

Ein Fall einseitiger Erhöhung von Bankgebühren vor dem Ombudsman

Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen sind hinterlistig und komplex zu erfassen. Nicht zu Unrecht bezeichnet sie die Lehre als das „trojanische Pferd“ im Vertrag. Der Beitrag geht anhand eines konkreten Falles auf die Problematik einseitiger Änderungsrechte in den allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Bank ein. Der zweite Teil des Beitrages richtet sich auf das Verfahren vor dem Bankenombudsman, dessen Vermittlerdienste der Bankkunde in Anspruch genommen hat.

Des droits de modification unilatéraux dans des conditions générales sont généralement sournois et compliqués à comprendre. La doctrine les assimile à juste titre à un « cheval de Troie » dans le contrat. La présente étude aborde à l'aide d'un cas concret la problématique des droits de modification unilatéraux dans les conditions générales d'une banque. La deuxième partie se consacre à la procédure devant l'Ombudsman des banques suisses, lequel avait été saisi par le client en question.

Rechtsanwalt PD Dr. Arnold F. Rusch LL.M.* (Jusletter, 28. März 2011)

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	1
I. Einführung	2
II. Sachverhalt	2
III. Rechtliche Würdigung	2
1. Gestaltungsrecht vs Erklärungsfiktion	3
2. Variante Gestaltungsrecht	3
a. Bestimmbarkeit	3
b. Ausübung des Gestaltungsrechts nach billigem Ermessen	4
c. AGB-Korrektiv	4
d. Fazit	6
3. Variante Erklärungsfiktion	6
a. Fingierter Konsens	6
b. Fazit	8
4. Kritik	9
IV. Der Banken-Ombudsman	9
1. Grundlagen	9
2. Verfahren und Ausgang	9
3. Kritik	10
4. Lösungsvorschlag	11
V. Schlusswort	12
Literaturverzeichnis	13

* Rechtsanwalt PD Dr. Arnold F. Rusch LL.M. ist Lehrbeauftragter an der Universität Zürich. Er hat den im Artikel beschriebenen Bankkunden im Verfahren vor dem Bankenombudsman unentgeltlich vertreten.

I. Einführung

- 1 In diesem Aufsatz geht es um die Frage, wie ein Bankkunde gegen hohe Bankgebühren sowie einseitige Änderungsrechte vorgehen kann. Der Aufsatz beleuchtet anhand eines Falles nicht nur die materiellrechtlichen Aspekte und das in der Schweiz geltende AGB-Korrektiv, sondern geht auch auf die unbefriedigende prozessuale Seite der Durchsetzung geringfügiger Schadenersatzforderungen und das Verfahren vom dem Bankenombudsman ein.

II. Sachverhalt

- 2 Folgender Sachverhalt hat sich ereignet: Ein Kunde war mit den Leistungen seiner Bank nicht mehr zufrieden. Er löste seine Konto-/Depotbeziehung auf und wies die Bank an, Gelder und Aktien zu seiner neuen Bank zu transferieren. Die Bank belastete ihm dafür Kontoauflösungsgebühren in der Höhe von Fr. 50 und Titeltransfergebühren von Fr. 250 pro Aktienposition (total 19 Aktienpositionen). Mit der Mehrwertsteuer ergaben sich Kosten von Fr. 5'161.
- 3 Die relevanten Bestimmungen in den AGB der Bank lauten wie folgt: „**18.** Die Bank behält sich das Recht vor, den Tarif jederzeit einseitig anzupassen und den Kunden auf geeignete Weise darüber zu informieren. (...)“ sowie: „**20. Änderungen der allgemeinen Geschäftsbedingungen** Die Bank behält sich jederzeitige Änderungen der allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie der übrigen Reglemente vor. Diese werden dem Kunden auf dem Zirkularweg oder auf andere geeignete Weise bekannt gegeben und gelten ohne Widerspruch innert Monatsfrist als genehmigt.“
- 4 Der in Ziff. 18 erwähnte Tarif bezieht sich auf das Reglement „Preise und Tarife“ der Bank vom 1. Januar 2010, das für einen Titeltransfer Fr. 250 verlangt. Dem Kunden gegenüber erwähnte die Sachbearbeiterin der Bank, dass bis zum 1. Januar 2010 lediglich Gebühren von Fr. 150 angefallen wären. Er solle sich die im März 2010 ausgesprochene Kündigung angesichts der neuen, erhöhten Tarife „nochmals überlegen“. Im späteren Verfahren vor dem Ombudsman berief sich die Bank nicht auf einen exakten Tarif, sondern auf die früher geltende Regelung mit einer Bandbreite für Titelauslieferungen von Fr. 70-350. Der Kunde, der eine sauber geführte Dokumentation der gesamten Korrespondenz mit der Bank vorzeigen konnte, hat die genannten Gebührentarife nie erhalten. Die Bank erwähnte im Begleitbrief zum Konto-/Depotauszug 2009 die Änderung der Gebühren pauschal und verwies für Details auf eine Internetseite. Den ab 1. Januar 2010 geltenden Gebührentarif hat der Kunde erst nach erfolgter Kündigung (im März 2010) erhalten. Dies geschah jedoch nicht im Rahmen eines Massenversandes, sondern bereits mit Bezug auf die sich anbahnende Auseinandersetzung.
- 5 Der Kunde protestierte gegen die Gebührenbelastung und forderte zuerst direkt von der Bank und später im Verfahren vor dem Ombudsman eine Reduktion der Transfergebühren von Fr. 250 auf Fr. 50 pro Aktienposition (von Fr. 5'111 auf Fr. 1'022.20), mithin eine Rückzahlung von Fr. 4'088.80. Der Kunde nahm schliesslich die Offerte der Bank an, von den bereits belasteten Kosten Fr. 3'000 zurückzuerhalten, nachdem er deren erste Offerte über Fr. 1'500 noch abgelehnt hatte.

III. Rechtliche Würdigung

- 6 Die rechtliche Würdigung der Transfergebühr von Fr. 250 verläuft entlang zweier möglicher Schienen. *Erstens* lässt sich argumentieren, dass die Gebühr in der Höhe von Fr. 250, sofern es überhaupt zu einer Übernahme des Gebührentarifs gekommen ist, generell überhöht und deshalb ungewöhnlich ist. *Zweitens* ergeben sich Lösungsansätze aus der Art und Weise der Erhöhung der Gebühren, die entweder auf dem Weg der Ausübung eines Gestaltungsrechts oder demjeni-

gen der Erklärungsfiktion erfolgen kann.

1. Gestaltungsrecht vs Erklärungsfiktion

- 7 Ziff. 18 und 20 der Banken-AGB stellen zwei verschiedenen Rechtsfiguren dar. Ziff. 18 ist ein *einseitiges Änderungsrecht*, dessen Ausübung als *Gestaltungsrecht* keiner expliziten oder stillschweigenden Zustimmung des Kunden bedarf. Ziff. 20 basiert hingegen auf der Konstruktion des Änderungskonsenses in Form der *Erklärungsfiktion*. Protestiert der Kunde nicht innert eines Monats, gilt dies als Zustimmung zur „vorgeschlagenen“ Änderung.
- 8 Es stellt sich die Frage, welche Konstruktion anwendbar ist. Ziff. 18 AGB erfasst speziell die Gebühren. Ziff. 20 AGB erfasst aber die ganzen AGB und die Reglemente – auch der Gebührentarif gehört zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen. Es ist somit naheliegend, dass Ziff. 18 AGB als *lex specialis* der Regelung von Ziff. 20 vorgeht. Ebenso begründbar wäre es aber, das einseitige Änderungsrecht in Ziff. 18 AGB speziell zu erwähnen, bezüglich der konkreten Vorgehensweise aber auf Ziff. 20 AGB zu verweisen. Anhand des Wortlauts („...*einseitig anzupassen...*“), der Systematik (Ziff. 18 AGB als *lex specialis* zum generellen Änderungsregime in Ziff. 20 AGB) und des praktischen Vorgehens der Bank, die die Änderungen ohnehin nur pauschal mitteilt, erscheint die Variante des Gestaltungsrechts als naheliegend. Da sich diese Problematik bei vielen AGB stellt und juristische Laien die beiden Rechtsfiguren kaum unterscheiden können, widmen sich die nachfolgenden Gedanken beiden Varianten. In einem ersten Schritt zeige ich die rechtlichen Konsequenzen der unterschiedlichen Konstruktion auf. Im Anschluss daran gehe ich der Frage nach, ob diese komplexe Unterscheidung in AGB wirklich Bedeutung haben kann.

2. Variante Gestaltungsrecht

- 9 Ein einseitiges Änderungsrecht stellt ein Gestaltungsrecht dar.¹ Die Vereinbarung eines solchen Rechts bedarf eines gültigen Konsenses. Das Änderungsrecht hat das Potential, den Konsens der ursprünglichen Vereinbarung zu sprengen und unterliegt deshalb umfangreichen Einschränkungen. Es sind dies die Bestimmbarkeit des Gestaltungsrechts und die Ausübung nach billigem Ermessen. Als Klausel in vorformulierten Geschäftsbedingungen unterliegt das Gestaltungsrecht überdies dem gesamten AGB-Korrektiv.

a. Bestimmbarkeit

- 10 Ein Gestaltungsrecht ist nur dann gültig, wenn es bestimmt oder zumindest bestimmbar ist, da es sonst vom Konsens nicht erfasst sein kann. Dies hat das Bundesgericht in BGE 135 III 1 ff., 10, Erw. 2.5. klar festgehalten: „*Rechnen die Parteien bei Vertragsabschluss mit künftigen Ereignissen, können sie für diesen Fall eine Anpassung vertraglich vorsehen. Dadurch wird der einen Partei das (Gestaltungs-)Recht eingeräumt, vom Prinzip der Vertragstreue abzuweichen und einseitig die Vertragsbestimmungen zu ändern. Damit Anpassungsklauseln aber überhaupt gültig sind, müssen regelmässig sowohl das erwartete Ereignis als auch der Umfang der Anpassung vertraglich bestimmt werden; denn ein Vertrag kommt nur zustande, wenn Leistungsinhalt sowie -umfang mindestens bestimmbar sind und so auch erfüllt werden können (...). Ein undefiniertes Gestaltungsrecht zur einseitigen Abänderung vertraglicher Leistungspflichten widerspricht der Natur und dem Zweck des Vertrags, mit dem Rechte und Pflichten jeder Vertragspartei gerade definiert werden sollen.*“
- 11 Derselbe Gedanke ergibt sich aus Art. 184 Abs. 3 OR: „*Der Preis ist genügend bestimmt, wenn er nach den Umständen bestimmbar ist.*“ Dies ist im Sinne einer objektiven Bestimmbarkeit zu verstehen. Es ist unzulässig, die Preisbestimmung in die Hände einer Vertragspartei zu legen.² Es handelt sich dabei um eine Bestimmung, die auf alle Verträge anwendbar ist und eigentlich

¹ Vgl. BGE 135 III 1 ff., 10, Erw. 2.5.

² Vgl. RUSCH/HUGUENIN, SZW 2008, S. 46, mit weiteren Hinweisen.

im allgemeinen Teil des Obligationenrechts stehen sollte.³

- 12** Im vorliegenden Fall erwähnt Ziff. 18 AGB nicht, anhand welcher Referenzwerte die Gebühren anzupassen sind. Nach dem Wortlaut des Textes kann die Erhöhung jederzeit, beliebig oft und in beliebiger Höhe ausfallen. Ein derartiges voraussetzungsloses Änderungsrecht kann dazu dienen, die synallagmatische Äquivalenz der Leistungen zu verändern, sei dies zwecks Befriedigung erhöhter Gewinnerwartungen oder zwecks Abschreckung unzufriedener Kunden vor der Kündigung.⁴ Dies ist zweckwidrig und mangels Bestimmbarkeit nicht mehr vom Konsens erfasst. Es handelt sich um eine (ungültige) Unterwerfung des Kunden unter den Willen der Bank, also gerade das Gegenteil eines Konsenses. Diese Wertung deckt sich mit dem nachfolgenden Argument der übermässigen Bindung (vgl. unten, Rz. 17).

b. Ausübung des Gestaltungsrechts nach billigem Ermessen

- 13** Auch wenn die Parteien ein gültiges Änderungsrecht vereinbart hätten, muss die Bank ihr Gestaltungsrecht nach billigem Ermessen ausüben.⁵ Von einer billigen Ausübung des Änderungsrechts kann aber keine Rede sein, wenn die Bank die Gebühren des Titeltransfers von Fr. 150 auf Fr. 250, also um zwei Drittel anhebt. Dieses Argument ist jedoch nur relevant, wenn man die Gültigkeit des einseitigen Änderungsrechts grundsätzlich bejaht. Die Problematik des billigen Ermessens zeigt sich schon darin, dass gar nicht ersichtlich ist, wonach sich dieses Ermessen richten sollte. Klar ist jedoch, dass kein *vernünftig denkbarer Faktor oder relevanter Referenzwert* für Bankgebühren in dieser Zeit um zwei Drittel angestiegen ist.

c. AGB-Korrektiv

- 14 Erneute Übernahme.** Ziff. 18 AGB erwähnt, dass die Bank den Kunden auf „geeignete Weise“ über geänderte Gebühren informiert. Die Wahl des Wortes „geeignet“ suggeriert ein Ermessen der Bank, welche Formen zu diesem Zweck geeignet sein könnten. Geeignet ist jedoch einzig die erneute Übernahme im Sinne der Zustellung des gesamten geänderten Tarifs, weil nur diese die rechtlichen Anforderungen erfüllt.⁶ Die Aushändigung der Vertragsdokumentation und aller Reglemente dient nicht nur dem Konsens und der Zumutbarkeit der Kenntnisnahme, sondern auch der späteren Wahrnehmung der Rechte. Wer kann ohne Aushändigung des vollständigen Dokuments beurteilen, ob die Bank ein Gestaltungsrecht massvoll ausgeübt hat? Wer kann sich noch vor Inkrafttreten der geänderten Tarife vom Vertrag lösen, wenn er von deren Änderung gar nichts erfährt? Die Bank verwies im Begleitbrief der Konto-/Depotauszüge 2009 – zugestellt per Post Ende Januar 2010 – auf die Änderung der Gebühren per 1. Januar 2010, ohne diese genauer zu erläutern. Sie verwies für die Details auf eine Internetseite: „*Beachten Sie bitte unter*

³ Vgl. BK-GIGER, OR 184 N 222.

⁴ Dies ist besonders nachteilig, vgl. RUSCH/HUGUENIN, SZW 2008, S. 46, mit weiteren Hinweisen: „*Ein wesentlicher Gesichtspunkt dürfte darin liegen, dass durch die einseitige Preisänderung keine Gewinnsteigerung oder Verschiebung der Äquivalenz erfolgt. Ein weiterer Faktor ist die Unabhängigkeit einer allfälligen Preissteigerung vom Willen des Unternehmers – die Preissteigerung soll sich aus davon unabhängigen Kostenerhöhungen ergeben. Dies gilt sicher bei Geschäftsmodellen, bei denen auch Einzelgeschäfte zu Marktpreisen oder marktähnlichen Bedingungen abgeschlossen werden – also immer dort, wo (Listen-)Preise sich in einem funktionierenden Wettbewerb bilden.*“; vgl. für Deutschland THOMAS, AcP 2009, S. 92 f.: „*Für das Vorliegen einer unangemessenen Benachteiligung kommt es bei einer Preisanpassungsklausel daher darauf an, ob sie das Äquivalenzverhältnis wahrt. (...) Tragend für diesen AGB-rechtlichen Prüfungsmaßstab ist der Gedanke, dass die Preisanpassungsklausel eine spätere Änderung der vertraglichen Einigung hinsichtlich des essentielle negotii des Preises ermöglicht. Dadurch wird in den vertragsrechtlichen Mechanismus, einen Ausgleich der Interessen der Vertragspartner zu schaffen, eingegriffen. Dies gefährdet die materielle Richtigkeitsgewähr des Vertrags. Das Äquivalenzverhältnis muss daher in der Preisanpassungsklausel insoweit Geltung erlangen, als dass Chancen und Risiken einer Veränderung eines Einstandspreises oder anderer Kostenfaktoren auf Seiten des Lieferanten zwischen den Parteien gleich verteilt werden.*“

⁵ Vgl. von TUHR/PETER, S. 191; vgl. RUSCH/HUGUENIN, SZW 2008, S. 48 f., mit weiteren Hinweisen; vgl. BGE 118 II 157 ff., 165.

⁶ Vgl. RUSCH/HUGUENIN, SZW 2008, S. 53.

www... auch den neuen Gebührentarif per 1.1.2010“. Dieser Satz befand sich im Brief als vierter von sechs Abschnitten zwischen Werbung für ein neues E-Banking, einem Wettbewerb für Eishockey-Fans, einem Hinweis auf eine gebührenpflichtige Beratungs-Hotline und Neujahrswünschen. Dies ist gleich mehrfach problematisch. *Erstens* verfügen auch heute noch viele Menschen über keinen Internetzugang, so auch der 78 Jahre alte Bankkunde dieses Falles. *Zweitens* erschwert die Art der Mitteilung und die fehlende Beilage des Tarifs die Kenntnisnahme massiv. Wer rechnet damit, in einem Begleitschreiben zum Depotauszug zwischen diversen belanglosigkeiten einen Hinweis zu einer Vertragsänderung zu finden – und wer hat die Zeit, alte und neue Tarife zu vergleichen, um herauszufinden, was anders ist? Die Lehre betrachtet eine erneute Übernahme richtigerweise nur mit genauem Hinweis auf die erfolgten Änderungen als zumutbar. Ohne diesen Hinweis sind Änderungen schon in kurzen Dokumenten kaum auffindbar.⁷

- 15 Unklarheitenregel.** Es ist möglich, die im Zusammenspiel von Ziff. 18 und 20 der AGB enthaltene Unklarheit zugunsten des Kunden zu nutzen. Im Vergleich zwischen den beiden Lösungen kommt die für den Bankkunden günstigere Variante zur Geltung. Es handelt sich dabei um die *interpretatio contra proferentem*. Vorliegend existiert diese Diskrepanz tatsächlich (vgl. oben, Rz. 7 f.). Welche Auslegung aber ist für den Kunden günstiger? Wahrscheinlich ist es die Variante des Gestaltungsrechts, weil dieses aufgrund der fehlenden Bestimmbarkeit gar nicht zustande gekommen ist. Bloss vordergründig wäre die Variante mit der Erklärungsfiktion günstiger, weil der Kunde noch dagegen protestieren kann. Dies nützt ihm indes ohnehin nur wenig, weil er dadurch meist die ganze Bankbeziehung verliert.
- 16 Ungewöhnlichkeitsregel.** Bei nicht klar definierten Änderungsrechten muss die Bank *erstens* dem Kunden vor Inkrafttreten ein Ausstiegsrecht gewähren. Das Ausstiegsrecht ergibt sich aus der Ungewöhnlichkeitsregel. Es entspricht der allgemeinen Erwartung der Rechtsgenossen, dass man sich nach einer Änderung *mit Ermessenskomponente* noch vor Inkrafttreten vom Vertrag lösen kann. Jegliche Beschneidung dieses Rechts enttäuscht die berechtigten Erwartungen der Vertragspartner und führt zur Unbeachtlichkeit der ganzen Änderungsklausel. Dies hat das Bundesgericht in BGE 135 III 1 ff. für einen Versicherungsvertrag festgehalten, der die Kündigung bei behördlich veranlassten Änderungen ausschloss.⁸ Das Kündigungsrecht bringt jedoch

⁷ Vgl. FREUND, S. 48; vgl. RUSCH/HUGUENIN, SZW 2008, S. 53.

⁸ In diesem Falle war folgerichtig nur die Ausnahme vom allgemeinen Kündigungsrecht ungewöhnlich, vgl. BGE 135 III 1 ff., 11, Erw. 2.6.: „Nicht jede zulässige - inhaltlich bestimmte oder bestimmbare - Anpassungsklausel ist üblich im Sinne der Ungewöhnlichkeitsregel. In gewissen Branchen dürfte es zwar durchaus üblich sein, bei bestimmten Verträgen eine Anpassung vereinbarter Preise an die Teuerung nach einem bestimmten Index vorzusehen. Ist ein künftiges Ereignis jedoch zu wenig definiert oder nicht hinreichend bestimmt, räumen sich die Parteien regelmässig ein Kündigungsrecht ein. So kann der Vermieter bzw. der Krankenversicherer nach Art. 269d OR bzw. Art. 7 Abs. 2 KVG den Vertrag einseitig anpassen, wobei dem Mieter bzw. dem Krankenversicherten - unabhängig vom Ausmass der Änderung - das Kündigungsrecht zusteht (...). Bei Dauerverträgen entspricht es der allgemeinen Erwartungshaltung, dass eine Anpassungsklausel mit einem Kündigungsrecht verbunden ist, wenn sie auf einem nicht hinreichend bestimmten Ereignis beruht.“ sowie Erw. 3.3.: „Die Beschwerdegegnerin sieht in Ziff. 4 Abs. 2 ihrer AGB 2005 nicht nur vor, dass sie den Versicherungsvertrag anpassen kann, sondern schliesst zugleich das Kündigungsrecht der Beschwerdeführer aus. Für die Beurteilung, ob der Ausschluss des Kündigungsrechts erwartet wird, ist unerheblich, ob die Vertragsänderung auf einer behördlichen Anordnung beruht und von der Beschwerdegegnerin nachvollzogen oder von Letzterer selbst veranlasst wird. In beiden Fällen ist zur Zeit des Vertragsabschlusses unklar, wann, wie oft und in welchem Ausmass sich die Prämie bzw. die Vertragsgrundlagen ändern. Die Änderung der Vertragsgrundlagen kann sodann nicht auf eine allgemein bekannte Entwicklung zurückgeführt werden, die mit einer gewissen Regelmässigkeit eintritt. Es kommt auch nicht darauf an, ob die konkrete Änderung massvoll ausfällt und für sich betrachtet zumutbar ist. Dass die Beschwerdegegnerin für den in Ziff. 4 Abs. 2 AGB 2005 vorgesehenen Fall der Vertragsanpassung das Kündigungsrecht des Versicherungsnehmers ausschliesst, widerspricht der allgemeinen Erwartungshaltung der Beschwerdeführer und ist ungewöhnlich im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz mussten die Beschwerdeführer bei Vertragsabschluss nicht damit rechnen, dass sich die Vertragsgrundlagen während der vereinbarten Vertragsdauer ändern würden, ohne dass ihnen dann die Kündigung offenstünde.“; vgl. auch BGE 128 III 70 ff., 75: „Der einseitigen Gestaltungsmacht des Berechtigten entspricht auf der Seite des Erklärungsgenerners eine Gebundenheit, diese Gestaltung und den in ihr liegenden Einbruch in den eigenen Rechtskreis hinzunehmen und gegen sich gelten zu lassen. Da dem Berechtigten durch das Gestaltungsrecht eine einseitige Gestaltungsmacht eingeräumt ist, müssen

dem Bankkunden nur etwas, wenn er davon weiss – vorliegend hat die Bank nicht darauf aufmerksam gemacht.⁹ Ungewöhnlich wäre jedoch *zweitens* schon, ein Änderungsrecht ohne jegliche Konturen und Grenzen vorzusehen – dies war schon Gegenstand der obigen Überlegungen zur Bestimmbarkeit des Gestaltungsrechts und beurteilt sich auf abstrakte Art und Weise. Ob die konkrete Erhöhung massvoll ausfällt, ist nicht von Belang.¹⁰ Der geänderte Gebührentarif als solcher muss wohl *drittens* aufgrund seiner Höhe und seiner Einführung in den allgemeinen Geschäftsbedingungen wiederum der Ungewöhnlichkeitsregel unterliegen. Angesichts der Billigkeitskontrolle der Ausübung des Gestaltungsrechts (siehe oben, Rz. 13) bringt diese Prüfung allerdings kaum schärfere Ergebnisse.

- 17 Zwingendes Recht.** Mit den vorstehenden Erwägungen zur Bestimmbarkeit des Gestaltungsrechts kompatibel ist die Problematik der übermässigen Bindung (Art. 19 f. OR, Art. 27 Abs. 2 ZGB). Jeder Bankkunde würde sich mit Ziff. 18 AGB beliebigen Gebührenerhöhungen unterwerfen, die ihn in seiner wirtschaftlichen Bestimmung mangels Begrenzung übermässig binden würden. Die Übermässigkeit bestimmt sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses und auf abstrakte Weise. Die konkret erfolgte Änderung ist dabei ohne Belang.¹¹ Die Bank hätte die Tarife ins Unermessliche erhöhen können, was die Übermässigkeit der Bindung klar zu Tage treten lässt. Die Folge der übermässigen Bindung durch die Änderungsrechte in den AGB muss die Nichtigkeit sein, nicht die geltungserhaltende Reduktion.¹²

d. Fazit

- 18** Das Gestaltungsrecht besteht nicht, weil es nicht genügend bestimmt ist. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Bank gar keine Gebühren verlangen kann. Es steht ihr der Weg offen, Auslagenersatz im Sinne des Art. 402 OR zu verlangen.¹³ Dass dieser nicht bei Fr. 250 liegen kann, ist klar, wenn andere Banken noch im Jahre 2005 und zum Teil heute noch diese Dienstleistung mit Fr. 40-50 belasteten.¹⁴

3. Variante Erklärungsfiktion

a. Fingierter Konsens

- 19** Bejaht man die Anwendbarkeit der Ziff. 20 AGB auf das Änderungsregime bezüglich der Gebühren, folgt aus dem Schweigen des Kunden ein fingierter Konsens, d.h. es kommt zum Abschluss eines Änderungsvertrages. Diese Erklärungsfiktion ist nicht minder problematisch als das einseitige Änderungsrecht in der Form des Gestaltungsrechts. Die Widerspruchsmöglichkeit suggeriert dabei eine Wahlmöglichkeit zwischen den geltenden und den geänderten AGB oder

Sicherungen im Interesse der Gegenpartei vorgesehen werden, damit der Eingriff in die Rechtssphäre für diesen überschaubar und auf das notwendige Mass begrenzt wird (...).“

⁹ Vgl. die Überlegungen bei THOMAS, AcP 2009, S. 116.

¹⁰ Vgl. BGE 119 II 443 ff., 446: „*Pour déterminer si une clause est insolite, il faut se placer du point de vue de celui qui y consent, au moment de la conclusion du contrat.*“; vgl. RUSCH/HUGUENIN, SZW 2008, S. 51.

¹¹ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 666.

¹² Das Urteil BGer 4A_404/2008, Erw. 5.6.3.2.1. weist in diese Richtung: „*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 (...).*“

¹³ Auf das Depotverhältnis sind die Regeln des Hinterlegungsvertrags sowie des Auftrags anwendbar (vgl. BGE 133 III 37 ff., 40 f.).

¹⁴ Vgl. die Aufstellung bei MATUSCHAK, K-Tipp 2/2005, S. 35. Die acht aufgelisteten Banken verlangten Gebühren von Fr. 40-60, einzig der Tarif von Credit Suisse lag bei Fr. 100. Bei der Migros-Bank kostet der Transfer noch immer Fr. 50 (vgl. <http://www.migrosbank.ch/mgbk/PDFTemplates/UebrigereInformationen/TarifPremiumDienstleistungen.pdf?culture=de-CH&segment=PRIVAT&process=0>, abgerufen am 8. Februar 2011).

Tarifen. Der Realität kommt die Bezeichnung als Kündigungsrecht der Sache näher. Nach einem Widerspruch gegen neue AGB oder Tarife ist man die Bankbeziehung wohl los.

- 20 Ungewöhnlichkeit.** Es besteht eine Vermutung der Globalübernahme der AGB. Dies bedeutet, dass schon vermutungsweise niemand Kenntnis von der Zustimmungsfiktion und deren folgen-schwerer Bedeutung hat. Viele Kunden wissen nicht, dass sie sich überhaupt wehren können. Ohne Zustimmungsfiktion in den AGB zeigt sich vergleichsweise ein völlig anderes, viel vorteilhafteres Bild: Wer auf einen Antrag zur Erhöhung der Tarife schweigt, stimmt diesem nach der Regel des Art. 6 OR nicht zu. *Erstens* ist die Erhöhung der Tarife nicht vorteilhaft. Art. 6 OR erfasst dieses Faktum im Kriterium der *Natur des Geschäftes*.¹⁵ *Zweitens* sind die in Art. 6 OR ebenfalls erwähnten Umstände kaum geeignet, dem Schweigen die Wirkung eines Akzepts zu verleihen. Wer den eingeführten Tarif nicht halten will, schafft gerade kein Vertrauen, insbesondere bei voraussetzungslosen Erhöhungen.¹⁶ Dass die in den AGB enthaltene Zustimmungsfiktion an dieser nachteiligen Konstellation nichts ändert, liegt auf der Hand: Auch die Bank als AGB-Verwenderin weiss, dass ihre Kunden die AGB nicht lesen und folglich von der Zustimmungsfiktion keine Ahnung haben. Das bestehende AGB-Korrektiv wird dieser Situation nicht gerecht. Auch wenn man wie im vorliegenden Fall aufgrund des nachteiligen Überraschungsmoments die Ungewöhnlichkeit der in den AGB versteckten Zustimmungsfiktion bejahen muss, lässt sich diese mit einem besonderen Hinweis oder durch optische Hervorhebung beim Vertragsschluss „heilen“.¹⁷ Wichtiger wären Hinweispflichten, die zusätzlich beim konkreten Änderungsvorgang auf die Bedeutung des Schweigens aufmerksam machen.¹⁸ Noch besser wäre es, wie beim Formvorbehalt gemäss Art. 16 OR ein tatsächliches Bewusstsein über die Zustimmungsfiktion zu fordern.¹⁹
- 21 Rechtsmissbrauch.** Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit der Genehmigung von banklagernder Korrespondenz die Wirkung von Erklärungsfiktionen stark eingeschränkt. Die Genehmigung tritt nicht ein, wenn die Bank *erstens* den Kunden dadurch absichtlich schädigen will²⁰; wenn die Bank *zweitens* um die Nichtgenehmigung weiss²¹ und *drittens*, wenn die Bank nach mehrjähriger Verwaltung ohne vorhersehbaren Grund von den Anweisungen des Kunden abweicht.²² Diesen drei Fällen ist gemeinsam, dass die Genehmigungsfiktion zu stossenden Er-

¹⁵ Vgl. RUSCH/HUGUENIN, SZW 2008, S. 39.

¹⁶ Vgl. RUSCH/HUGUENIN, SZW 2008, S. 39/40.

¹⁷ Vgl. zur optischen Hervorhebung als besonderem Hinweis zwecks Ausschaltung der Ungewöhnlichkeitsregel BGE 119 II 443 ff., 446 f.: „*En l'espèce, le défendeur a apposé sa signature sur un contrat qui renvoyait expressément aux "conditions de location" de la demanderesse. L'art. 10 de ces conditions générales n'était pourtant nullement mis en évidence; au contraire, il était rédigé en petits caractères (...). L'autorité cantonale a retenu sans être critiquée que l'attention de S. n'avait pas été spécialement attirée sur l'existence de l'art. 10 en cause, dont la lecture, à supposer que le défendeur ait pris connaissance des conditions générales avant de signer le contrat du 27 avril 1990, était au surplus rendue difficile en raison de la typographie utilisée. Cette disposition ne lui est donc opposable en vertu de la règle de l'insolite que dans la mesure où elle ne modifie pas essentiellement la nature du contrat.*“

¹⁸ Vgl. zur ähnlichen Situation bei automatischen Prolongationsklauseln in AGB RUSCH/MAISSEN, recht 2010, S. 100.

¹⁹ Vgl. RUSCH/HUGUENIN, SZW 2008, S. 39 sowie die dortigen Angaben in Fn. 8; vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 600: „*Der vertragliche Formvorbehalt (...) kann in beliebiger Form – also auch stillschweigend (...) – vereinbart werden. Doch rechtfertigt sich die Vermutung des Art. 16 Abs. 1 nur dann, wenn sich die Parteien des vereinbarten Vorbehalts überhaupt bewusst sind, weshalb vorformulierte Vorbehalte in Allgemeinen Vertragsbedingungen die Vermutung nicht auszulösen vermögen, falls sie global übernommen werden (...). Auch verlangt der Tatbestand des Art. 16, dass die Formabrede spätestens mit der Einigung über den Vertragsinhalt getroffen wird.*“

²⁰ Urteil BGer 4C.81/2002, Erw. 4.3.

²¹ Urteil BGer 4C.81/2002, Erw. 4.3.

²² Urteil BGer 4C.378/2004, Erw. 2.2; alle drei Ausnahmetatbestände beschreiben SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2006, S. 74; siehe auch ZR 2005, S. 109 ff., 117: „*Aus Lehre und Rechtsprechung zur banklagernden Korrespondenz geht hervor, dass selbst die Tatsache, dass der Bankkunde die Auszüge nicht zur Kenntnis nimmt, den Eintritt der Vertretungswirkung grundsätzlich nicht hindert. Sie ist jedoch auf jeden Fall dann ausgeschlossen, wenn ein gesondert gelagerter Ausnahmefall vorliegt, der die Berufung auf Genehmigung rechtsmissbräuchlich erscheinen lässt. Dies kann insbesondere bei schwerwie-*

gebnissen führt, die das Rechtsempfinden verletzen (vgl. Art. 2 Abs. 2 ZGB).²³ Die Interessenslage bei der Zustimmungsfiktion zu Gebührenerhöhungen ist vom Schädigungspotential her in den beiden ersten Fällen identisch. Die Banken wissen, dass die Kunden mit den Gebührenerhöhungen nicht einverstanden wären. Genau wie bei der banklagernden Korrespondenz weiss der Kunde nichts von der Zustimmungsfiktion, weil diese in den AGB enthalten ist. Er weiss folglich auch nicht, dass er auf die Ankündigung einer Änderung reagieren müsste. Im vorliegenden Fall hätte der Bankkunde realisieren müssen, dass er auf den pauschalen Hinweis auf geänderte Bankgebühren im Begleitbrief zu den Kontoauszügen widersprechen müsste. Er hätte daraufhin im Internet die Änderungen in einem mehrseitigen Dokument suchen müssen. Hinzu kommt, dass die Kunden vielleicht wohl mit Änderungen rechnen, jedoch die Unterscheidung zwischen Erklärungsfiktion und Gestaltungsrecht nicht kennen. Davon hängt ab, wie und ob man reagieren kann. Während das Gestaltungsrecht in Fällen mit Ermessensspielraum die Kündigung ermöglicht, ist bei der Erklärungsfiktion ein voraussetzungsloser Widerspruch möglich.

- 22 Öffentliche Ordnung.** MATHYS fordert für Erklärungsfiktionen ebenfalls klare Begrenzungen, die er über das Kontrollkriterium der öffentlichen Ordnung begründet.²⁴ Ein Teil der Lehre prüft AGB nach dem Kriterium der öffentlichen Ordnung (Art. 19 Abs. 2 OR), worunter sie die der Gesamtrechtsordnung immanenten Wertungs- und Ordnungsprinzipien verstehen.²⁵ MATHYS verlangt aufgrund der öffentlichen Ordnung für den Bereich der Erklärungsfiktionen eine Inhaltskontrolle, die der EU-Richtlinie sowie den deutschen AGB-Regeln ähnelt.²⁶ Er fordert ein *berechtigtes Interesse* des AGB-Verwenders an der betreffenden Klausel, eine *klare Ausgestaltung der Klausel* in den AGB, eine *Hinweispflicht*, eine *angemessene Frist* zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung sowie einen *sachlichen Zusammenhang* zwischen Handlung und fingierter Erklärung.²⁷ Vorliegend erfolgte kein Hinweis auf die Möglichkeit eines Widerspruchs oder auf die Zustimmungswirkung des Schweigens. Die Bank kann in diesem Zusammenhang also mit schon fast sicherer Kenntnis davon ausgehen, dass die Kunden von ihren Rechten nichts wissen und in Kenntnis ihrer Rechte damit nicht einverstanden wären.

b. Fazit

- 23** Schon die in den AGB enthaltene Erklärungsfiktion ist angesichts ihrer Ungewöhnlichkeit, ihrer Missbräuchlichkeit und des Verstosses gegen die öffentliche Ordnung unbeachtlich (siehe oben, Rz. 19-22). Die allfällige Bejahung der Gültigkeit der Erklärungsfiktion würde ohnehin nicht automatisch zur Geltung des erhöhten Gebührentarifs führen. Sie hätte lediglich die *Globalübernahme* des neuen Gebührentarifs zur Folge. Folglich muss sich auch der auf diesem Wege erhöhte Gebührentarif selbst an der Ungewöhnlichkeitsregel messen.²⁸ Die Ungewöhnlichkeit des neuen Tarifs könnte man angesichts der ausserordentlichen Höhe bejahen. Wiederum be-

genden Fehlern der Bank der Fall sein (...). Zu überprüfen, ob der Fehler der Bank vorliegend derart schwerwiegend ist, erübrigt sich vorderhand, denn die Genehmigung eines Kontoauszuges führt lediglich dazu, dass der Kunde die Beweislast für den Fehler der Bank trägt (...).“

²³ Urteil BGer 4C.378/2004, Erw. 2.2 und Urteil BGer 4C.81/2002, Erw. 4.3.

²⁴ Vgl. MATHYS, S. 116.

²⁵ Vgl. die Hinweise bei CHK-KUT/SCHNYDER, Art. 1 OR N 62.

²⁶ Vgl. MATHYS, S. 115 ff.

²⁷ Vgl. MATHYS, S. 117-121.

²⁸ Die Richtigkeit der zweifachen Kontrolle, d.h. des *Änderungsregimes* und des *Resultates der Änderung*, zeigt sich bei STÜBING, NJW 1978, 1606 ff., 1609: „Hält eine Klausel, die mit einem bestimmten Kundenverhalten eine Fiktion verbindet, § 10 Nr. 5 stand, ist nicht schon deshalb von ihrer Wirksamkeit auszugehen. Denn § 10 Nr. 5 betrifft einzig und allein die Frage, auf welche Weise die Fiktion einer Erklärung hervorgebracht werden kann. Über die Zulässigkeit ihrer Rechtsfolgen sagt die Vorschrift hingegen nichts.“ und STAUDINGER-COESTER-WALTJEN, BGB 308 Nr. 5 N 2: „Stübing (...) hat daraus zutreffend gefolgert, dass an eine nach dieser Regelung grundsätzlich zulässig erscheinende fingierte Erklärung nicht beliebige Rechtsfolgen geknüpft werden können. Der Verwender muss nicht nur ein berechtigtes Interesse an der fingierten Erklärung haben (...), vielmehr müssen die vom Verwender beanspruchten Wirkungen der fingierten Erklärung den Kriterien der §§ 307–309 standhalten (...).“

deutet dies nicht, dass die Bank gar keine Gebühren verlangen kann. Sie kann, sofern bezüglich des früheren Gebührentarifs eine gültige Übernahme besteht, diesen anwenden. Ist auch dieser nie Vertragsbestandteil geworden, verbleibt die Möglichkeit des Auslagenersatzes gemäss Art. 402 OR (vgl. oben, Rz. 18).

4. Kritik

- 24 Das unterschiedliche Regime zur Erhöhung von Bankgebühren überzeugt nicht. Bei der stets vermuteten Globalübernahme weiss der Kunde gerade nicht, wie er auf Änderungen reagieren soll. Operieren die Banken mit Erklärungsfiktionen, vereiteln sie gleichzeitig die Ausübung der Rechte dadurch, dass man bei verweigerter Zustimmung die Bankbeziehung mit grosser Wahrscheinlichkeit verliert. Dies rechtfertigt die Aufgabe der Unterscheidung dahingehend, dass alle Änderungsmechanismen dem grundsätzlichen Vorbehalt der Gestaltungsrechte unterliegen sollten. Dieser besagt, dass bezüglich des Änderungsrechts ein Konsens bestehen muss. Ist die Änderung beliebig und voraussetzungslos möglich, kann es keinen Konsens geben (siehe oben, Rz. 10 ff.).

IV. Der Banken-Ombudsman

1. Grundlagen

- 25 Das vorliegende Verfahren ereignete sich vor dem Bankenombudsman, den die Schweizerische Bankiervereinigung ins Leben rief und in ihren Statuten vorsieht.²⁹ Dafür hat sie die *Stiftung Schweizerischer Bankenombudsman* mit Sitz in Zürich geschaffen.³⁰ Der Bankenombudsman arbeitet gemäss dem „Reglement für den Bankenombudsman“.³¹

2. Verfahren und Ausgang

- 26 Der Bankenombudsman kann keine bindenden Entscheide fällen. Soweit ersichtlich, gab er in diesem Fall auch keine Empfehlung ab, sondern begnügte sich damit, ein „Kulanzangebot“ der Bank über Fr. 1'500 weiterzuleiten. Auf die oben dargelegten rechtlichen Probleme ging er im Begleitbrief nur am Rande ein, die Bank gar nicht.
- 27 Der Bankenombudsman verwies im Begleitschreiben zum „Kulanzangebot“ auf seine Haltung über Gebühren auf den Jahresbericht 2003, wo er gleich zu Beginn den Banken ein Lob ausspricht.³² Zu den Änderungsrechten hält er dort fest: *„Die Banken haben sich in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen das Recht vorbehalten, Gebühren neuen Gegebenheiten anzupassen. Dieser Vorbehalt ist nicht zu beanstanden und zweifellos zulässig. Die Bank muss dem Kunden jedoch von der Änderung Kenntnis geben.“*³³ Diese Aussage wird der ganzen Problematik nicht einmal ansatzweise gerecht, wie die vorstehenden Erwägungen zeigen (vgl. Rz. 7 ff.). Im konkreten Fall hat die Bank auch nie erläutert, welche „Gegebenheiten“ sich ereignet haben, an die sie die Tarife anpassen will. Das Änderungsrecht ist beliebig und deshalb ungültig.

²⁹ Vgl. § 3 lit. f der Statuten der Bankiervereinigung: *„Die Vereinigung sucht ihren Zweck namentlich zu erreichen (...) f. durch Schaffung eines neutralen, unabhängigen Ombudsman, der den Kunden der Mitgliedinstitutionen als Informations- und Vermittlungsstelle ohne Rechtssprechungsbefugnis dient;“* Internet: http://www.swissbanking.org/statuten_sbv_2010 (abgerufen am 9. Februar 2011)

³⁰ Der Zweck der Stiftung lautet wie folgt: *„Bankkunden mit einem Ombudsman eine neutrale und unabhängige Informations- und Vermittlungsstelle ohne Rechtssprechungsbefugnis zur Verfügung zu stellen. Die Tätigkeit erstreckt sich auf das ganze Gebiet der Schweiz.“* (Eintrag gemäss <http://www.zefix.admin.ch>, 9. Februar 2011).

³¹ Abgedruckt bei GUDE, Anhang 4, S. 260 ff.

³² SCHWEIZERISCHER BANKENOMBUDSMAN, Jahresbericht 2003, S. 7 (vgl. das Originalzitat unten, Rz. 33).

³³ SCHWEIZERISCHER BANKENOMBUDSMAN, Jahresbericht 2003, S. 7.

- 28 Das Änderungsrecht ist für den Bankenombudsman zulässig, sofern man die Bankbeziehung beenden kann: „Die Anpassung einer Gebühr stellt eine Vertragsänderung dar. Vertragsänderungen können nur unter Einhaltung der dafür vorgesehenen Frist vorgenommen werden. Ist keine spezielle Frist vorgesehen, muss die Bank die für den bestimmten Vertrag vorgesehene Kündigungsfrist einhalten. Die neuen Gebühren treten daher erst nach Ablauf der Kündigungsfrist in Kraft.“³⁴ Diese Haltung verkennt, dass die Kündigung der Bankbeziehung zu grossen Nachteilen führt und deshalb als Kompensation für ein beliebiges Änderungsrecht nicht taugt.³⁵ Ebenso problematisch ist das Kündigungsrecht, weil es kaum eine Bank gibt, die eine Beziehung ohne beliebige einseitige Änderungsrechte vorsieht.
- 29 Der Bankenombudsman verlangt bei einer Änderung keine neue Zustellung des Tarifs: „Die Haltung des Bankenombudsman ist eindeutig: Der Kunde hat grundsätzlich Anspruch darauf, dass ihn die Bank auf dem für ihn üblichen Kommunikationskanal auf die anstehende Änderung hinweist. Lässt sich der Kunde die Belege und Auszüge per Post zustellen, so hat die Bank den Kunden auch auf diesem Weg über die Gebührenanpassung zu informieren. Benützt er für seine Zahlungen auch das Internet, so genügt ein klarer Hinweis im Internet. Dabei ist es nach Ansicht des Bankenombudsman ausreichend, wenn die Bank den Kunden lediglich auf dem üblichen Kommunikationsweg auf die Änderung aufmerksam macht, ihn aber für die konkreten Zahlen z.B. auf das Internet verweist und ihm anbietet, ihm auf Anfrage hin eine Aufstellung über die neuen Gebühren in Papierform zuzustellen. Ein Verweis auf das Internet als einzige Informationsquelle wäre jedoch ungenügend. Es gibt nach wie vor viele Kunden, welche keinen Zugang zum Internet haben oder dieses Medium im Zusammenhang mit Bankgeschäften ganz bewusst nicht nutzen wollen.“³⁶ Die Bank hat sich im vorliegenden Streit nicht einmal an diesen grosszügigen Standard gehalten. Es gab keinen Hinweis auf die Kündigungsmöglichkeit vor Inkrafttreten der Änderung und kein Angebot der Postzustellung der geänderten Tarife. Der Tarif war nach Ansicht der Bank schon wirksam, bevor die Bank dessen Änderung verkündet hat. Der Bankenombudsman beschränkt sich in seinem Schreiben an den Bankkunden trotz der deutlichen Abweichung der Bank von seiner „eindeutigen Haltung“ auf den Hinweis, dass nur ein Richter über diese Fragen Klarheit schaffen könne. Aus seinem Schreiben wird nicht klar, dass er irgendeine Empfehlung gegenüber der Bank abgegeben hätte, obwohl das Reglement vorsieht, dass er einen Lösungsvorschlag abgibt.³⁷

3. Kritik

- 30 Der Bankenombudsman sollte für die Banken *bindend* entscheiden können. Seine in den Jahresberichten enthaltenen Empfehlungen und seine „*eindeutige Haltung*“³⁸ sind nichts wert, wenn sich nicht einmal die Banken daran halten müssen. Die Banken haben den Ombudsman ins Leben gerufen und sie finanzieren ihn. Sie sollten deshalb auch seine Entscheide befolgen müssen. Die Bank hat in diesem Verfahren die Schweizer AGB-Misere – das Fehlen einer offenen Inhaltskontrolle – mit Hilfe des Ombudsman richtig ausgenützt: Droht ein Prozess, hilft die einmalige „Kulanz“, um die AGB gegenüber allen anderen Kunden ungestört weiterverwenden zu können.³⁹ Kulanz ist ein Entgegenkommen, obwohl man rechtlich gesehen auf seinem Standpunkt beharren könnte. Die Bank hätte aber keinerlei Anspruch auf Erhöhung ihrer Gebühren, weil sie sich auf ein grenzenloses einseitiges Änderungsrecht stützt. Die vorliegend nicht ausgenützte und ohnehin dünne Kompetenzausstattung des Bankenombudsman unterstützt dieses Verhalten, indem er die Bankkunden an den Richter verweist, weil er selber nicht entscheiden kann und faule Vergleichsvorschläge weiterleitet. Dem Bankkunden ist nicht zu verübeln, dass

³⁴ SCHWEIZERISCHER BANKENOMBUDSMAN, Jahresbericht 2003, S. 9.

³⁵ Dieser Gedanke bei RUSCH/HUGUENIN, SZW 2008, S. 52.

³⁶ SCHWEIZERISCHER BANKENOMBUDSMAN, Jahresbericht 2003, S. 9.

³⁷ Vgl. Ziff. 3.6 des Reglements für den Ombudsman, abgedruckt bei GUDE, S. 261.

³⁸ SCHWEIZERISCHER BANKENOMBUDSMAN, Jahresbericht 2003, S. 9.

³⁹ Vgl. BAUDENBACHER, Art. 8 UWG N 22.

er den Prozessweg nicht beschreiten wollte. Er hat ökonomisch die richtige Entscheidung getroffen. Zur Unsicherheit über den Ausgang – immerhin geht es um komplexe Feinheiten des Gestaltungsrechts und der Erklärungsfiktion – kommt hinzu, dass sich die genaue Aufarbeitung dieses Falles angesichts des Streitwerts von Fr. 4'088.20 nie lohnen kann – schon gar nicht, wenn ein Vergleichsangebot in der Höhe von Fr. 3'000 besteht.

- 31** Ein wesentliches Kriterium für den optimalen Ombudsman, so man überhaupt einen will, ist dessen *Effektivität*.⁴⁰ Der Schweizerische Ombudsman scheint darunter die Anzahl erledigter Fälle und den damit verbundenen Aufwand zu verstehen.⁴¹ Was war am vorliegenden Fall effektiv? Das rechtliche Problem wurde nicht adressiert, geschweige denn gelöst, sondern mit einem Vergleich übertüncht, obwohl wahrscheinlich alle Kontoinhaber der Schweiz von der Problematik einseitiger Änderungsrechte betroffen sind. Effektivität bedeutet – wie sie VON HIPPEL richtig definiert – nicht einfach eine grosse Zahl erledigter Fälle, sondern eine Effektivität, die den Kriterien der *Zügigkeit*, der *Bindung der Entscheide für die Anbieter* und der *Begründung der Entscheide* genügt.⁴² Nur dann haben die Entscheide eine Wirkung, die Präjudizien nahe kommt, auf die sich alle betroffenen Personen stützen können. Die vorliegende Begründung erfolgte zwar zügig. Sie hilft aber nicht weiter, weil der Bankenombudsman lediglich auf seine unzulänglichen rechtlichen Erwägungen im Jahresbericht 2003 verweist, obwohl sich die Bank nicht einmal daran gehalten hat und es inzwischen ein bahnbrechendes Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahre 2008 gibt.⁴³ Eigentlich hat er nur das Vergleichsangebot der Bank weitergeleitet und die Parteien bezüglich der Rechtslage an den Richter verwiesen, weil er die sich stellenden Fragen nicht beantworten kann. Es fehlt somit an einer *bindenden Entscheidung* und einer *sinnvollen Begründung*, die auch anderen Bankkunden helfen könnte. Mit einer auf scheinbarer Kulanz basierenden Vergleichskultur verhindert der Schweizerische Bankenombudsman somit unabhängige gerichtliche Präjudizien, von denen weitere Bankkunden profitieren könnten. Er verhindert damit sogar, dass die eigenen Empfehlungen eine ähnliche Bedeutung wie ein Präjudiz erlangen können.

4. Lösungsvorschlag

- 32** Das bedenkliche Ungleichgewicht der Kunden gegenüber den Banken ruft nach effizienten Lösungen, die die Anreize *dreifach* richtig setzen. Nur ein Streit um grosse Summen verschafft Gehör und Respekt.⁴⁴ Die richtige Lösung müsste deshalb *erstens* vorsehen, dass *ein* Bankkunde den Schaden *aller* Bankkunden liquidieren kann, den sie durch ungültige einseitige Änderungsrechte erleiden. Dies dient der Effizienz, die nur ein kollektiver Rechtsschutz bieten kann und für den in der Schweiz eine Lücke besteht.⁴⁵ Um die verständliche Hemmschwelle der Konsum-

⁴⁰ Vgl. VON HIPPEL, S. 210, 251, 260.

⁴¹ Vgl. Schweizerischer Bankenombudsman, Jahresbericht 2009, S. 11: „*Bis anhin stand nicht nur in der generellen Tätigkeit des Bankenombudsman, sondern auch in seiner Statistik der Kunde im Vordergrund. So interessierte primär, wie viele Kunden mit ihrem Anliegen Rat suchten. Telefonische Anfragen, auf welche anschliessend ein Dossier folgte, wurden statistisch als ein – schriftlicher – Fall erfasst. Dies, obwohl ein Anruf, in dem das Kundenanliegen (abschliessend) diskutiert wird, nicht unbedingt weniger Aufwand verursacht als ein Telefongespräch, auf das ein schriftliches Dossier folgt. Angesichts der ausserordentlichen Situation im Jahr 2009 sollen deshalb die herkömmliche statistische Betrachtung für einmal zurück- und Überlegungen zum Arbeitsaufwand in den Vordergrund gestellt werden.*“

⁴² Vgl. VON HIPPEL, S. 260 f.

⁴³ BGE 135 III 1 ff.; siehe hierzu vorne Rz. 16.

⁴⁴ Die ähnliche Problematik bei Kartellen hat STOFFEL zur Aussage bewegt, dass nur drakonische Bussen eine Verhaltensänderung bewirken (vgl. STOFFEL, NZZ am Sonntag vom 4. Juli 2010, S. 15: „*Man sagt es ungern, aber es ist so: Ohne das Risiko, hohe Bussen zahlen zu müssen, wird das Wettbewerbsrecht von vielen nicht ernst genommen. Die Reihe der Kartellfälle und der Ausfällung abschreckender Bussen wird somit bis auf Weiteres weitergehen.*“). Auch Banken zeigen sich erst flexibel, wenn sie ruinösen Anzeigen oder Sammelklagen ausgesetzt sind.

⁴⁵ Vgl. die Bemerkungen BÜHLERS über den Vorschlag der Geschäftsprüfungskommission, die Prozesskosten einer Verantwortlichkeitsklage gegen fehlbare UBS-Führer vom Steuerzahler bezahlen zu lassen, NZZ vom 9. Juni 2010, S. 21: „*Zu*

menten einzuebnen und den Anwälten unternehmerische Honorarmodelle zu ermöglichen, wären *zweitens* Honorare rein erfolgsbasiert als Teil der Streitsumme zuzulassen. Dieses *pactum de quota litis* ohne Grundhonorar ist den Anwälten bislang untersagt, dient aber im Ergebnis dem erleichterten Zugang der Konsumenten zum Gericht.⁴⁶ Aufgrund des klaren Kalküls und der einheitlichen Vorgehensweise der Banken müsste man *drittens* den kumulierten tatsächlichen Schaden vervielfachen. Die Schweizer Öffentlichkeit denkt zwar schlecht über punitive damages,⁴⁷ doch ist ihre Erziehungs- und Abschreckungswirkung offensichtlich. Bei willkürlich erhöhten Gebühren ist der Schaden der Kunden der Gewinn der Banken. Folglich kann ein reiner Schadensausgleich noch keine nachhaltige Wirkung erzielen. Ein Ansatzpunkt hierfür wäre die Schadensverdoppelung bei Vorsatz oder bei Einzelklagen die Multiplikation mit der umgekehrten Durchsetzungswahrscheinlichkeit, d.h. der statistischen Wahrscheinlichkeit, dass jemand klagt. Beträgt die Wahrscheinlichkeit einer Klage beispielsweise 25%, d.h. von vier betroffenen Bankkunden klagt einer, ergibt dies eine vierfache Schadenssumme.⁴⁸ Die tatsächliche Durchsetzungswahrscheinlichkeit dürfte vorliegend bedeutend tiefer liegen. Dies ergibt einen Streitwert, für den sich eine gerichtliche Auseinandersetzung zu lohnen beginnt.

V. Schlusswort

- 33 Die starke Häufung einseitiger Vertragsänderungen veranlasste den Richter HIGI zu einer Überprüfung im Internet, ob der Gesetzgeber Art. 1 OR einer Revision unterzogen habe.⁴⁹ Art. 1 OR definiert zwar unverändert den Konsens. Durch die als selbstverständlich betrachteten Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen gleicht er aber eher einer Unterwerfung. Die einseitigen Änderungsrechte sprengen den Konsens. Sie sind *das trojanische Pferd im Vertrag*. Die schweizerische AGB-Misere ohne Inhaltskontrolle und ohne wirksamen Rechtsschutz hilft dabei, dieses Pferd in den Vertrag zu schmuggeln. Ist es einmal drin, stimmt der Banken-Ombudsman einen feinen Hymnus auf die ganze Irrfahrt an – fast so schön wie Homer: *„Dabei darf den Banken durchaus ein Lob ausgesprochen werden, indem festgestellt werden kann, dass sich die meisten Institute um Transparenz und Offenheit in diesen Fragen bemühen.“*⁵⁰

vermuten ist freilich, dass den GPK, wenn auch unbewusst und diffus, eine Lücke des schweizerischen Rechtsschutzsystems vorschwebte. (...) Bei dieser Rechtsschutzlücke handelt es sich um das völlige Fehlen eines Instruments für den kollektiven Rechtsschutz, wie er bei Gross- und Massenschäden mit einer Vielzahl von Geschädigten für die prozessuale Bündelung ihrer reparatorischen Ansprüche (Schadenersatz, Genugtuung, entgangener Gewinn) unerlässlich und in den USA seit Jahrzehnten mit der Sammelklage (Class Action) verwirklicht ist.“

⁴⁶ Vgl. Art. 12 lit. e BGFA; vgl. zu dieser Norm SCHILLER, Anwaltsrevue 2010, S. 43: *„Auch zur Tragbarkeit der Rechtskosten trägt ein solches Verbot nichts bei. Wenn schon, spricht dieser Gedanke nicht gegen, sondern vielmehr für die Zulässigkeit von Erfolgshonoraren. In anderen Rechtskreisen wird denn auch die Berechtigung der Erfolgshonorare gerade mit der Erleichterung des Zugangs zum Recht begründet.“*; a.M. NATER, HAVE Haftpflichtprozess 2008, S. 40, der die erlaubten Mischformen eines unabhängig vom Prozessausgang geschuldeten Grundhonorars mit Erfolgsbeteiligung als genügend erachtet und für mittellose Konsumenten auf die unentgeltliche Rechtspflege verweist.

⁴⁷ Vgl. BÜHLER, NZZ vom 9. Juni 2010, S. 21.

⁴⁸ Vgl. WAGNER, S. 58; vgl. POLINSKY/SHAVELL, Nr. 13.1, S. 3: *„When an injurer has a chance of escaping liability, the proper level of total damages to impose on him, if he is found liable, is the harm caused multiplied by the reciprocal of the probability of being found liable. Thus, for example, if the harm is \$100,000 and there is a 25 percent chance that the injurer will be found liable for the harm for which he is legally responsible, the harm should be multiplied by 1/.25, or 4, so total damages should be \$400,000. Because the injurer will pay this amount every fourth time he generates harm, his average payment will be \$100,000 (= \$400,000/4). Thus, on average, the injurer will pay for the harm he causes, and appropriate deterrence will result.“*

⁴⁹ Vgl. HIGI, S. 440.

⁵⁰ SCHWEIZERISCHER BANKENOMBUDSMAN, Jahresbericht 2003, S. 7.

Literaturverzeichnis

- AMSTUTZ MARC/BREITSCHMID PETER/FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS/ROBERTO VITO/RUMO-JUNGO ALEXANDRA/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007 (zitiert: CHK-VERFASSER).
- BAUDENBACHER CARL, Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz über den unlauteren Wettbewerb, Basel 2001.
- BÜHLER ALFRED, Es fehlt ein Instrument für den kollektiven Rechtsschutz, NZZ vom 9. Juni 2010, S. 21.
- COESTER-WALTJEN DAGMAR, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar zu § 308 BGB, Auflage 2006.
- FREUND TORSTEN, Die Änderung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in bestehenden Verträgen, Diss. Köln 1997 = Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Band 2307, Frankfurt 1998.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I und II, 9. A., Zürich 2008.
- GIGER HANS, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch - Die Schenkung, 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, Kommentar zu Art. 184-215, Bern 1979 (zitiert: BK-GIGER).
- GUDE HANS HARALD OTTO, Der Ombudsmann der privaten Banken in Deutschland, Grossbritannien und der Schweiz, Diss. Bonn 1998.
- HIGI PETER, Einseitige Vertragsänderungen – eine normale Anomalie? In: Tercier Pierre/Amstutz Marc/Koller Alfred/Schmid Jörg/Stöckli Hubert (Hrsg.), Gauchs Welt, Zürich 2004, S. 439 ff.
- MATHYS HANS BEAT, Bestätigungsschreiben und Erklärungsfiktionen, Diss. Zürich 1997.
- MATUSCHAK BERNHARD, Über Gebühr an die Bank gefesselt, K-Tipp 2/2005, S. 35.
- NATER HANS, Das Verbot des Erfolgshonorars - Verhinderung des Zugangs zum Recht? In: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), HAVE Haftpflichtprozess 2008, S. 27 ff.
- POLINSKY A. MITCHELL/SHAVELL STEVEN, Punitive Damages: An Economic Perspective, in: Weil Roman L./Wagner Michael J./Frank Peter B. (Hrsg.), Litigation Services Handbook, 3. A., New York 2001, Kapitel 13, Internet: http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/94_Shavell.pdf (abgerufen am 10. Februar 2011).
- RUSCH ARNOLD F./HUGUENIN CLAIRE, Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen - das trojanische Pferd im Vertrag, SZW 2008 S. 37 ff.
- RUSCH ARNOLD F./MAISSEN EVA, Automatische Vertragsverlängerungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen, recht 2010, S. 95 ff.
- SCHILLER KARL, Erfolgshonorare nach BGFA: Nur die Vereinbarung der reinen Beteiligung am Prozessgewinn ist verboten, Anwaltsrevue 2010, S. 40 ff.
- SCHWEIZERISCHER BANKENOMBUDSMAN, Jahresbericht 2003, Internet: http://www.bankingombudsman.ch/fileadmin/download/pdf/jahresberichte/bom_jb_2003_de.pdf (abgerufen am 10. Februar 2011).
- SCHWEIZERISCHER BANKENOMBUDSMAN, Jahresbericht 2009, Internet: http://www.bankingombudsman.ch/fileadmin/download/pdf/jahresberichte/bom_jb_2009_de.pdf (abgerufen am 10. Februar 2011).
- SIBBERN ERIC/VON DER CRONE HANS CASPAR, Genehmigungsfiktion und Nebenpflichten der Bankkunden, SZW 2006, S. 70 ff.
- STOFFEL WALTER, Wettbewerb ist noch nicht überall willkommen, NZZ am Sonntag vom 4. Juli 2010, S. 15.
- STÜBING JÜRGEN, Tatsachenbestätigungen und Fiktionen in AGB, NJW 1978, S. 1606 ff.
- THOMAS STEFAN, Preisfreiheit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AcP 2009, S. 84 ff.
- VON HIPPEL THOMAS, Der Ombudsmann im Bank- und Versicherungswesen, Diss. Göttingen 2000 = Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 78, Tübingen 2000.
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. A., Zürich 1979.
- WAGNER GERHARD, Kollektiver Rechtsschutz – Regelungsbedarf bei Massen- und Streuschäden, in: Casper Matthias/Janssen André/Pohlmann Petra/Schulze Reiner (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage? München 2009, S. 41 ff.