

Bankgebühren vor der Inhaltskontrolle

ARNOLD F. RUSCH*

Banken verlangen in den allgemeinen Geschäftsbedingungen für diverse Dienstleistungen Gebühren, obwohl diese zu den ganz selbstverständlichen Vertragspflichten gehören oder rein interne Vorgänge betreffen. Damit dürfte auch in der Schweiz bald Schluss sein, denn die kommende Inhaltskontrolle eröffnet ein wirksames Korrektiv zu diversen Gebührenarten, insbesondere zu Depottransfer- und Kontoauflösungsgebühren.

recht 2011, 170 ff.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	1
I. Problemstellung	1
II. Depottransfergebühren.....	2
1. Vertragsrechtliche Einordnung	3
2. Nachteiliges Missverhältnis	4
III. Kontoauflösungsgebühren.....	6
IV. Schlusswort	7
Literaturverzeichnis	7

I. Problemstellung

Konsumentinnen und Konsumenten staunen nicht schlecht, wenn Anbieter zusätzlich zum vereinbarten Preis für selbstverständlich dazugehörige Tätigkeiten ein gesondertes, in den AGB verstecktes Entgelt verlangen. Dieses Phänomen kennt man von Flug- und Bahnreisen, bei denen sich der vermeintliche Preis aufgrund einer „Auftragspauschale“¹ erhöht und beim Fahrzeugkauf, bei dem der Käufer zusätzlich eine „Ablieferungspauschale“² zahlen muss.³ Niemand weiss, worüber und wann

* Rechtsanwalt PD Dr. Arnold F. Rusch LL.M. ist Lehrbeauftragter an der Universität Zürich.

¹ Vgl. die „Auftragspauschale“ von Fr. 10 beim Kauf eines Auslandsbilletts am SBB-Schalter (SDA-Meldung vom 2. November 2011), auch wenn man haargenau weiss, welches Billett man benötigt.

² Vgl. die versteckte „Ablieferungspauschale“ in der Höhe von Fr. 450 auf der zweiten Seite der Dacia-Preisliste, die Nettopreise angibt (Internet: http://www.dacia.ch/liste-de-prix/PL_Dacia_DusterCity_d.pdf, 14. Oktober 2011). In den meisten Fällen haben die Parteien den Vertrag wohl ohne diese Pauschale geschlossen, weil sie die Verkäufer erst bei der Übergabe geltend machen (vgl. K-Tipp, 4/2000: „Übrigens darf man Folgendes nicht vergessen: Zu den ausgehandelten Preisen kommt eine so genannte Ablieferungspauschale hinzu.“, Internet: http://www.ktipp.ch/themen/beitrag/1013978/Preiskarussell_Feilschen_Sie_um_jedes_Prozent, 14. Oktober 2011). Sofern der Verkäufer die Pauschale zwingend verlangt, verstösst die Preisangabe gegen Art. 3 lit. b UWG und Art. 3 Abs. 1 PBV, denn die Preisangabe muss den tatsächlich zu bezahlenden Preis angeben: „Ebenso muss bei der Werbung mit einem Preis die Ware, auf die sich der Preis nach Auffassung des Publikums bezieht, für diesen Preis zu haben sein.“ (BAUDENBACHER-BAUDENBACHER/GLÖCKNER, UWG 3 lit. b N 193). Eine Anfrage ergab, dass die Ablieferungspauschale Tankfüllung, Aufbereitung, Bereitstellung für die Motorfahrzeugkontrolle, Fahrzeugabnahme und Vignette umfasse. Es sei möglich, darauf zu verzichten. Man erwerbe das Fahrzeug dann ohne Zulassung und müsse das Fahrzeug selber bei der Motorfahrzeugkontrolle anmelden und prüfen lassen. Nach Treu und Glauben betrachten Käufer wohl zumindest die Zulassung bei einem Neufahrzeug als im Preis inbegriffen.

man einen Auftrag abgeschlossen haben könnte. Auch weiss niemand, wie der Fahrzeugverkäufer die Pflicht zur Eigentumsverschaffung auch ohne Ablieferung erfüllen könnte. Auch *Banken* stellen viele Dienstleistungen in Rechnung, die man „inklusive“ glaubt. So ist es beispielsweise klar, dass die Bank verwahrte Wertpapiere irgendwann zurückgeben muss. Kann die Bank für die Rückgabe oder den Transfer der Titel im Depot ein gesondertes Entgelt verlangen? Kann die Bank auch für die blosser Auflösung eines Kontovertrages etwas verlangen? Die Regelung dieser Gebühren in allgemeinen Geschäftsbedingungen führt zwingend zur Frage, ob dies mit dem revidierten Art. 8 UWG vereinbar ist und auch der gängigen AGB-Kontrolle standhält.⁴

Die Problematik ist insofern neu, als diese Gebühren, die eigentlich schockieren müssten, derart üblich geworden sind, dass ihnen mit der herkömmlichen Ungewöhnlichkeitsklausel trotz der glasklaren Benachteiligung kaum beizukommen ist.⁵ Dieses Phänomen zeigt sich sogar in den Erwägungen des Bankenombudsmann, der eigentlich ein Gespür dafür haben müsste – insbesondere bei einem Sachverhalt, in dem die Bank Anlass zur Aufhebung des Vertrags gegeben hat: „*Der Ombudsman schloss sich dieser Auffassung an und [recht 2011, 170/171] gab zudem zu bedenken, dass jede Kontoschliessung und jeder Übertrag eines Wertpapiers mit einem Aufwand verbunden ist. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn sich die Bank für diesen Aufwand entschädigen lässt. Dies zumindest so lange nicht, als sich die entsprechenden Gebühren im Rahmen bewegen.*“⁶ Sind die Gebühren nicht üblich, genügt ein besonderer Hinweis, der unverständlicherweise auch durch Fettdruck in den ungelesenen AGB erfolgen kann.⁷ Die in Art. 8 UWG geschaffene Inhaltskontrolle gibt Gelegenheit, die ganze Situation neu zu analysieren.

II. Depottransfergebühren

Banken bitten besonders intensiv zur Kasse, wenn der Bankkunde Wertschriften übertragen lässt. Sie lassen sich diese Tätigkeit mit Gebühren von Fr. 50 bis zu sagenhaften Fr. 250 pro Titelkategorie vergüten.⁸

³ Vgl. auch das treffende Erläuterungsbeispiel eines Bauunternehmers, der nach vollendetem Werk für die Räumung der Baustelle ein zusätzliches Entgelt zum vereinbarten Werklohn verlangt, in OLG Schleswig, Urteil vom 19. Juli 2001 - 2 U 40/00 in MMR 2002, 174 ff., 175.

⁴ Vgl. Art. 8 rev. UWG (in Kraft ab 1. Juli 2012): „*Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen. Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.*“; zum praktisch identischen Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen: „*Artikel 3 (1) Eine Vertragsklausel, die nicht im einzelnen ausgehandelt wurde, ist als missbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.*“

⁵ Dies ist nicht nur in der Schweiz so. Diverse Gebühren – beispielsweise die Kontoführungsgebühren bei einem Darlehensvertrag – sind sogar in der deutschen Preisangabeverordnung erfasst (§ 6 Abs. 3 Nr. 3 PAngV) und entsprechen den „banküblichen Gepflogenheiten“ (vgl. die Erwägungen in Amtsgericht Freiburg, Urteil vom 8. Dezember 1989 – 7C 4776/88 in WM 1990, 1415 f., 1416). Der deutsche BGH hat diese Gebühren dennoch durch die Inhaltskontrolle fallen lassen; vgl. BGH, Urteil vom 7. Juni 2011 - XI ZR 388/10 in BeckRS 2011, 17769, Rz. 12, 15, 34.

⁶ Aussage des Bankenombudsmann zum Fall „*Auflösung der Bankbeziehung: Gebühren auch dann geschuldet, wenn die Bank den Anlass zur Aufhebung der Beziehung setzt?*“ (Internet: <http://www.bankingombudsman.ch/de/fallsammlung/fall&fid=224>, 14. Oktober 2011).

⁷ Vgl. zur optischen Hervorhebung als besonderem Hinweis zwecks Ausschaltung der Ungewöhnlichkeitsregel BGE 119 II 443 ff., 446 f. und ebenfalls kritisch dazu ZELLWEGER-GUTKNECHT, recht 2011, 83: „*Zu unterstellen, dass der Unerfahrene aufgrund eines blossen Fettdrucks auch den Bedeutungsgehalt der Klausel versteht - insbesondere daraus eine für ihn belastende, ungewöhnliche Verteilung der Rechte und Pflichten ableitet und akzeptiert -, widerspricht hingegen jeder Lebenserfahrung.*“

⁸ Vgl. die Aufstellung bei MATUSCHAK, K-Tipp 2/2005, 35. Die acht aufgelisteten Banken verlangten im Jahr 2005 Gebühren von Fr. 40-60, einzig der Tarif von Credit Suisse lag bei Fr. 100. Bei der Migros-Bank kostet der Transfer bis Ende September 2011 noch Fr. 50, jetzt Fr. 100 (Internet:

1. Vertragsrechtliche Einordnung

Der Depotvertrag ist ein gemischter Vertrag mit Elementen der Hinterlegung (Art. 472 ff. OR) und des Auftrags (Art. 394 ff. OR), auch wenn es um körperlose Bucheffekten geht.⁹ Die Bank, die das Wertschriftendepot führt, hat die Wertschriften gemäss Art. 475 Abs. 1 OR dem Bankkunden jederzeit herauszugeben oder gemäss seinen Weisungen an Dritte zu transferieren.¹⁰ Bei physisch vorhandenen Aktien geschieht die Herausgabe durch Rückübertragung des Besitzes (Art. 922 ZGB), bei Bucheffekten durch Umbuchung aufgrund einer Weisung des Kontoinhabers (Art. 15 BEG; Art. 24 Abs. 1 BEG).¹¹ Die weisungsgemässe Rück- oder Weitergabe der hinterlegten Wertschriften stellt somit eine vertragliche Pflicht dar, die das Gesetz normiert hat. Die Bank hat die Wertschriften indes nur am Erfüllungsort herauszugeben, der sich am Sitz der Bank befindet (vgl. Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR). Ein Versand gehört folglich nicht mehr zu ihren Pflichten.¹² Die Bank könnte deshalb die Kosten eines Versandes, *nicht aber der Rückgabe* dem Bankkunden über Art. 402 OR als Auslagen in Rechnung stellen.¹³

Es stellt sich die Frage, ob nicht schon der zwingend¹⁴ anwendbare Art. 475 OR jeglichen Depottransfergebühren einen Riegel schiebt. Depottransfergebühren erschweren oder vereiteln die jederzeitige Rückforderbarkeit. Sie sind vergleichbar mit den Honorarzuschlägen beim Auftrag, die gemäss Bundesgericht aufgrund des zwingenden Art. 404 Abs. 1 OR ungültig sind. Nur bei einer *Kündigung zur Unzeit* darf der Beauftragte pauschalierten Schadenersatz verlangen (Art. 404 Abs. 2 OR).¹⁵ Beim Hinterlegungsvertrag regelt Art. 475 Abs. 2 OR die vorzeitige Rückforderung. Beim Depotvertrag vereinbaren die Parteien jedoch regelmässig keine Vertragsdauer, so dass von einer vorzeitigen Rückforderung kaum je die Rede sein kann.¹⁶ Art. 404 OR und Art. 475 OR sind sich sehr ähnlich und bezwecken dasselbe.¹⁷ Es ist deshalb richtig, die bundesgerichtliche Rechtsprechung auch auf Depotverträge anzuwenden, was jegliche Depottransfergebühren ungültig macht.¹⁸ Diese Argumentation ist zwar nachvollziehbar und überzeugend, doch wird sie in der Realität nicht gelebt – teils aufgrund der fehlenden Einigkeit der Lehre über die zwingende Natur des Art. 404 OR, teils aufgrund der fehlenden entsprechenden Judikatur zu Art. 475 OR. So akzeptieren auch GAUTSCHI und KOLLER trotz klarer Grundsatzüberlegung- **[recht 2011, 171/172]** gen Depottransfergebühren als pauschalierten Aufwendersatz im Sinne des Art. 475 Abs. 2 OR, sofern sie sich in bescheidenem Rahmen bewegen.¹⁹

<http://www.migrosbank.ch/mgbk/PDFTemplates/UebrigInformationen/TarifPremiumDienstleistungen.pdf?culture=de-CH&segment=PRIVAT&process=0>, 20, 14. Oktober 2011); vgl. das Beispiel in der Höhe von Fr. 250 bei RUSCH, Jusletter 28. März 2011, Rz. 4.

⁹ Vgl. BGE 133 III 37 ff., 40 f.; vgl. HESS/FRIEDRICH, GesKR 2008, 107.

¹⁰ Vgl. BK-GAUTSCHI, OR 475 N 1a; vgl. BGE 58 II 347 ff., 351.

¹¹ Vgl. VON DER CRONE/BILEK, SZW 2008, 197.

¹² Vgl. dazu die AGB der Migros-Bank, die die Transfergebühren exkl. Versandkosten beziffert: „*zuzüglich Fremdspesen, Versand- und Versicherungsspesen*“ (Internet:

<http://www.migrosbank.ch/mgbk/PDFTemplates/UebrigInformationen/TarifPremiumDienstleistungen.pdf?culture=de-CH&segment=PRIVAT&process=0>, 20, 14. Oktober 2011)

¹³ Noch anders – ohne diese Differenzierung – RUSCH, Jusletter 28. März 2011, Rz. 18, 23; vgl. BK-GAUTSCHI, OR 475 N 9b, der den Aufwand zur Ein- und Auslieferung zu den *Generalunkosten* zählt.

¹⁴ Vgl. zur zwingenden Anwendung des Art. 475 Abs. 1 OR BSK-KOLLER, OR 475 N 1 und 21, CHK-STUPP, OR 475 N 12, 14 und ZR 1997, Nr. 61, 156 ff., 157

¹⁵ Vgl. BGE 109 II 462 ff., 468.

¹⁶ Das übersehen BSK-KOLLER, OR 475 N 22 und BK-GAUTSCHI, OR 475 N 9b.

¹⁷ Vgl. zur zwingenden Anwendung des Art. 404 Abs. 1 OR BGE 115 II 464 ff., 466, insbesondere BGE 109 II 462 ff., 467; zur Parallelität der Art. 404 und 475 OR vgl. BK-GAUTSCHI, OR 475 N 1a und CHK-STUPP, OR 475 N 12: „*Das jederzeitige Rückforderungsrecht stimmt damit mit dem Rücktrittsrecht im Auftragsverhältnis überein und beruht ebenfalls auf dem besonderen Vertrauensverhältnis.*“

¹⁸ Vgl. CHK-STUPP, OR 475 N 14: „*Einigkeit besteht in der Lehre allerdings darüber, dass eine vorzeitige Kündigung nicht unter Konventionalstrafe gestellt oder anderweitig erschwert werden kann (...).*“; vgl. ebenso BK-GAUTSCHI, OR 475 N 8c und BSK-KOLLER, OR 475 N 21.

¹⁹ Vgl. BSK-KOLLER, OR 475 N 22 und BK-GAUTSCHI, OR 475 N 9b.

Über die Auslegung der Bescheidenheit und der Unzeit lässt sich im Einzelfall lange und teuer streiten. Zu prüfen bleibt deshalb, ob *zusätzlich* oder *einzig* die Inhaltskontrolle zumindest bei Depottransfergebühren greifen könnte, die in AGB enthalten sind.

2. Nachteiliges Missverhältnis

Wer sich für die Erfüllung einer ohnehin geschuldeten Pflicht in den AGB nochmals ein Entgelt versprechen lässt, benachteiligt seinen Vertragspartner in Treu und Glauben verletzender Weise, weil dadurch ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Leistungen und Pflichten entsteht (vgl. Art. 8 UWG in der revidierten Fassung). Dies lässt sich nachfolgend gleich *dreifach* begründen.²⁰

Das Kriterium von Treu und Glauben in Art. 8 UWG – der fast wörtlich mit der Formulierung des Art. 3 der Richtlinie 93/13/EWG²¹ gewollt²² übereinstimmt – schafft kein zusätzliches Tatbestandsmerkmal, sondern einen Massstab.²³ Es soll lediglich festhalten, dass die Betrachtung der Interessen bezüglich des Missverhältnisses umfassend und fair sein muss, was selbstredend immer gilt.²⁴ Ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis entsteht, weil man *erstens* nicht damit rechnet, dass der Anbieter vertraglich ohnehin geschuldete Pflichten nochmals in Rechnung stellt. Bei einem Depotvertrag gehört die Rückgabe der Wertschriften zu den gesetzlich klar geregelten, zwingenden Pflichten der Bank (siehe oben). Besonders irritierend ist es, wenn man dafür extra zahlen muss. Dies schafft unabhängig von der Höhe der Gebühren ein erhebliches Missverhältnis, weil man die Leistungen mit den allgemeinen Depotkosten bereits bezahlt hat.

Es ist *zweitens* zwar immer nachteilig, wenn zusätzliche Kosten anfallen. Das Gegenargument, wonach die Transfergebühren zu einer unter den Bankkunden verursachergerechten Verteilung der Kosten führen, hat zwar auch etwas für sich.²⁵ Das Verursacherprinzip dient jedoch vorliegend nur als Feigenblatt und kann das Missverhältnis nicht rechtfertigen. Viel schwerer wiegt, dass die Banken die

²⁰ Vgl. dazu die relevanten Entscheidungen des deutschen BGH, die eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB bejaht haben: BGH, Urteil vom 30. November 2004 - XI ZR 200/03 in NJW 2005, 1275 ff. und BGH, Urteil vom 30. November 2004 - XI ZR 49/04 in NJW-RR 2005, 1135 ff.

²¹ Vgl. den Wortlaut der Richtlinie in Fn. 4.

²² Vgl. S. 15 des erläuternden Berichts zur UWG-Revision (Internet: <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1615/Bericht.pdf>, 14. Oktober 2011) und die Botschaft zum UWG (BBl 2009 6171).

²³ Vgl. WOLF/LINDACHER/PFEIFFER-WOLF, RL 3 N 12, 13 und BGB 307 N 174; vgl. aber die entgegengesetzten Befürchtungen bei SHK-PROBST, UWG 8 N 79 ff.; das Missverhältnis zeigt sich im Vergleich zum Gesetz und zur vertraglichen Interessenlage, vgl. GRABITZ/HILF-PFEIFFER, A5, Art. 3 N 55.

²⁴ Vgl. WOLF/LINDACHER/PFEIFFER-WOLF, RL 3 N 12 und 13: „Der Massstab von Treu und Glauben ist objektiv, ohne subjektiv verwerfliche Absichten im Sinne von Vertragstreue und Billigkeit zu bestimmen. Er gebietet eine umfassende Interessenabwägung und die angemessene Berücksichtigung des bei einer Interessenabwägung eindeutig überwiegenden Interesses.“; vgl. GRABITZ/HILF-PFEIFFER, A5, Art. 3 N 64; vgl. STAUDINGER-COESTER, BGB 307 N 91, 96, 97: „Die Benachteiligung des Vertragspartners muss den Geboten von Treu und Glauben widersprechen. Hierbei handelt es sich nicht um ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal neben der Unangemessenheit, sondern um eine Verdeutlichung ihres Bezugspunkts (...). Unverzichtbar wäre diese Verdeutlichung nicht, zumal sich die gesamte Inhaltskontrolle aus § 242 entwickelt hat (...); insbesondere lassen sich Folgerungen, die mit „Treu und Glauben“ begründet werden, auch oder gar besser aus dem Begriff der Unangemessenheit gewinnen. Dies gilt vor allem für das Gebot der Interessenabwägung im Rahmen von § 307 Abs. 1 (...), aber auch für die Beschränkung des Tatbestands auf Benachteiligungen von nicht unerheblichem Gewicht (...). Die gesetzliche Hervorhebung ist aber dennoch hilfreich. Sie stellt klar, dass die Interessen beider Vertragspartner nicht nur von aussen je für sich betrachtet und gewogen werden sollen, sondern in einer inneren Beziehung zueinander stehen. Dem Verwender, der faktisch die Vertragsgestaltung einseitig okkupiert, wird mittelbar die treuhandähnliche Obliegenheit zugewiesen, dabei auch die Interessen der Gegenseite angemessen zu berücksichtigen (...) – dies ist gewissermassen der Preis für die grundsätzliche Anerkennung von AGB durch das Vertragsrecht. Treuwidrig ist es deshalb, wenn der Verwender die Gelegenheit der Regelaufstellung zur einseitigen, rücksichtslosen Interessenverfolgung nutzt (...), und die gesetzliche Formulierung erleichtert den argumentativen Brückenschlag zur Unangemessenheit (...).“

²⁵ Zu diesem Gedanken KINDLER, 34 f. und CANARIS, AcP 2000, 337 ff.; abgelehnt in BGH, Urteil vom 30. November 2004 - XI ZR 200/03 in NJW 2005, 1275 ff., 1276.

Transferkosten gerade deshalb so hoch bemessen, um unzufriedene Bankkunden vom Wechsel der Bank abzuhalten. Die Situation hat sich insoweit verschärft, als sich die Gebührenhöhe für Wertschriftenübertragungen von jeglicher Aufwandsbemessung abgekoppelt hat.²⁶ Die Umbuchung einer Wertschrift ist ein einfacher Vorgang, der Kosten in dieser Höhe niemals rechtfertigt. Die für die Banken willkommenen Effekte überhöhter Gebühren liegen in der Verhinderung unerwünschter Kündigungen von Bankbeziehungen oder in der Erzielung eines letzten Profits, wenn die Abschreckung nicht funktioniert hat.²⁷ Dies ist mit den Wertungen der zwingend anwendbaren Normen der Hinterlegung (Art. 475 Abs. 1 OR) und des Auftrags (Art. 404 Abs. 1 OR) nicht vereinbar, weil die hohen Gebühren die jederzeit mögliche Kündigung übermässig erschweren. Die Restitutionspflicht „*ist ein Wesensmerkmal des Hinterlegungsvertrages*“.²⁸ Die zwingende jederzeitige Rückforderbarkeit der Wertschriften und die jederzeitige Widerruflichkeit des Depotvertrags entfalten auf diese Weise einen erwünschten Effekt zugunsten **[recht 2011, 172/173]** eines funktionierenden Wettbewerbs – aber nur dann, wenn dies „fluchtkostenfrei“ möglich ist.²⁹

Es ist *drittens* nicht etwa so, dass die Umbuchung im Vergleich zur physischen Herausgabe von Wertschriften einen Zusatzaufwand darstellt. Die Entmaterialisierung und die Schaffung der Bucheffekten erfolgten im Gegenteil zur Vereinfachung des Handels und Kostenreduktion.³⁰ Der grösste Aufwand fällt an, wenn der Bankkunde die physische Auslieferung verlangt, die klarerweise vertraglich ohnehin schon geschuldet ist.³¹ Die Umbuchung ersetzt die Heraus- oder Weitergabe. Sie stellt vom Aufwand her betrachtet ein *minus* dar. Alle Formen erfüllen die vertraglich ohnehin geschuldete Rückgabepflicht. Somit lässt sich mit dem *argumentum a maiore ad minus* klar konstatieren, dass die heute übliche Umbuchung *erst recht* nichts kosten darf. Die Qualifikation als *minus* schliesst überdies aus, dass die Erfüllung der Herausgabe durch Umbuchung als auslagenersatzpflichtiger *Versand* gelten kann.³² Dafür spricht auch, dass sich der „Versand“ in gleicher Weise wie die Rückgabe durch Eingabe der Umbuchung am Erfüllungsort der Rückgabepflicht vollzieht, ohne zusätzliche Kosten zu generieren.

Diese Argumente für die Unentgeltlichkeit gelten gemäss neuerer deutscher Rechtsprechung auch, wenn ein Bankkunde bei *weiterbestehendem Depotvertrag* die Übertragung einer Wertschriftenposition auf ein anderes Depot wünscht.³³ Es entsteht dadurch zwar eine Ähnlichkeit zum normalen Kontoverhältnis, bei dem man für Überweisungen als Dienstleistungen Gebühren verlangen kann.³⁴ Der deutsche Bundesgerichtshof argumentiert, dass im Unterschied zum normalen Kontoverhältnis dies aber vorrangig im Interesse der Bank stehe, die mit der Umbuchung sozusagen *en passant* die eigent-

²⁶ Vgl. das Beispiel einseitig erhöhter Gebühren bei RUSCH, Jusletter 28. März 2011, Rz. 4.

²⁷ Zu den „ökonomischen Wechselbarrieren“ in Form von Transfergebühren vgl. DEGEN, 96.

²⁸ BSK-KOLLER, OR 475 N 1; vgl. BGE 100 II 153 ff., 157 f.; vgl. EIGENBRODT, 135.

²⁹ Vgl. die Gedanken bei LINDACHER, ZIP 2002, 49 f., der auf S. 50 auch auf den Wettbewerbsaspekt der *fluchtkostenfreien Vertragsbeendigung* hinweist.

³⁰ Vgl. die Botschaft des Bundesrates zum BEG, BBl 2006, 9323: „*Die Mediatisierung der Wertpapierverwahrung ist aus ökonomischer Sicht positiv zu beurteilen. Zunächst erlaubt sie erhebliche Effizienzgewinne.*“

³¹ Vgl. dazu S. 20 der AGB der Migros-Bank, die für die physische Auslieferung im Gegensatz zur Umbuchung den doppelten Betrag verlangt (Internet:

<http://www.migrosbank.ch/mgbk/PDFTemplates/UebrigereInformationen/TarifPremiumDienstleistungen.pdf?culture=de-CH&segment=PRIVAT&process=0>, 14. Oktober 2011); vgl. ebenso die Kostenstruktur in BGH, Urteil vom 30. November 2004 - XI ZR 200/03 in NJW 2005, 1275 ff., 1275: „*Wertpapierübertrag im Rahmen der laufenden Geschäftsverbindung, Ausgang, pro Posten: 8 Euro bei Girosammelverwahrung, 19,50 Euro bei Wertpapierrechnung, 59,50 Euro bei effektiver Übertragung/Auslieferung zuzüglich Versandkosten, jeweils inklusive Mehrwertsteuer.*“; zu den verschiedenen Fallgruppen der Nachteiligkeit vgl. STEUER, 1176 (i.c. sind es die *Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht* oder die *Bepreisung einer Leistung, die bereits mit einem anderen Entgelt abgegolten ist*).

³² Für einen Versand könnten die Banken zwar eine Gebühr verlangen, da die Rückgabepflicht am Ort des Schuldners zu erfüllen ist; vgl. zu diesem Gedanken BGH, Urteil vom 30. November 2004 - XI ZR 200/03 in NJW 2005, 1275 ff., 1277.

³³ Vgl. BGH, Urteil vom 30. November 2004 - XI ZR 200/03 in NJW 2005, 1275 ff.

³⁴ Zu diesem Gedanken ausführlich STEUER, 1184 ff., mit weiteren Hinweisen; vgl. BGH, Urteil vom 30. November 2004 - XI ZR 49/04 in NJW-RR 2005, 1135 ff., 1136; vgl. ebenso das Zitat in Fn. 35.

lich geschuldete Herausgabepflicht mit geringerem Aufwand erfüllen kann.³⁵ Das überzeugt nicht restlos, denn mit der gleichen Argumentation könnte man Bargeldüberweisungen bei laufendem Kontoverhältnis als teilweise Rückzahlung aus dem *depositum irregulare* oder aus Darlehen betrachten.³⁶ Die Umbuchung stellt aber tatsächlich unabhängig vom sonstigen Weiterbestehen des Depotvertrags die *teilweise Erfüllung der Rückgabepflicht* dar. Daraus folgt auch die teilweise Beendigung der Hinterlegung.³⁷ Das Recht der Hinterlegung differenziert bei der Herausgabe nicht, ob diese als Dienstleistung oder als Herausgabe zwecks (teilweiser) Beendigung des Vertrages geschieht, während beim Zahlungsverkehr der Dienstleistungsaspekt im Vordergrund steht. Eine Unterscheidung nach diesem Kriterium wäre im Alltag auch nicht praktikabel.

III. Kontoauflösungsgebühren

Auflösungs- oder Deaktivierungsgebühren sind insbesondere aus dem Telekommunikationsbereich bekannt.³⁸ Aber auch diverse Banken verlangen Kontoauflösungsgebühren.³⁹ Im Unterschied zu den oben erwähnten Transfergebühren fehlt bei diesem Gebührentypus der Bezug zum Bankkunden. Ihm gegenüber erbringt die Bank mit der Kontoauflösung keine Leistung aus dem Vertragsverhältnis.⁴⁰ [recht 2011, 173/174] Sie nimmt diese „Aufräumarbeiten“ im eigenen Interesse vor, damit der Bankkunde keine weiteren Bezüge tätigen kann, zur ordentlichen Abwicklung der Bankbeziehung und zur Bereinigung der internen Datenbanken und der eigenen Buchhaltung.⁴¹ Klar ist, dass jede Kontobeziehung einmal endet. Das Kontoverhältnis lässt sich als *depositum irregulare* oder als *Darlehen* qualifizieren.⁴² Das bei beiden Varianten gesetzlich bestehende Kündigungsrecht (Art. 475 Abs. 1 OR, Art. 318

³⁵ Diese Überlegung in BGH, Urteil vom 30. November 2004 - XI ZR 200/03 in NJW 2005, 1275 ff., 1276: „Vor diesem Hintergrund unterscheidet sich die Umbuchung von Wertpapieren auf ein Depot bei einem anderen Kreditinstitut (...) grundlegend von einer Geldüberweisung im Rahmen eines Girovertrags, für die unzweifelhaft in AGB ein Entgelt vereinbart werden kann. Während die Umbuchung von Wertpapieren auf ein anderes Depot geringeren Aufwand als die effektive Auslieferung der Urkunden verursacht und deshalb dem Rationalisierungs- und Vereinfachungsinteresse der Kreditinstitute entspricht, hat ein Kreditinstitut kein besonderes Interesse, den Auszahlungsanspruch eines Girokunden, den es ohne weiteres am Schalter oder am Geldausgabeautomaten erfüllen kann, durch die Überweisung auf ein anderes Konto zu befriedigen. Geldüberweisungen erfolgen vielmehr im ausschliesslichen Interesse des Girokunden an der Abwicklung seines Zahlungsverkehrs. Gerade zu diesem Zweck unterhält der Kunde, anders als bei einem Depot, bei dem es ihm um die Verwahrung und sachkundige Verwaltung von Wertpapieren geht, ein Girokonto.“; a.M. STEUER, 1183 ff.

³⁶ Dieser Gedanke bei STEUER, 1185.

³⁷ Vgl. BSK-KOLLER, OR 475 N 1; vgl. BGE 91 II 442 ff., 451.

³⁸ Vgl. dazu BGH, Urteil vom 18. April 2002 - III ZR 199/01 in NJW 2002, 2386 ff. und LG Düsseldorf, Urteil vom 11. Juli 2001 - 12 O 506/00 in MMR 2002, 178; vgl. zu Vertragsabwicklungsgebühren, speziell im Mobilfunkbereich LINDACHER, ZIP 2002, 49 ff.

³⁹ Vgl. K-Tipp 1/2005 (Internet: http://www.ktipp.ch/themen/beitrag/1021536/Modern_renommiert_diskret_-_und_teuer, 14. Oktober 2011); vgl. die weiteren Beispiele bei MATUSCHAK, K-Tipp 2/2005, 35 und RUSCH, Jusletter 28. März 2011, Rz. 2.

⁴⁰ Folglich schuldet der Bankkunde auch keinen Auslagenersatz, weil dies Generalunkosten sind (vgl. dazu CHK-GEHRER/GIGER, OR 402 N 2).

⁴¹ Vgl. die Argumentation zu einer Deaktivierungsgebühr in einem Mobilfunkvertrag in BGH, Urteil vom 18. April 2002 - III ZR 199/01 in NJW 2002, 2386 ff., 2387: „Darüber hinaus werden mit der Bearbeitung einer Kündigung, wie die Revision zutreffend geltend macht, keine Interessen des Kunden wahrgenommen. Die Dokumentation vertragsrelevanter Vorgänge im Hinblick auf etwaige spätere Beanstandungen von Seiten des Kunden dient der Selbstkontrolle; auch die Prüfung, ob eine ausgesprochene Kündigung nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen das Vertragsverhältnis (zu welchem Zeitpunkt?) wirksam beendet hat oder welche Gebührenforderungen noch offen stehen, dient ausschließlich der Wahrung der eigenen Rechtsposition. Mit der Abschaltung des Netzzugangs schliesslich schützt sich die Bekl. vor allem davor, dass ein Kunde das Mobiltelefon trotz fehlender vertraglicher Grundlage weiter benutzt. Dass mit diesen Tätigkeiten für den Kunden irgendwelche Vorteile verbunden sind, ist nicht ersichtlich.“; vgl. NOBBE, WM 2008, 192; vgl. SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI-SCHIMANSKY, Bankrechts-Handbuch, § 47 Rn. 26; vgl. SCHIMANSKY WM 1995, 461 ff., 464; a.M. Amtsgericht Freiburg, Urteil vom 8. Dezember 1989 – 7C 4776/88 in WM 1990, 1415 f.; KÖNDGEN, NJW 1996, 558 ff., 562.

⁴² Vgl. BGE 100 II 153 ff. 155; vgl. Urteil BGer 5C.140/2003, Erw. 3.3. (nur *depositum irregulare*); vgl. EIGENBRODT, 141

OR) kann die Bank nicht zu einer gebührenpflichtigen Dienstleistung umfunktionieren.⁴³ Die Bank muss den dafür notwendigen Aufwand selbst tragen oder in die allgemeinen Gebühren einkalkulieren. Jede Gebühr, und sei sie noch so gering, schafft diesbezüglich ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis im Sinne von Art. 8 UWG, weil die Auflösungs- oder Deaktivierungsleistung nie etwas wert ist und auch nie im Interesse des Bankkunden erfolgt.

IV. Schlusswort

Die neue Inhaltskontrolle schärft den Blick für unangemessene Benachteiligungen, die sich aufgrund der wenig effektiven Ungewöhnlichkeitsregel längst etabliert haben. Das ist ein Gewinn und schliesst eine grosse Schutzlücke im Schweizer Recht. Ob die Inhaltskontrolle viel bewirken kann, hängt indes von ihrer Durchsetzung ab. Dass die Anbieter den AGB-Augiasstall bis zum Inkrafttreten des neuen UWG sauber ausmisten werden, ist eher zweifelhaft. Deshalb sind neben den Konsumentinnen und Konsumenten insbesondere die Konsumentenschutzorganisationen aufgrund des Verbandsklagerechts gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG aufgerufen, zur gerichtlichen Bereinigung der Schweizer AGB-Landschaft eine Herkulesarbeit zu leisten.

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 (UWG), Basel 2001 (zitiert: BAUDENBACHER-VERFASSER).
- CANARIS CLAUS-WILHELM, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 2000, 273 ff.
- COESTER MICHAEL, Kommentar zu § 307 BGB, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung 2006 (zitiert: STAUDINGER-COESTER).
- DEGEN RETO, Preisakzeptanz im Private Banking, Diss. St. Gallen 2010, Bamberg 2010.
- EIGENBRODT HERMANN, Der unregelmässige Hinterlegungsvertrag, insbesondere die Rechtsnatur des Sparkassavertrages, Diss. Zürich 1970.
- GAUTSCHI GEORG, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 6. Teilband, Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425-491 OR, 2. A., Bern 1962 (zitiert: BK-GAUTSCHI).
- GRABITZ EBERHARD/HILF MEINHARD (Hrsg.), Das Recht der europäischen Union, Kommentar, Band IV, 40. A., München 2009 (zitiert: GRABITZ/HILF-Verfasser).
- HESS MARTIN/FRIEDRICH ALAIN, Das neue Bucheffektengesetz (BEG), Hinweise auf Grundlagen und praktische Auswirkungen, GesKR 2008, 98 ff.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. A., Basel 2011 (zitiert: BSK-VERFASSER).
- JUNG PETER/SPITZ PHILIPPE (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Stämpfli Handkommentar, Bern 2010 (zitiert: SHK-VERFASSER).
- KINDLER PETER, Entgeltklauseln in der Kreditwirtschaft, in: Hadding Walther/Hopt Klaus J./Schimansky Herbert (Hrsg.), Entgeltklauseln in der Kreditwirtschaft und E-Commerce von Kreditinstituten, Bankrechtstag 2001, Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung, Band 19, Berlin 2002, 1 ff.
- KÖNDGEN JOHANNES, Die Entwicklung des privaten Bankrechts in den Jahren 1992-1995, NJW 1996, 558 ff.
- LINDACHER WALTER F., Zur Zulässigkeit des formularmässigen Ausbedingens von Vertragsabwicklungsgebühren bei Dauerschuldverhältnissen im Dienstleistungsbereich, ZIP 2002, 49 ff.

und WIDMER, 20.

⁴³ Vgl. SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI-SCHIMANSKY, Bankrechts-Handbuch, § 47 Rn. 26.

- MATUSCHAK BERNHARD, Über Gebühr an die Bank gefesselt, K-Tipp 2/2005, S. 35 (Internet: <http://www.ktipp.ch/downloadfile/1022068>, 14. Oktober 2011).
- NOBBE GERD, Zulässigkeit von Bankentgelten, WM 2008, 185 ff.
- RUSCH ARNOLD F., Ein Fall einseitiger Erhöhung von Bankgebühren vor dem Ombudsman, Jusletter 28. März 2011.
- SCHIMANSKY HERBERT, Bankvertragsrecht und Privatautonomie, WM 1995, 461 ff.
- SCHIMANSKY HERBERT/BUNTE HERMANN-JOSEF/LWOWSKI HANS-JÜRGEN (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, München 2007 (zitiert SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI-VERFASSER).
- STEUER STEPHAN, Die höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu Preisen und Entgelten – eine kritische Bestandsaufnahme, in: Häuser Franz et al. (Hrsg.), Festschrift für Walther Had-ding zum 70. Geburtstag, Berlin 2004, 1169 ff.
- VON DER CRONE/BILEK EVA, Aktienrechtliche Querbezüge zum geplanten Bucheffektengesetz (BEG), SZW 2008, 193 ff.
- WIDMER MARTIN, Die rechtliche Natur des Sparkassavertrages unter besonderer Berücksichtigung der Verjährungsbestimmungen, Diss. Bern 1951.
- WOLF MANFRED/LINDACHER WALTER F./PFEIFFER THOMAS (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 5. A., München 2009 (zitiert WOLF/LINDACHER/PFEIFFER-VERFASSER).
- ZELLWEGGER-GUTKNECHT CORINNE, Rechtsprechungschronik 2009/2010, Teil 1, recht 2011, 82 ff.