässigkeit* wohl ausreichen (so «zwischen den Zeilen» wohl bereits das Urteil des Bundesgerichts 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002 E. 4.3 [a.E.]; *gl.M.* bereits SIBBERN/VON DER CRONE, S. 74; entsprechend auch SCHALLER, Handbuch, Rz. 213 und dort Fn. 437).

³² Immer vorausgesetzt, die Bank gewährt dem Kunden eine *angemessene Frist* zur Reaktion/Remonstration; vorn Rz. 7.

³³ Einlässlich dazu SCHALLER, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, (Habil.) Zürich 2010, Rz. 234–248.

mit einseitige) Negativzinsbelastung von Kundenguthaben dar³⁴. Denn damit lassen sich lediglich bereits bestehende Zinsen, Gebühren etc. *anpassen*, nicht aber völlig neue (Negativ-)Zinsen, (Guthaben-)Gebühren *einführen*³⁵.

[Rz 10] Bei *Neukunden* sind hingegen Negativzinsen bzw. deren Erhebung im Passivgeschäft d.h. die Überwälzung auf Einlagen, grundsätzlich *zulässig*. Voraussetzung ist jedoch auch hier, dass die Bank-AGB die Möglichkeit einer Belastung von Bankguthaben mit Negativzinsen (o.ä.) ausdrücklich und klar vorsehen. Namentlich genügt es nicht, nur das Wort «Negativzinsen» (in Klammern³⁶ oder sonst wie) in die Zinsanpassungsklausel einzubauen. Vielmehr ist dem Bankkunden zwar in gebotener Kürze, aber doch in geeigneter Formulierung zu erklären, was das bedeutet. Gleiches gilt mit Bezug auf die Verrechnungsklausel, ansonsten eine Verrechnung von Negativzinsen (o.ä.) mit Bankguthaben nicht (rechtssicher) funktioniert.

[Rz 11] Ausserdem ist – jetzt mit Blick auf das Aktivgeschäft d.h. Hypothekargeschäft einer Bank – ein ausdrücklicher *Margenschutz* vorzusehen³⁷ (wobei allenfalls nicht in den Bank-AGB, sondern im [Rahmen-]Kreditvertrag selbst), sowie ein *Schutzklausel* für den Fall künftig (stark und rasch) steigender Zinsen.

4. Verrechnungsrechte vs. Verrechnungsverbote

[Rz 12] Das Recht zur Verrechnung von Forderungen ist gesetzlich vorgesehen³⁸. Warum sollte man als Bank dennoch ein Verrechnungsrecht in den Bank-AGB vorsehen? Weil das dispositive Recht Bedingungen an die sog. «Verrechnungslage» stellt, d.h. die Rechtssituation, in der sich zwei Forderungen gegenüberstehen. Dazu müssen die Forderungen (i) gegenseitig³⁹ und (ii) gleichartig sein, was jedoch selbst bei Forderungen, die in verschiedenen Währungen denominiert sind, der Fall ist, sofern ein Umrechnungskurs vorliegt und keine Effektivleistung vereinbart wurde⁴⁰. Weiter (iii) muss die Forderung des Verrechnenden *fällig* sein.

[Rz 13] Wie gesagt, handelt es sich dabei um dispositives Recht, d.h. die Parteien können die Verrechnung gegenüber der dispositiven Rechtslage erleichtern oder erschweren. So kann sich die Bank, typischerweise in ihren AGB, das Recht einräumen lassen, ihre Forderungen gegenüber dem Bankkunden auch dann mit dessen Gegenforderungen (zumeist Kontoguthaben) verrechnen zu können, wenn die Forderung der Bank (a) noch nicht fällig⁴¹, oder (b) noch gar nicht entstanden ist. Mit anderen Worten erscheint es zulässig, ein *Verrechnungsrecht* auch für *künftige* und/oder *nicht fällige* Forderungen vorzusehen.

³⁴ Vgl. bereits die entsprechenden Zitate v. J.-M. SCHALLER im Beitrag von FERBER, Pensionskassen wehren sich gegen Negativzinsen, NZZ vom 1. Februar 2016, S. 25 (mittlere Spalte, oben/Mitte).

³⁵ Zu dieser Negativzins-Problematik wird im Spätsommer/Herbst ein separater Aufsatz publiziert werden.

³⁶ Bsp. aus Bank-AGB: «(einschliesslich Negativzinsen)».

³⁷ Auch hierzu wird der in Fn. 35 hiervoor angekündigte Aufsatz einlässlich Stellung beziehen.

³⁸ Art. 120 OR.

³⁹ Im Verhältnis Bank / Kunde stellt dies zumeist kein Problem dar (solange die Bankbeziehung zweiseitig bleibt; anders im Dreiecksverhältnis).

⁴⁰ Vgl. statt aller WIDMER, Diss., Rz. 525, mit weit. Verw. auf Rsp. und Lehre.

⁴¹ Vgl. etwa AEPLI, Zur Inhaltsproblematik allgemeiner Geschäftsbedingungen, dargestellt anhand vorformulierter Klauseln von Banken, ZSR 2000 (I) S. 92; *zustimmend* WIDMER, Diss., Rz. 526/527.

[Rz 14] Nicht zulässig ist indessen, wenn die Bank sich ein solches (weitgehendes) Verrechnungsrecht einräumt und gleichzeitig zulasten des Bankkunden ein *Verrechnungsverbot* statuiert. Denn dann schafft sie ein *rechtliches Ungleichgewicht*, das ihr nicht nur unter Art. 8 UWG Probleme bereiten wird⁴². Solche Verrechnungsverbote erscheinen bisweilen in vorformulierten Kreditverträgen (die deshalb ebenfalls einer AGB-Kontrolle unterliegen), wo dem Kunden im Insolvenzfall der Bank untersagt wird, seine Forderung (aus Kontoguthaben) mit der Gegenforderung der Bank aus dem Kreditgeschäft zu verrechnen.

5. Pflichten des Bankkunden (insb. Steuerehrlichkeit / Einhaltung von Gesetzen)

[Rz 15] Nicht nur die Bank hat Pflichten, sondern auch der Bankkunde. Bereits nach dispositivem Recht (Art. 402 Abs. 2 Obligationenrecht; OR) kann den Kunden eine Pflicht zur *Schadloshaltung* der Bank treffen, die entsteht, wenn der Kunde seinen (primären) Nebenpflichten (*Warn-, Schutzpflichten etc.*) nicht nachkommt, alles Zumutbare zu unternehmen, um die Bank vor Schädigungen jeglicher Art zu bewahren. Freilich ist diese Vorschrift relativ allgemein formuliert, die *Rechtsunsicherheit* entsprechend *hoch*, und zwar auf beiden Seiten (Bank und Kunde). Daher macht es (für *beide* Seiten) Sinn, die Pflichten des Bankkunden in den Bank-AGB zu konkretisieren⁴³.

6. Beschränkungen von Bargeldauszahlungen

[Rz 16] Das Bedürfnis von Banken, Bargeldauszahlungen⁴⁴ von Bankkunden in bestimmten Fällen zu beschränken, entspringt folgender Situation: Die Bank weiss oder hat zumindest den Verdacht, dass Guthaben eines Bankkunden unversteuert sind. Nun wird diese Bank vom Kunden instruiert, dieses Guthaben in Bar auszubezahlen⁴⁵. Die Bank weiss jedoch oder muss zumindest annehmen, dass sie (und/oder ein Bankmitarbeiter) sich der Beihilfe (mindestens) der Steuerhinterziehung nach (in- oder) ausländischem Recht strafbar macht bzw. ausländisches Recht und

⁴² So im Kontext von Art. 8 UWG auch WIDMER, Diss., Rz. 541; allgemeine AGB-Verrechnungsverzichte (d.h. nicht im spezifischen Bank-AGB-Kontext) fallen auch gemäss SCHMID, Die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 2012, S. 12, für ein erhebliches Missverhältnis zumindest «in Betracht»; – darüber hinaus plädiert WIDMER, Diss., Rz. 382/383, sogar dafür, eine ähnliche Inhaltskontrolle (mittels Art. 19 Abs. 2 OR) auch im Bankgeschäft mit *gewerblichen Kunden* einzuführen.

⁴³ Dies trifft namentlich zu mit Bezug auf die *Steuerehrlichkeit* (auch, aber nicht nur, im Hinblick auf Bankkunden aus Ländern, mit denen inskünftig ein Automatischer Informationsaustausch (AIA) stattfinden soll) und die *Einhaltung von in- und ausländischen Gesetzen* (etc.) durch den Bankkunden. – Verletzt nun ein Bankkunde eine seiner Pflichten und fügt er dadurch der Bank einen Schaden zu, etwa indem die Bank von einer in- oder ausländischen Behörde aufgrund eines kundenseitigen Fehlverhaltens mit einer (untechnisch) «Busse», *Geldauflage* o.ä. belegt wird, so kann die Bank gestützt auf eine entsprechende AGB-Klausel (allenfalls; hängt von der Rechtslage im konkreten Fall ab) *Rückgriff* auf den Kunden nehmen (vgl. dazu bereits im Zusammenhang mit dem US-Programm für Banken der Kategorie 2 und der vom Department of Justice [DoJ] verhängten «Penalty» SCHALLER [zitiert in: FERBER, Können Banken US-Bussen auf Kunden abwälzen?, Neue Zürcher Zeitung NZZ vom 23. Dezember 2014, S. 23], anschliessend BURKHALTER, Das US-Programm und die Bussenzahlungen – besteht ein Regressrecht der Banken?, AJP 2014, S. 1601 ff. sowie hernach LANZ, Verantwortlichkeit der Kunden gegenüber der Bank für steuerkonformes Verhalten, ? in: Emmenegger (Hrsg.), SBT 2015, S. 20 ff., alle eine «Abwälzung» der «Penalty» in bestimmten Bank-/US-Kunden-Konstellationen *bejahend*).

⁴⁴ Allenfalls können Beschränkungen auch Überweisungen in Drittstaaten erfassen, d.h. sämtliche Zahlungen und Überweisungen, die nicht auf ein Konto bei einer Bank in einem Land erfolgen, in dem der Bankkunde ansässig ist.

⁴⁵ Das Motiv einer Barauszahlung von «steuerneutralen» Guthaben ist die Vermeidung eines «Paper Trail».

damit (u.a.) auch *schweizerisches Aufsichtsrecht verletzt*⁴⁶. Ob eine Bank in dieser Situation (allein) gestützt auf dispositives Recht⁴⁷ die Bargeldauszahlung verweigern darf oder nicht, ist umstritten⁴⁸. Dieser doch erheblichen Rechtsunsicherheit kann mit einer sachgemäss ausformulierten AGB-Klausel begegnet werden⁴⁹. Damit schützt sich die Bank vor bzw. vermeidet (allenfalls gravierende) Rechtsverletzungen im In- und Ausland, so dass bereits von daher eine solche AGB-Klausel als sachgerecht erscheint. Ausserdem ist das «Risiko» einer allenfalls (von der Bank) verweigten Bargeldauszahlung für den Kunden beherrschbar, da er es selbst in der Hand hat, seine eigene Steuersituation zu bereinigen.

7. Entbindung vom Bankgeheimnis

[Rz 17] Angesichts der internationalen (mittlerweile globalen) Ereignisse in den letzten Jahren in Sachen «Steuerhinterziehung» (etc.) ist auch die (teilweise) Entbindung vom Amtsgeheimnis zu einem zentralen Aspekt in der Rechts- und Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde geworden. Namentlich können Verfahren ausländischer Behörden gegen hiesige Banken ein in verschiedener Hinsicht erweitertes Informations- und Offenlegungsrecht der Bank erforderlich machen. Viele der herkömmlichen Klauseln in Bank-AGB sind jedoch zu allgemein gehalten und bereits von daher nicht ausreichend rechtssicher. Ausserdem mangelt es teilweise an einer hinreichenden Voraussehbarkeit seitens des Bankkunden, wann ein Entbindungs- bzw. Verzichtsfall vorliegt und wann nicht⁵⁰. Es bedarf daher einer *spezifischen Entbindungsklausel*, die ein *klare*, für den Kunden (im Voraus) *nachvollziehbare Auflistung* sämtlicher relevanter Fälle beinhaltet, die eine Entbindung vom Bankgeheimnis und damit das spiegelbildliche Recht der Bank zur Information und Offenlegung (u.a. und v.a. gegenüber in- und ausländischen Behörden) rechtfertigen, und zwar in Fällen, in denen dies angemessen und sachgerecht erscheint.

⁴⁶ Vgl. dazu das FINMA-Positionspapier «Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft» vom 22. Oktober 2010.

⁴⁷ In Frage kommen: Art. 397 OR (Weisung des Bankkunden ist rechtswidrig weil [auch] gegen schweizerisches Aufsichtsrecht verstossend; allenfalls zu *bejahen*; vgl. zur Rechtswidrigkeit von Weisungen, die gegen öffentlich-rechtliche Normen verstossen, etwa BSK OR I-WEBER, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar OR I, 6. Aufl. Basel 2015, N 7 zu Art. 397 OR); Art. 119 OR (nachträgliche unverschuldete Unmöglichkeit) und Art. 2 ZGB (clausula rebus sic stantibus), beides eher zu *verneinen*). Vgl. auch die Lit. in der nächsten Fn.

⁴⁸ Vgl. hierzu EMMENEGGER/GOOD, Der Einfluss ausländischer (Steuer-)Regulierung auf die Bank/Kunden-Beziehung: Welche Rechte haben Abschleicher?, in: Emmenegger (Hrsg.), SBT 2015, S. 33 ff.; ROMERIO/IVELL, Barauszahlungen bei Verdacht auf Steuerdelikte, in: Emmenegger (Hrsg.), SBT 2015, S. 141 ff.

⁴⁹ Die Zulässigkeit einer solchen AGB-Klausel grundsätzlich *bejahend* EMMENEGGER/GOOD, S. 116/117, und dies (vgl. S. 125/126) auch bei bereits bestehenden Kunden (bei korrekt erfolgter AGB-Änderung).

⁵⁰ Vgl. auch die kritischen Bemerkungen bei MÜLLER, Wahrung berechtigter Interessen in Banken-AGB, AJP 2015, S. 1538 ff., insb. S. 1550 («V. Schlusswort»), der in bestimmten Fällen die Banken zur Einholung einer spezifischen Verzichtserklärung des Kunden anhalten will.

8. Digitalisierung und Industrialisierung / Outsourcing und Datenschutz

[Rz 18] Die *Digitalisierung*⁵¹ und *Industrialisierung*⁵² der Bankbranche schreitet fort. Das wirkt sich auch auf die Bank-AGB aus. Dabei soll es mit einer Regelung der digitalisierten *Kommunikation*⁵³ noch nicht sein Bewenden haben, sondern es sind allenfalls, je nach jetzigem (oder auch künftigem) Dienstleistungsangebot der Bank, auch an Regelungen zu denken mit Bezug auf die (Teil-) Digitalisierung weiterer neuerer Dienstleistungen, wie etwa *digitaler Bezahlssysteme* oder gar (teil-)softwarebasierter *Anlageberatung* und *Vermögensverwaltung*⁵⁴. Indessen kann es ratsam sein, die allgemeinen Vorschriften hierzu nicht in die Bank-AGB einzubauen, sondern in separate Bankdokumente⁵⁵ auszulagern. Mit Bezug auf das mit der Industrialisierung eng verbundene *Outsourcing* schreibt die einschlägige Regulierung eine Regelung mittels Nennung der auszulagernden Geschäftsbereiche⁵⁶ in den Bank-AGB sogar ausdrücklich vor⁵⁷. Dabei ist namentlich auch an den *Datenschutz* zu denken⁵⁸.

9. Jederzeitiges beidseitiges Kündigungsrecht

[Rz 19] Weiter gehört in die AGB ein *Kündigungsrecht*. Dieses darf jedoch nicht nur der Bank, sondern muss zwingend auch dem Bankkunden eingeräumt und so ausgestaltet werden, dass sowohl Bank als auch Bankkunde *jederzeit* aus der Grundbeziehung (Bankvertrag⁵⁹) aussteigen können. Spezialvereinbarungen wie namentlich Kreditverträge bleiben hiervon grundsätzlich unberührt (und sehen denn auch zumeist eigene Beendigungsregeln vor).

⁵¹ Tätigkeitsbereiche von Bankmitarbeiterinnen und Bankmitarbeitern werden immer häufiger durch (teil-)automatisierte (digitale) Prozesse substituiert und damit «digitalisiert».

⁵² Mit Industrialisierung ist gemeint, dass die Banken Teile der Wertschöpfungskette ausgliedern, d.h. nicht mehr aus eigener Hand erbringen, sondern durch spezialisierte externe Dienstleister erbringen lassen bzw. dort einkaufen («buy» statt «make»).

⁵³ Konkret geht es darum, die digitalen Kommunikationskanäle wie E-Mail, Online-Eingaben in Datenmasken auf der Website der Bank etc. in den AGB abzubilden, d.h. vom Kunden unter Hinweis auf die damit verbundenen Risiken und Gefahren (mit Verw. auf die Haftungsregeln; vorn Rz. 3 ff.) genehmigen zu lassen. Zumeist muss der Kunde ausserdem bei der Eröffnung der Kundenbeziehung ein separates Formular unterzeichnen, worin er sich mit der Kommunikation über digitale Kanäle einverstanden erklärt.

⁵⁴ Sog. «Robo Advisors», «regelbasierte Vermögensverwaltung», «hybride» Modelle (= Kombination persönlicher und digitaler Beratungs-/Verwaltungselemente) etc. – Zu den damit verbundenen *Rechtsrisiken* bereits SCHALLER, Rechtsrisiken in der digitalisierten Vermögensverwaltung, Neue Zürcher Zeitung (NZZ) vom 16. September 2015, «Sonderbeilage Vermögensverwaltung», S. 23.

⁵⁵ Namentlich mit Bezug auf (teil-)automatisierte Anlageberatung oder Vermögensverwaltung bieten sich die entsprechenden Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungsverträge an. Der Kunde ist in diesen Verträgen in einer für ihn verständlichen Form über den konkreten *Dienstleistungsinhalt* und den damit verbundenen *Automatisierungsgrad* zu informieren. Ausserdem ist bei der Erstellung des *Risikoprofils* im Zuge des *Onboarding* des Kunden besondere Vorsicht angebracht (vgl. SCHALLER, Rechtsrisiken, a.a.O.).

⁵⁶ Eine beispielhafte, repräsentative Aufzählung der wesentlichen Dienstleistungen scheint dabei auszureichen (vgl. FINMA-FAQ «Outsourcing» [letzte Änderung vom 6. Februar 2015], S. 3 unten).

⁵⁷ Vgl. FINMA-RS 2008/7 («Outsourcing»), Rz. 38. – Sofern *Kundendaten* ins *Ausland* fliessen (d.h. Daten, bei denen der Kunde bestimmbar bleibt; zu den Möglichkeiten einer Anonymisierung und Pseudonymisierung weiterführend ROSENTHAL, in: Rosenthal/Jöhri [Hrsg.], Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, N 35 ff. zu Art. 3 Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG); vgl. auch RUBIN, in: Baeriswyl/Pärli [Hrsg.], Stämpfli's Handkommentar zum DSG, N 13/14 zu Art. 3 DSG; sodann BSK DSG-BLECHTA, in: Maurer-Lambrou/Blechta [Hrsg.], Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz und Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. Basel 2014, N 12/13 zu Art. 3 DSG) genügt indessen eine blosser Erwähnung in den Bank-AGB *nicht*, sondern es sind weitere Vorkehrungen zu treffen (vgl. nochmals FINMA-RS 2008/7, Rz. 39).

⁵⁸ Vgl. etwa Art. 3, 6, 10a DSG; FINMA-RS 2008/7, Rz. 1, 13, 30 ff., 34 ff.

⁵⁹ Zum (allgemeinen) Bankvertrag vorn Rz. 2.

10. Weitere Aspekte (Rechtswahl, Gerichtsstand etc.)

[Rz 20] Nebst den vorstehend diskutierten Klauseln beinhalten moderne Bank-AGB auch noch weitere (wichtige), freilich eher «technische» Bestimmungen (weitere Themen wie etwa die *Vertriebsentschädigungen/Retrozessionen* werden sinnvollerweise in separate Merkblätter o.ä. ausgelagert). Dazu zählen etwa die «salvatorische» Klausel⁶⁰, sodann eine Klausel, die sich mit einer (bankseitigen) *Änderung* der AGB befasst⁶¹, weiter eine *Auslegungsklausel*⁶² sowie eine Rechtswahl-Klausel⁶³.

[Rz 21] Spezifisch hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang die *Gerichtsstandsklauseln*. (Fast) jede Bank-AGB beinhaltet eine solche, was indessen nicht heisst, dass sie ihre beabsichtigte Rechtswirkung in allen Fällen zu entfalten vermag: Mit einer Gerichtsstandsklausel sollte der Bankkunde verpflichtet werden, die Bank im Fall eines Rechtsstreits an einem von ihr bezeichneten Ort einzuklagen (zumeist der Sitz der Bank). Allerdings sind solche Gerichtsstandsklauseln im *Cross-Border-Banking* nicht (mehr) durchweg *gerichtsfest*⁶⁴. Insbesondere bei Bankkunden, die ihren Wohnsitz in Staaten haben, vor deren Gerichtsbehörden man als Bank nicht unbedingt eingeklagt werden möchte, bieten sodann *Schiedsklauseln* eine mögliche Alternative zur gängigen Gerichtsstandsklausel. Allerdings setzt (auch) die Rechtsbeständigkeit einer solchen Schiedsklausel grundsätzlich voraus, dass das ausländische Recht dem Bankkunden (*i*) keinen Wohnsitzgerichtsstand verschafft, der (*ii*) sich nicht mittels einer Schiedsabrede wegbedingen lässt⁶⁵.

IV. Rechtsfolgen «lückenhafter» Bank-AGB

[Rz 22] Die möglichen Rechtsfolgen lückenhafter oder unzureichender Bank-AGB lassen sich gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu den einzelnen Klauseln (bzw. Klauselgruppen) wie folgt auflisten:

- a. Fehlt ein ordnungsgemässes *Haftungskonzept* oder ist dieses unvollständig, so haftet die Bank allenfalls (auch) für Schäden, die sie nicht aus ihrer Risikosphäre ausgegrenzt und/oder nicht als «Force Majeure» (oder «Zufall») qualifiziert hat.
- b. Fehlt es an *Genehmigungs- und/oder Zustellklauseln* oder sind diese unzureichend formuliert, so gelten Bankdokumente bzw. die darin aufgezeichneten Transaktionen und Handlungen

⁶⁰ Damit soll der gültige Teil von Bank-AGB bzw. einzelner, allenfalls nicht (voll-)gültiger Bestimmungen «gerettet» werden (d.h. Teilnichtigkeit statt Vollnichtigkeit; von daher «salvatorisch»). Mit ihr verwandt, nicht jedoch deckungsgleich ist die Auslegungsklausel (vgl. Fn. 62).

⁶¹ Vertragsänderungsklauseln in Bank-AGB wurden auch schon für unzulässig erklärt (vgl. KOLLER, Art. 8 UWG, S. 59), sollten jedoch bei gleichzeitiger Einräumung eines jederzeitigen Widerspruchs-/Kündigungsrechts (auch) des Bankkunden (dazu vorn Rz. 19) zulässig sein (so [wohl] auch bereits WIDMER, Diss., Rz. 468 ff.)

⁶² In einer Auslegungsklausel äussern die Parteien ihre Vorstellung davon, wie die Bank-AGB in Problemfällen auszulegen sei (z.B. Prinzip der «geltungserhaltenden Reduktion» statt Vollnichtigkeit).

⁶³ Hiesige Bankinstitute wählen mit Vorteil *Schweizer Recht*. Freilich kann ein ausländischer Gerichtsstand (dazu sogleich Fn. 64) i.V.m. zwingendem ausländischen Recht zu einer Nichtanwendbarkeit der Rechtswahlklausel führen.

⁶⁴ Dies betrifft insbesondere (aber keinesfalls nur) die «LugÜ-Staaten»; weiterführend SCHALLER, Handbuch, Rz. 586 ff., mit weit. Verw. auf Lit. u. Rsp. – Demgegenüber scheint (als Bsp.) *China* im internationalen Zusammenhang in Banksachen keinen eigentlichen Konsumentengerichtsstand zu kennen (wobei zu differenzieren ist, wenn ein schweizerischer Bankmitarbeiter physisch mit chinesischen Privatkunden in China mit der Absicht der Geschäftsanbahnung in Kontakt tritt; diesen Hinweis verdanke ich GIANNA ABEGG, Rechtsanwältin, LL.M. (Zürich), Eiger Shanghai Taipei).

⁶⁵ Und zwar *vor* Entstehung der Rechtsstreitigkeit; – es empfiehlt sich daher, für bestimmte Zielmärkte vor der Abrede einer Schiedsklausel in Bank-AGB diese Rechtsfragen abklären zu lassen.

der Bank als dem Bankkunden nicht ordnungsgemäss zugestellt und/oder von ihm nicht (stillschweigend) genehmigt.

- c. Falls die Bank-AGB keine oder nicht hinreichend klare *Negativzins-Klauseln* vorsehen, so kann die Bank Negativzinsen, Guthabengebühren o.ä. nicht einführen, und dies selbst bei Neukunden nicht⁶⁶. Ausserdem ist die Marge im Hypothekengeschäft allenfalls nicht geschützt, sondern wird durch Negativzinsen «aufgefressen». Sodann kann die Bank ihr Verrechnungsrecht wegen unklarer Formulierung und/oder fehlenden Einbezugs von Negativzinsen, Guthabengebühren o.ä. nicht rechtssicher ausüben.
- d. Fehlt eine *Steuerehrlichkeits-/ (etc.) /Klausel*, so ist der Bankkunde nicht (bzw. nicht rechtssicher) zur Steuerehrlichkeit und damit einhergehender Ausfüllung und Einreichung von Formularen und Erklärungen sowie zur Einhaltung ausländischer Rechtsvorschriften verpflichtet. Die Bank riskiert, sowohl gegen ausländisches als auch inländisches Aufsichts-, Steuer- und/oder Anti-Geldwäschereirecht zu verstossen (v.a. i.V.m. dem bankengesetzlichen Gewährsartikel).
- e. Sind *Bargeldauszahlungen* gemäss Bank-AGB unbeschränkt möglich, so kann der Bankkunde die Auszahlung seines Guthabens in Bar verlangen und allenfalls zivilprozessual durchsetzen. Die Bank gerät in einen Rechtskonflikt (Zielkonflikt) mit Bezug auf (in-/ausländisches) Zivil-, Aufsichts-, Straf-, Steuer- und/oder Anti-Geldwäschereirecht (wiederum i.V.m. dem Gewährsartikel).
- f. Sofern Klauseln zu *Digitalisierung* und *Outsourcing* fehlen, oder sind diese unzureichend formuliert, so gewärtigt die Bank Rechtsrisiken aus (teil-)digitalisierten Dienstleistungen (Zivil- und Aufsichtsrecht) und kann ausserdem die zivil-, straf-, datenschutz- und aufsichtsrechtlichen Anforderungen an ein rechtmässiges Outsourcing nicht rechtssicher einhalten.
- g. Fehlt eine Entbindung vom *Bankgeheimnis* oder ist diese Entbindung unvollständig, so hat der Bankkunde die betroffene Bank nicht in allen sachgerechten Fällen von der Einhaltung des Bankgeheimnisses entbunden. Die Bank setzt sich dem Risiko einer Verletzung des Bankgeheimnisses aus, mit zivil-, straf- und aufsichtsrechtlichen Folgen.
- h. Ohne *beidseitiges Kündigungsrecht* sind die Bank-AGB sowie allfällige weitere Bankverträge in ihrer (Rechts-)Gültigkeit gefährdet. Ausserdem können Bank-AGB dadurch nicht rechtssicher (bankseitig) geändert werden.
- i. Bei fehlenden/nicht hinreichend formulierten *Gerichtsstands- oder Schiedsklausel* schliesslich, gewärtigt die Bank im Fall eines Gerichtsverfahrens (allenfalls erhebliche) prozessuale Nachteile.

[Rz 23] Darüber hinaus sind entsprechend «lückenhafte» Bank-AGB auch für die *vor- und ausserprozessuale Position* der Bank unvorteilhaft. Gerade in Verhandlungen zwischen Bank und Kunde in einem Zeitpunkt, in dem der Kunde noch kein Gericht eingeschaltet hat, ist es von grossem verhandlungstaktischem und -psychologischem Vorteil, auf eine existierende Klausel in Bank-AGB hinzuweisen und dem Kunden zu sagen: «*Schau mal, Kunde, hier steht geschrieben, dass die Bank berechtigt ist, [xx] zu tun/zu beschränken [etc.]*». Diesen Vorteil verliert die Bank, wenn in ihren Bank-AGB eine entsprechende, klar ausformulierte Klausel schlichtweg fehlt.

⁶⁶ Bei bisherigen Kunden (bzw. Altkunden) ist dies aus vertragstypenrechtlichen Überlegungen ausgeschlossen, wenn die Zustimmung des Kunden fehlt; vgl. vorn Rz. 9.

V. Rechtsfolgen «rechtswidriger» Bank-AGB

1. UWG-Sanktionen

[Rz 24] Angenommen, Bank-AGB sind dergestalt formuliert, dass sie Art. 8 UWG verletzen. Was kann passieren? – Einmal kann der Bankkunde die Bank verklagen⁶⁷. Oder es klagt (wenig realistisch) die eine Bank gegen die andere Bank⁶⁸. Auch der Bund⁶⁹ und schliesslich die Konsumentenschutzorganisationen («KSO») sind zur Klage legitimiert⁷⁰.

[Rz 25]

Exkurs: Mit Bezug auf Klagen von KSO wurde in der Literatur vor einiger Zeit die Meinung vertreten, dass die *Bank* die *Kosten* einer Vorab-Abklärung und Abmahnung der Bank durch die KSO bei allenfalls missbräuchlichen Bank-AGB *zu tragen habe*, und zwar *inkl. Anwaltskosten*. Denn diese Kosten seien Auslagenersatz i.S.v. Art. 422 OR im Rahmen einer Geschäftsführung ohne Auftrag («GoA») für die Bank (sic)⁷¹. – Dass diese Auffassung ohne Halt ist, erhellt rasch: Es liegt (aus Sicht der KSO) *(i) kein fremdes Geschäft* vor (und damit auch keine echte GoA)⁷², denn das *Eigeninteresse* der KSO ist nicht bloss untergeordneter Natur⁷³. Und selbst wenn man hier anderer Auffassung wäre, so wäre auch dann *(ii) kein Auslagenersatz* nach Art. 422 OR geschuldet, denn es würde sich nicht um eine (echte) berechnete GoA handeln, sondern es läge ein (mindestens) *konkludentes* (weder rechts- noch sittenwidriges) *Einmischungsverbot* seitens der Bank vor⁷⁴.

[Rz 26] Somit *keine* (echte, berechnete) GoA und damit auch *kein Auslagenersatz* durch die betroffene Bank – aber sind damit die Probleme gelöst? Nein, denn die vielerorts verortete «Bankenfeindlichkeit» ist für die Finanzinstitute ein ernstzunehmendes Problem, das volle Aufmerksamkeit erfordert. Immerhin bleibt bei Bank-AGB, die allenfalls Art. 8 UWG verletzen, das Strafrecht aussen vor⁷⁵.

2. Zivilrechtliche Sanktionen

[Rz 27] Ein Verstoss «klassischer» Haftungsklauseln in Bank-AGB gegen zwingende Bestimmungen des Privatrechts (Art. 19/20, 100/101 OR; Art. 27 Schweizerisches Zivilgesetzbuch; ZGB)

⁶⁷ Art. 10 Abs. 1 UWG.

⁶⁸ Die Aktivlegitimation für eine Klage gegen einen Mitbewerber/Konkurrenten ergibt sich aus Art. 9 UWG (vgl. etwa BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, in: Hilty/Arpagaus [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], Basel 2013, N 6 zu Art. 9 UWG).

⁶⁹ Zu den (qualifizierten) Voraussetzungen hierfür vgl. Art. 10 Abs. 3 UWG.

⁷⁰ Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG.

⁷¹ RUSCH/SCHIRRMACHER, Konsumentenorganisationen im AGB-Streit, ZBJV 2013, S. 694 ff.

⁷² Zu den Voraussetzungen für die echte GoA etwa BSK OR I-WEBER, N 2 ff. zu Art. 419 OR.

⁷³ Zu diesem Kriterium etwa ZK-SCHMID, N 16 zu Art. 419 OR, mit weit. Verw.

⁷⁴ Zum Einmischungsverbot, das einen Verwendungs-/Auslagenersatz nach Art. 422 OR verunmöglicht, etwa (statt aller) KUKO OR-SCHALLER, N 5/6 zu Art. 419 OR, N 1 zu Art. 422 OR.

⁷⁵ Vgl. Katalog in Art. 23 Abs. 1 UWG *ohne* Art. 8 UWG.

kann zu einer Vollnichtigkeit der betroffenen Haftungsklausel führen⁷⁶. Die Bank würde dann allenfalls unbeschränkt für jeden Schaden und jedes Verschulden haften.

3. Aufsichtsrechtliche Sanktionen?

[Rz 28] In den folgenden Abschnitten ist schliesslich der Frage nachzugehen, ob «rechtswidrige» Bank-AGB allenfalls auch aufsichtsrechtliche Sanktionen nach sich ziehen können. Insoweit gilt es vorab festzuhalten, dass der Anwendungsbereich des bankengesetzlichen *Gewährsartikels* (Art. 3 Abs. 2 lit. c Bankengesetz; BankG) seit bereits einigen Jahren fortwährend expandiert. Zwar hat die Aufsichtsbehörde noch im 2006 eine «aufsichtsrechtliche Bedeutung» von Bank-AGB «weitgehend» «verneint»⁷⁷, jedoch bereits damals einen ausdrücklichen «Einzelfall»-Vorbehalt geäussert und zudem die Banken zu einer «kundenfreundlichen Formulierung» ihrer AGB angehalten. Im 2010 lehnte sodann die FINMA ab, «eine vorgängige Genehmigung oder nachträgliche flächendeckende Prüfungen von AGB selbst durchzuführen»⁷⁸, wiederum jedoch, ohne eine Einzelfall-Prüfung *a priori* auszuschliessen. Alsdann hielt die FINMA im 2012 (im Zusammenhang mit Retrozessionen) folgendes fest: «Die systematische Einhaltung der massgebenden zivilrechtlichen Pflichten durch die Beaufsichtigten ist aber Bestandteil des aufsichtsrechtlichen Erfordernisses einer einwandfreien Geschäftstätigkeit». – Ob damit die FINMA eine künftigen Praxisänderung bzw. Verschärfung auch (und gerade) mit Bezug auf Bank-AGB der FINMA angekündigt hat, bleibt vorderhand offen.

[Rz 29] Indessen werden mittlerweile auch in der juristischen Literatur aufsichtsrechtliche Massnahmen der FINMA mit Bezug auf rechtswidrige Bank-AGB zunehmend befürwortet⁷⁹. Dass «rechtswidrige» Bank-AGB angesichts der vorstehenden, bisherigen Praxis der FINMA an sich ohne weiteres geeignet sind, die Gewährsfrage aufleben zu lassen, liegt letztlich darin, dass mit solchen AGB eine «institutsweite Rechtswidrigkeit» begründet wird⁸⁰. Damit wird der Gewährsartikel für die Bank unmittelbar zum Thema. Bei (bloss) einzelfallweisen Verfehlungen wäre dies nicht (zwingend) der Fall⁸¹.

[Rz 30] Festzuhalten bleibt für den Moment, dass die FINMA bis anhin (und soweit ersichtlich bzw. öffentlich bekannt) noch nicht aufsichtsrechtlich (gestützt auf den Gewährsartikel oder sonst wie) gegen allfällig «rechtswidrige» Bank-AGB vorgegangen ist. Nach vorliegend vertretener Auf-

⁷⁶ Die Rechtslage ist jedoch hier (u.a.) wegen «Kann»-Vorschriften (vgl. Art. 100 Abs. 1 OR), dem Konzept einer «flexiblen Nichtigkeit» (vgl. BSK OR I-HUGUENIN, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar OR I, 6. Aufl. Basel 2015, N 55 ff. zu Art. 19/20 OR; rezipiert u.a. durch SCHALLER, Habil., Rz. 804 ff.), dem Widerstreit zwischen «geltungserhaltender Reduktion» und Vollnichtigkeit (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_404/2008 vom 18. Dezember 2008 und die Diskussion hierzu u.a. bei RUSCH, SZW 2012, 443, und SCHALLER, Handbuch, Rz. 242/243 inkl. weit. Verw. in Fn. 473/474) letztlich *unsicher*. – Allenfalls kann hier eine «kombinierte Bank-AGB-Medikation» aus (i) Wegbedingungen, Freizeichnungen (vorn Rz. 5) und Fiktionen (Rz. 7), (ii) soweit dem Risikosphären-Konzept entsprechend (Rz. 4) und (iii) «gesetzlich zulässig» (Rz. 5) i.V.m. (iv) salvatorischer Klauseln (Rz. 20 und Fn. 60) und Auslegungsklauseln (Rz. 20 und Fn. 62) weiterhelfen. Doch auch dies bleibt vorerst *unklar*.

⁷⁷ Vgl. EBK-Jahresbericht 2006, S. 40/41.

⁷⁸ FINMA-Vertriebsbericht 2010, S. 59.

⁷⁹ Vgl. etwa KOLLER, Art. 8 UWG, S. 77: «Gegen Versicherungsunternehmen, welche missbräuchliche AGB verwenden, hat die FINMA somit aufsichtsrechtlich vorzugehen. Warum dasselbe nicht auch für von der FINMA beaufsichtigte Banken gelten soll, wäre nicht einzusehen»; WIDMER, Diss., Rz. 65: «[D]er FINMA [stehen] Ansatzpunkte zur Verfügung . . . , die es ihr ermöglichen würden, die Banken zur Einhaltung von AGB-Kontrollnormen anzuhalten».

⁸⁰ Vgl. SCHALLER, Handbuch, Rz. 693; rezipiert durch BÜHLER, Gewährsartikel: Regulierung der FINMA an der Grenze von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, SJZ 2014, S. 34 (linke Spalte oben).

⁸¹ Nochmals SCHALLER, Handbuch, a.a.O.

fassung scheint es jedoch nur eine Frage der Zeit zu sein, bis sich dies ändern könnte. Denn sämtliche (aufsichts-)rechtlichen Voraussetzungen hierfür scheinen gegeben.

VI. Fazit

[Rz 31] Dieser Beitrag hat gezeigt, bei welchen Klauseln (bzw. Klauselgruppen) von Bank-AGB ein Handlungsbedarf besteht, gerade in Anbetracht der Rechtsfolgen, die «lückenhafte» und/oder «rechtswidrige» Bank-AGB nach sich ziehen können. Ausserdem könnten Bank-AGB nach Massgabe des bankengesetzlichen Gewährsartikels auch für die Aufsichtsbehörde (FINMA) dereinst zum Thema werden. Und nicht zuletzt sind die AGB die «juristische Visitenkarte» einer Bank. Entsprechend ist ihnen Sorge zu tragen.

Dr. iur. JEAN-MARC SCHALLER, Privatdozent für Bankenrecht (Universität Zürich), Rechtsanwalt im Banken- und Prozessrecht, Partner bei Holenstein Rechtsanwälte AG (Zürich). – Dieser Beitrag entstand im Rahmen von diversen «Bank-AGB-Überarbeitungsprojekten».