

Über die Allgemeinen
Geschäftsbedingungen der Banken und
deren rechtliche Behandlung, unter
besonderer Berücksichtigung
ausgewählter Klauseln

DISSERTATION
der Hochschule St. Gallen
für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von: **Ida Hardegger**
von: **Gams (St. Gallen)**

Genehmigt auf Antrag der Herren Professoren
Dr. I. Schwander und
Dr. R. Zäch

Dissertation Nr. 1277

Druckerei H. Tschudy & Co. AG, CH – 9004 St. Gallen

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Literaturverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Teil 1: Grundlagen	1
I. Begriff, Funktion und grundsätzliche Problematik der AGB der Banken	1
1. Begriff der AGB der Banken	1
2. Die Funktion der AGB der Banken	3
3. Die grundsätzliche Problematik der AGB der Banken ...	5
3.1. Verdrängung des dispositiven Rechts	6
3.2. Beschränkung der Vertragsfreiheit	8
II. Die Rechtsnatur der AGB der Banken	12
Teil 2: Charakteristik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken und deren rechtliche Behandlung	17
I. Charakteristik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken	17
1. Die Musterbedingungen der Schweizerischen Bankiervereinigung als Vorlage	17
1.1. Die Zielsetzung der Musterbedingungen der Schweizerischen Bankiervereinigung	19
1.2. Überblick über den Inhalt	21
1.2.1. Bestimmungen über organisatorische Fragen	22
1.2.2. Bestimmungen zur Risikoverteilung unter den Parteien	22
1.2.3. Klausel betreffend das anwendbare Recht und den Gerichtsstand	23

1.2.4. Klausel betreffend den Vorbehalt besonderer Bestimmungen	23
II. Die rechtliche Behandlung der Allgemeinen Geschäftsbe- dingungen der Banken	24
1. Ausgangslage	24
2. Die Geltung der AGB der Bank durch ihre Einbeziehung in den Einzelvertrag	27
2.1. Regelfall: Globalakzept	32
2.2. Die Schranke des zwingenden Rechts	33
2.2.1. Art. 1 der Musterbedingungen der Schweizerischen Bankiervereinigung	34
2.2.1.1. Stellungnahme	34
2.3. Die AGB der Bank und abweichende Individualabreden	40
2.3.1. Art. 11 der Musterbedingungen der Schweizerischen Bankiervereinigung	42
2.3.1.1. Stellungnahme	42
2.4. Voraussetzungen für die Verbindlichkeit von Gerichtsstandsklauseln	48
2.4.1. Art. 13 der Musterbedingungen der Schweizerischen Bankiervereinigung	52
2.4.1.1. Stellungnahme	52
2.5. Kollisionsprobleme aufgrund wechselseitiger Verweisung zweier Banken auf ihre AGB	58
2.6. Die Abänderung der AGB durch die Bank wäh- rend eines bestehenden Vertragsverhältnisses	60
2.6.1. Art. 15 der Musterbedingungen der Schweizerischen Bankiervereinigung	60
2.6.1.1. Stellungnahme	61
3. Die Geltung von Sonderbedingungen (Art. 14 der Muster- bedingungen der Schweizerischen Bankiervereinigung) ..	62
4. Die in der Schweiz praktizierte Kontrollmethode: Die indirekte richterliche Kontrolle der AGB der Banken	64
4.1. Die Geltungskontrolle	64
4.1.1. Die Ungewöhnlichkeitsregel	64

4.2.	Die Auslegung der AGB der Banken	68
4.2.1.	Die Unklarheitenregel	70
4.3.	Zusammenfassende Bemerkungen und Kritik an einer verdeckten Inhaltskontrolle	71
5.	Forderung nach einer offenen (direkten) Inhaltskontrolle de lege lata	74
5.1.	Die Haltung des Bundesgerichts in der Frage ei- ner offenen Inhaltskontrolle bei AGB-Verträgen ...	75
Teil 3: Ausgewählte Risikoverteilungsklauseln in den AGB der Banken und deren inhaltliche Überprüfung		81
I.	Überblick über den Regelungsbereich	81
1.	Die Klauseln betreffend Risikobegrenzungen und Haftungsbeschränkungen	81
2.	Bemerkungen zur Terminologie	83
II.	Zivilrechtliche Kontrollnormen de lege lata	84
1.	Überblick	84
2.	Die Grenzen der Freizeichnung aufgrund der Art. 100 und 101 Abs. 2 und 3 OR	84
2.1.	Zulässigkeit einer Haftungsfreizeichnung für leichte Fahrlässigkeit bei eigenem Verschulden, Art. 100 Abs. 1 OR	85
2.2.	Die Ausnahmeregelung in Art. 100 Abs. 2 OR	87
2.3.	Zulässigkeit einer vom Verschuldensgrad unab- hängigen Haftungsfreizeichnung von fremdem Verschulden, Art. 101 Abs. 2 OR	88
2.4.	Die Ausnahmeregelung in Art. 101 Abs. 3 OR	89
2.4.1.	Abgrenzung zwischen einer Hilfsperson im Sinne von Art. 101 OR und einem Organ im Sinne von Art. 55 ZGB	90
2.5.	Qualifikation der Banken als obrigkeitlich konzessionierte Gewerbe im Sinne von Art. 100 Abs. 2/101 Abs. 3 OR	92

2.5.1. Praktische Bedeutung dieser Qualifikation für die Banken	95
3. Die allgemeinen Gültigkeitsschranken der Verträge: Mögliche dogmatische Grundlagen einer offenen Inhaltskontrolle	97
3.1. Der Grundsatz von Treu und Glauben, Art. 2 Abs. 1 ZGB	98
3.2. Das Verbot des Rechtsmissbrauchs, Art. 2 Abs. 2 ZGB	98
3.3. Die Sittenwidrigkeit gemäss Art. 20 Abs. 1 OR ...	99
3.4. Die Übervorteilung, Art. 21 OR	100
3.5. Willensmängel, Art. 23ff. OR	101
3.6. Die Grenzen vertraglich eingeräumten Ermessens, Art. 71 Abs. 2 OR	103
3.7. Das Verbot des Verstosses gegen die öffentliche Ordnung (innerstaatlicher ordre public im Sinne von Art. 19 Abs. 2 OR)	104
III. Die inhaltliche Überprüfung der Art. 4-7 der AGB der Banken	111
1. Einleitende Bemerkungen	111
2. Wertungsaufgabe und Wertungsmassstab	111
3. Die Überprüfung von Art. 4 Muster-AGB	115
3.1. Der Klauseltext	115
3.2. Die gesetzliche Regelung	116
3.3. Die Regelung in Art. 4 Muster-AGB und deren inhaltliche Kontrolle	121
3.3.1. Die Praxis des Bundesgerichts: Ausgewählte Beispiele aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Unterschriftenfälschungssachverhalten ...	128
4. Die Überprüfung von Art. 5 Muster-AGB	132
4.1. Der Klauseltext	132
4.2. Die gesetzliche Regelung	133
4.3. Die Regelung in Art. 5 Muster-AGB und deren inhaltliche Kontrolle	134

5.	Die Überprüfung von Art. 6 Muster-AGB	137
5.1.	Der Klauseltext	137
5.2.	Die gesetzliche Regelung	138
5.3.	Die Regelung in Art. 6 Muster-AGB und deren inhaltliche Kontrolle	140
6.	Die Überprüfung von Art. 7 Muster-AGB	142
6.1.	Der Klauseltext	142
6.2.	Die gesetzliche Regelung	143
6.3.	Die Regelung in Art. 7 Muster-AGB und deren inhaltliche Kontrolle	146
IV.	Die Untersuchung der Schweizerischen Kartellkommission über die gesamtschweizerisch wirkenden Vereinbarungen im Bankgewerbe	151
1.	Gegenstand, Zweck und Ergebnis der Untersuchung der Kartellkommission	151
2.	Grundsätzliche Stellungnahme der Schweizerischen Bankiervereinigung zum Ergebnis der Kartellkommission in bezug auf die Muster-AGB	155
3.	Die Empfehlung der Kartellkommission zu den Art. 4-7 der Muster-AGB	158
3.1.	Die Empfehlung der Kommission zu Art. 4 Muster-AGB	158
3.1.1.	Die Stellungnahme der Schweizerischen Bankiervereinigung	159
3.2.	Die Empfehlung der Kommission zu Art. 5 Muster-AGB	160
3.2.1.	Die Stellungnahme der Schweizerischen Bankiervereinigung	160
3.3.	Die Empfehlung der Kommission zu Art. 6 Muster-AGB	161
3.3.1.	Die Stellungnahme der Schweizerischen Bankiervereinigung	161
3.4.	Keine Empfehlung der Kommission zu Art. 7 Muster-AGB	161

Teil 4: Der lauterkeitsrechtliche Lösungsansatz zu einer AGB-Kontrolle	163
I. Der lauterkeitsrechtliche Lösungsansatz zu einer AGB-Kontrolle	163
1. Übersicht über das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), vom 19.12.1986	163
2. Art. 8 UWG: „Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen“	166
2.1. Der Wortlaut von Art. 8 UWG und seine Entstehungsgeschichte	166
2.1.1. Die Tatbestandselemente von Art. 8 UWG	169
2.2. Würdigung von Art. 8 UWG im Hinblick auf seine Relevanz für eine wirksame AGB-Kontrolle ...	171
2.2.1. Die Frage der Zweckmässigkeit einer AGB-Legiferierung im UWG	171
2.2.2. Würdigung der materiellen Ausgestaltung von Art. 8 UWG	175
Teil 5: Schlussbemerkungen	181
Anhang	189