

Risikoverteilung in AGB von Banken

Eine Untersuchung der Grenzen im Lichte von Art. 8 UWG

FINNEGAN JOE MÜLLER

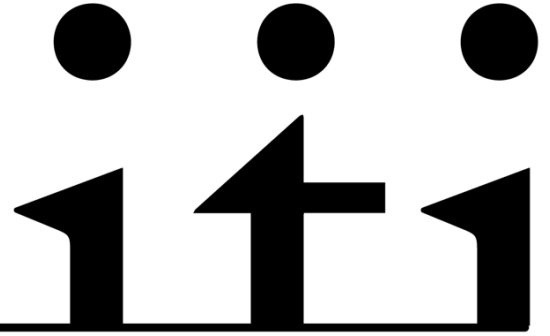
Zitiervorschlag

MÜLLER, Risikoverteilung in AGB von Banken, in: cognitio 2023/1.

URL: cognitio-zeitschrift.ch/2023-1/Mueller

DOI: [10.5281/zenodo.8002012](https://doi.org/10.5281/zenodo.8002012)

ISSN: 2624-8417



Risikoverteilung in AGB von Banken

Eine Untersuchung der Grenzen
im Lichte von Art. 8 UWG

FINNEGAN JOE MÜLLER*

In der Praxis versuchen Banken, ausgewählte Vertragsrisiken mittels Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) auf die Bankkundin abzumwälzen. Oftmals handelt es sich um Klauseln, die im Falle einer Bankleistung an einen nichtberechtigten Dritten bezwecken, dass die Kundin den entstandenen Schaden tragen muss. Der vorliegende Beitrag untersucht, ob solche – für Bankkunden unter Umständen folgenschwere – AGB-Klauseln vor Art. 8 UWG standhalten. Zweifelhaft ist dies bei Vertragsbestimmungen, die eine Schadensabwälzung auf die schwächere Vertragspartei vorsehen, obwohl diese das verwirklichte Risiko schlechter beherrschen kann als die Bank. Bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit von Banken-AGB soll künftig die Risikobeeinflussungsmöglichkeit als zentraler Massstab herangezogen werden.

Inhaltsübersicht

I. Problemstellung	2
A. Ausgangslage	2
B. Gesetzliche Regelung der AGB-Kontrolle	3

II. Rechtliche Grundlagen	4
A. Haftungsfreizeichnung	4
B. Haftungsfreizeichnung bei Schädigung durch Hilfspersonen	5
C. Missbräuchliche Geschäftsbedingungen gemäss Art. 8 UWG	5
1. Anwendungsbereich	5
a. Verwendung von AGB	5
b. Konsumentengeschäft (B2C)	5
2. Tatbestand	6
a. Erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten	6
b. Verstoss gegen Treu und Glauben	6

* BLaw, finnegan-joe@gmx.ch. Der vorliegende Beitrag beruht auf einer Arbeit, die im Herbstsemester 2021 an der Universität Basel unter Betreuung von Frau Prof. Dr. iur. Corinne Zellweger-Gutknecht verfasst wurde.

III. AGB von Banken und Art. 8 UWG	7
A. Allgemeines	7
B. Risikoverteilungsklauseln	7
1. Praktische Relevanz	7
2. Schadensabwälzungsklauseln bei Legitimationsmängeln als Hauptanwendungsfall	7
3. Grenzen im Lichte von Art. 100 f. OR	9
4. Grenzen im Lichte von Art. 8 UWG	10
a. Standpunkt der Literatur	10
b. Reaktion der Banken	13
c. Kritische Auseinandersetzung	14
IV. Zusammenfassung und Ausblick	15

I. Problemstellung

A. Ausgangslage

Eine Betrügerin gibt sich als Bankkundin aus und veranlasst die Bank zur Auszahlung einer grossen Geldsumme vom betreffenden Kundenkonto. Die Bank bemerkt die Täuschung nicht, belastet das Konto und verweigert der eigentlich berechtigten Kundin, mit dem Hinweis auf eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)¹, die erneute Auszahlung.²

¹ Zum Begriff vgl. MÜLLER CHRISTOPH, in: Aebi-Müller Regina E./ Müller Christoph (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018, N 272 zu Art. 1 OR; KRAMER ERNST A./PROBST THOMAS/PERRIG ROMAN, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, Rn. 72 ff.; SCHWENZER INGEBORG/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020, Rn. 44.01; THOUVENIN FLORENT, in: Hilty Reto M./Arpagaus Reto (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013, N 1 ff. zu Art. 8 UWG. AGB sind nicht verhandelbare

Dieser kurze Einstiegsfall veranschaulicht, wie Banken in der Praxis versuchen, mithilfe von AGB ihr Vertragsrisiko zum Nachteil der Kundin erheblich einzuschränken.³ Oft anzutreffen sind Klauseln, die den durch Nichterkennen von Legitimationsmängeln entstandenen Schaden der Bank auf den Vertragspartner überwälzen.⁴ Dabei geht es um Folgendes: Führt die Bank einen Zahlungsauftrag von einer nichtberechtigten Drittperson aus und veranlasst sie die Zahlung mit eigenen Mitteln auf Rechnung der eigentlich berechtigten Kundin, kann dieser die Auslage in der Folge nicht belastet werden.⁵ Das Kontoguthaben der Kundin stellt eine Forderung gegenüber der Bank dar, die nur erlischt, wenn nach erfolgtem Zahlungsauftrag der berechtigten Kundin vertragsgemäss an diese geleistet wird (Art. 468 Abs. 1 i.V.m. Art. 402 Abs. 1 OR).⁶ Stammt der Zahlungsauftrag von einem nichtberechtigten Dritten, so erfüllt die Bank bei einer Auszahlung grundsätzlich nicht ordnungsgemäss, auch wenn sie gutgläubig handelt.⁷ Die berechnete Bankkundin behält diesfalls die gesamte Forderung oder hat, wenn bereits eine (ungerechtfertigte) Belastung vorgenommen wurde, einen Anspruch auf Wiederherstellung des Saldos vor der Belastung.⁸

Vorbedingungen, die eine Partei als Vertragsbestimmungen vorformuliert, um sie einer unbestimmten Anzahl von zukünftigen Vertragspartnern beim Abschluss gleichartiger Verträge zu stellen. Entscheidend ist, dass die Vertragsbedingungen nicht das Ergebnis von Verhandlungen zwischen den Parteien sind.

² Dieser Sachverhalt ist angelehnt an BGE 108 II 314.

³ Vgl. GAUCH PETER, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, in: recht, 2006, S. 77 ff., S. 78 f.

⁴ BGer 4A_379/2016, Urteil vom 15. Juni 2017, E. 3.3.1; GAUCH (Fn. 3), S. 79; eingehend dazu unten III.B.2.

⁵ Vgl. SCHALLER JEAN-MARC, Legitimationsmängel, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Basel 2017, S. 45 ff., S. 46 f.

⁶ SCHALLER (Fn. 5), S. 46 f.

⁷ Vgl. SCHALLER (Fn. 5), S. 47.

⁸ Vgl. SCHALLER (Fn. 5), S. 47; eingehend dazu unten III.B.2 m.w.H.

Dieses Doppelzahlungsrisiko versuchen die Banken durch die Verwendung entsprechender AGB-Klauseln zu verringern. Ganz generell erhofft sich die Verwenderin von AGB in der Regel eine aus ihrer Sicht günstige Risikoverteilung⁹.¹⁰ Dem gewöhnlichen Kunden dürfte dies jedoch meist entgehen. Dies liegt u.a. daran, dass sich beim Vertragsabschluss nur wenige die Zeit nehmen, um oftmals seitenlange Vertragsbedingungen zu lesen.¹¹ Den AGB wird gemeinhin eine Werkzeugeigenschaft zur wirtschaftlichen Machterhaltung und -vergrößerung attestiert.¹² Problematisch wird eine Risikoverteilung dann, wenn das überwältigte Vertragsrisiko nicht in den Machtbereich des Kunden fällt und dieser die Verwirklichung des Risikos nicht verhindern kann.¹³ So kann die im Einstiegsfall zur Anwendung gekommene Schadensabwälzungsklausel (auch Risiko-

transferklausel genannt) bewirken, dass die Bankkunden ein u.U. nicht beherrschbares Vertragsrisiko tragen müssten. Die Klausel würde, sofern ihre Wirksamkeit zu bejahen wäre, je nach konkreter Ausgestaltung ein derart grosses Risiko darstellen, dass sich eigentlich niemand mehr ein Bankkonto leisten könnte.¹⁴ Es ist davon auszugehen, dass einige Bankkunden beim Abschluss eines Vertrags mit einer Bank zögern würden, wenn sie die AGB tatsächlich durchgelesen hätten. Dies umso mehr, wenn ihnen der Markt echte Alternativen, also Bankdienste mit weniger nachteiligen Klauseln bieten würde.

B. Gesetzliche Regelung der AGB-Kontrolle

Da dies jedoch selten der Fall sein dürfte, kennt das schweizerische Recht verschiedene Kontrollinstrumente, die dem aus der Verwendung von AGB resultierenden Machtgefälle entgegenwirken sollen. Auf Gesetzesstufe ist die Kontrolle von AGB bis heute nicht kohärent geregelt, obwohl dies immer wieder gefordert wurde.¹⁵ Vielmehr kennt die Schweiz einen Dualismus der AGB-Kontrolle im Obligationen- und Wettbewerbsrecht.¹⁶ Die Zulässigkeit von AGB beurteilt sich demnach in erster Linie nach allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen (Konsenskontrolle, Auslegungskontrolle und Gültigkeitskontrolle), die von einer – nachfolgend im Vordergrund stehenden –

⁹ Die Vertragsparteien können im Rahmen des dispositiven Rechts selbst entscheiden, wie sie das Vertragsrisiko verteilen. Eine solche Risikoverteilung kann durch Haftungsbeschränkungs- oder Schadensabwälzungsklauseln erfolgen. Bei Letzteren wird ein Schaden, den eine Partei nach dem dispositiven Recht selber tragen müsste, auf die andere Partei überwältigt. Gerade die Verwendung von AGB ermöglicht eine Verschiebung der vom Gesetzgeber dispositiv vorgesehenen Risikoverteilung zu Lasten der Kundin. Vgl. dazu WEBER ROLF H./EMMENEGGER SUSAN, in: Aebi-Müller Regina E./Müller Christoph (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2. Aufl., Bern 2020, N 75 zu Art. 100 OR; ZIRLICK BEAT, Freizeichnung von der Deliktshaftung, Haftungsbeschränkung und -ausschluss im ausservertraglichen Bereich, Diss. Bern, Bern 2003, S. 119.

¹⁰ MÜLLER (Fn. 1), BK OR, N 286 zu Art. 1 OR.

¹¹ Gibt eine Vertragspartei ihr Einverständnis zur Übernahme der AGB, ohne deren Inhalt zu kennen, spricht man von einer Globalübernahme, vgl. dazu VISCHER MARKUS, Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG, in: AJP, 2014/7, S. 964 ff., S. 966.

¹² ROBERTO VITO/WALKER MARISA, AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG, in: recht, 2014, S. 49 ff., S. 49.

¹³ HESS MARKUS/RUCKSTUHL LEA, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegeordnung, in: AJP, 2012/9, S. 1188 ff., S. 1193.

¹⁴ KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Das Bankkonto, Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz, Basel 2013, S. 17 ff., S. 44.

¹⁵ KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 1), Rn. 100.

¹⁶ THOUVENIN (Fn. 1), BSK UWG, N 47 zu Art. 8 UWG.

lauterkeitsrechtlichen Inhaltskontrolle¹⁷ teilweise überlagert werden.¹⁸

Lange war dem schweizerischen Recht eine wirksame offene AGB-Inhaltskontrolle fremd.¹⁹ Das Bundesgericht führte das gewünschte Ergebnis jeweils mit einer verdeckten Inhaltskontrolle herbei, indem es eine weitgehende Konsenskontrolle vornahm.²⁰ Seit dem 1. Juli 2012 ermöglicht der wettbewerbsrechtliche [Art. 8 UWG](#) eine inhaltliche Kontrolle von AGB-Klauseln in Konsumentenverträgen.²¹ Gemäss dieser Bestimmung handelt unlauter, 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.

Der vorliegende Beitrag untersucht, wie sich [Art. 8 UWG](#) auf Risikoverteilungsklauseln in Banken-AGB auswirkt. Wie weit dürfen Banken mit solchen Klauseln gehen, damit diese vor [Art. 8 UWG](#) standhalten? Klarzustellen ist insbesondere, ob die Bestimmung diesbezüglich überhaupt eine über das zwingende Recht des Obligationenrechts hinausgehende Schrankenfunktion wahrnehmen kann. Im Vordergrund stehen dabei die im Bankensektor weit verbreiteten Klauseln, die den Fall einer Leistung der Bank zu Gunsten einer nichtberechtigten Dritten regeln. Diese sehen in ihrer üblichen Ausgestaltung eine

erhebliche Abweichung vom dispositiven Recht vor. Zudem stellen sie für den Bankkunden ein grosses und u.U. nicht beeinflussbares finanzielles Risiko dar. Die fehlende Risikobeherrschungsmöglichkeit der Kundin lässt ihre Vereinbarkeit mit [Art. 8 UWG](#) fraglich erscheinen.

II. Rechtliche Grundlagen

AGB dürfen nicht gegen das zwingende Recht verstossen. Nicht nur [Art. 8 UWG](#), sondern alle zwingenden Normen des schweizerischen Rechts sind zu berücksichtigen. Hinsichtlich der Risikoverteilung haben vor allem die [Art. 100 f. OR](#) eine grosse Bedeutung.²²

A. Haftungsfreizeichnung

[Art. 100 OR](#) befasst sich mit der Wegbedingung der Haftung. Die Bestimmung ist zentral für die Kontrolle von AGB, da letztere oft Freizeichnungsklauseln beinhalten.²³ Allerdings erfasst [Art. 100 OR](#) nicht nur die Wegbedingung der Haftung, sondern ist nach ständiger bundesgerichtlicher Praxis analog auch auf Schadensabwälzungsklauseln, wie sie in Bankverträgen oft vorkommen,²⁴ anwendbar.²⁵

Damit ist klar, dass Klauseln, die den der Bank durch Leistung an einen Nichtberechtigten entstandenen Schaden auch bei eigener grober Fahrlässigkeit und rechtswidriger Absicht auf die Bankkundin überwälzen würden, gemäss [Art. 100 Abs. 1 OR](#) nichtig

¹⁷ Bei der Inhaltskontrolle wird der Vertragsinhalt mit Blick auf die Schranken der Rechtsordnung geprüft, siehe HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2019, Rn. 631.

¹⁸ KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 1), Rn. 101.

¹⁹ KOLLER (Fn. 14), S. 26.

²⁰ KOLLER (Fn. 14), S. 26 f.

²¹ GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich 2020, Rn. 1149; HUGUENIN (Fn. 17), Rn. 635; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS (Fn. 1), Rn. 45.13; zum Begriff des Konsumenten siehe unten II.C.1.b und III.B.4.a.

²² Für die praktische Bedeutung der nachfolgend dargelegten theoretischen Grundlagen siehe III.B.3 und III.B.4.

²³ WIDMER LÜCHINGER CORINNE/WIEGAND WOLFGANG, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I (Art 1-529 OR), 7. Aufl., Basel 2019, N 2 zu Art. 100 OR.

²⁴ Siehe dazu schon oben I.A m.w.H. und eingehend unten III.B.2.

²⁵ [BGE 112 II 450](#), 454 f. E. 3a; [132 III 449](#), 452 E. 2; [BGer 4A_379/2016](#), Urteil vom 15. Juni 2017, E. 3.3.1.

sind. Eine derart stossende Risikoverteilung ist in der Praxis aber, soweit ersichtlich, nicht anzutreffen. [Art. 100 Abs. 2 OR](#) geht noch weiter und besagt, dass auch ein im Voraus erklärter Verzicht auf Haftung für leichtes Verschulden nach Ermessen des Gerichts als nichtig betrachtet werden kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt. Den obrigkeitlich konzessionierten Gewerben gleichgestellt sind nach herrschender Lehre²⁶ und ständiger Rechtsprechung²⁷ auch die Banken. Ob diese extensive Auslegung nach dem Inkrafttreten des neuen [Art. 8 UWG](#) noch gerechtfertigt ist, erscheint fraglich.²⁸

B. Haftungsfreizeichnung bei Schädigung durch Hilfspersonen

[Art. 101 OR](#) behandelt die Haftung für Hilfspersonen. Nach [Art. 101 Abs. 2 OR](#) kann diese durch eine im Voraus getroffene Verabredung beschränkt oder aufgehoben werden. Folgt die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes, darf die Haftung nach [Art. 101 Abs. 3 OR](#) höchstens für leichtes Verschulden wegbedungen werden. Diese Bestimmung findet ebenfalls auf den Bankbetrieb Anwendung.²⁹

C. Missbräuchliche Geschäftsbedingungen gemäss [Art. 8 UWG](#)

Der lauterkeitsrechtliche [Art. 8 UWG](#) schützt den Kunden vor missbräuchlichen AGB.³⁰ Die Lehre ist sich grundsätzlich einig, dass diese Bestimmung im B2C-Bereich für eine wirksame offene Inhaltskontrolle von AGB fruchtbar gemacht werden kann.³¹

1. Anwendungsbereich

a. Verwendung von AGB

Die Anwendbarkeit von [Art. 8 UWG](#) setzt zunächst die Verwendung von AGB voraus.³² Eine zentrale Schwierigkeit stellt dabei die Abgrenzung von einer AGB-Klausel zu einer Individualabrede dar.³³ Letztere liegt vor, wenn die Parteien eine Vertragsbestimmung inhaltlich einzeln ausgehandelt haben.³⁴ Im Rahmen von Bankgeschäften ist dies beispielsweise dann denkbar, wenn vermögende Kundinnen, die sich umfassend beraten lassen, am Geschäft beteiligt sind.³⁵

b. Konsumentengeschäft (B2C)

Sodann findet [Art. 8 UWG](#) nur auf B2C³⁶-Geschäfte Anwendung.³⁷ In der Lehre ist man sich im Einzelnen uneinig, von wel-

²⁶ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (Fn. 1), Rn. 24.06; THÉVENOZ LUC, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code des obligations I*, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Basel 2021, N 27 zu Art. 100 OR; WEBER/EMMENEGGER (Fn. 9), BK OR, N 120 zu Art. 100 OR.

²⁷ BGE 112 II 450, 455 E. 3a; 132 III 449, 452 E. 2; BGer 4A_398/2009, Urteil vom 23. Februar 2010, E. 5.1.2.

²⁸ Dies wird unten diskutiert, vgl. III.B.4.a und III.B.4.c.

²⁹ Vgl. etwa BGer 4A_54/2009, Urteil vom 20. April 2009, E. 1.

³⁰ KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 1), Rn. 291.

³¹ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 21), Rn. 1149; HUGUENIN (Fn. 17), Rn. 612; ROBERTO/WALKER (Fn. 12), S. 54; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (Fn. 1), Rn. 45.13; SCHMID JÖRG, *Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG*, in: ZBJV, 2012/148, S. 1 ff., S. 4; THOUVENIN (Fn. 1), BSK UWG, N 9 zu Art. 8 UWG; a.A. HESS/RUCKSTUHL (Fn. 13), S. 1211 f.

³² Zum Begriff der AGB siehe oben Fn. 1.

³³ KOLLER (Fn. 14), S. 32.

³⁴ KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 1), Rn. 82.

³⁵ KOLLER (Fn. 14), S. 33.

³⁶ Business to consumer.

³⁷ Vgl. den Wortlaut der Bestimmung: «zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten».

chem Konsumentenbegriff auszugehen ist.³⁸ Die Mehrheit der Stimmen in der Literatur ist der Ansicht, dass [Art. 8 UWG](#) auf Verträge Anwendung findet, die zwischen gewerbmässigen Anbietern von Waren und Dienstleistungen und natürlichen Personen geschlossen werden, sofern letztere zu privaten oder familiären und nicht zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken handeln.³⁹ Ob darüber hinaus ein Vertrag über Leistungen des üblichen Verbrauchs geschlossen werden muss, was den Anwendungsbereich von [Art. 8 UWG](#) stark einschränken würde, ist umstritten.⁴⁰ Das Bundesgericht hat diese Streitfrage bislang offengelassen.⁴¹

2. Tatbestand

a. Erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten

Der Tatbestand von [Art. 8 UWG](#) setzt ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten voraus. Ein Missverhältnis als solches liegt vor, wenn die

Rechte und Pflichten ungleich verteilt sind.⁴² Nach mehrheitlicher Lehrmeinung sind dabei die in den AGB enthaltenen Rechte und Pflichten in erster Linie mit dem Gesetzesrecht zu vergleichen, das zur Anwendung kommen würde, wenn die Parteien keine abweichende Regelung getroffen hätten.⁴³ Die Thematik ist im Einzelnen jedoch umstritten. Dies gilt insbesondere für diejenigen Innominatverträge, auf die kein dispositives Gesetzesrecht angewendet werden kann.⁴⁴

Das Missverhältnis muss überdies erheblich sein. Die erforderliche Erheblichkeit ist bei Erreichen eines gewissen Ausmasses gegeben, bloss geringfügige Nachteile reichen nicht aus.⁴⁵ Sodann müsste das Missverhältnis ungerechtfertigt sein. Da ein Missverhältnis immer mit einer ungerechtfertigten Verteilung von Rechten und Pflichten einhergeht, kommt dem Tatbestandsmerkmal nach herrschender Lehre keine eigenständige Bedeutung zu.⁴⁶

b. Verstoss gegen Treu und Glauben

Die AGB müssten ein *in Treu und Glauben verletzender Weise* erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen. Nach herrschender Lehre handelt es sich bei diesem Kriterium nicht

³⁸ Vgl. ABEGGLEN SANDRO/COENDET THOMAS/GROSS DOMINIQUE, Aspekte der AGB-Kontrolle im Bankbereich, Insbesondere zur Inhaltskontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Das Bankkonto, Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz, Basel 2013, S. 83 ff., S. 102 f.; HESS/RUCKSTUHL (Fn. 13), S. 1194 ff.; SCHMID (Fn. 31), S. 7 ff.; SCHOTT ANSGAR, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen – Zur Inhaltskontrolle, in: ST, 2012/2, S. 78 ff., S. 79; STÖCKLI HUBERT, UWG 8 – neues Recht gegen unfaire Verträge, in: Stöckli Hubert (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2013, Freiburg 2013, S. 171 ff., S. 177; VISCHER (Fn. 11), S. 972.

³⁹ KOLLER (Fn. 14), S. 34 f.; SCHMID (Fn. 31), S. 9; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS (Fn. 1), Rn. 46.04; VISCHER (Fn. 11), S. 972.

⁴⁰ HESS/RUCKSTUHL (Fn. 13), S. 1194; KOLLER (Fn. 14), S. 36; siehe dazu unten III.B.4.a.

⁴¹ Explizit in [BGer 4A_275/2019](#), Urteil vom 29. August 2019, E. 1.4 und zuletzt in [BGer 4A_54/2021](#), Urteil vom 28. Oktober 2021, E. 6.4.2.

⁴² HUGUENIN (Fn. 17), Rn. 635e.

⁴³ Vgl. HUGUENIN (Fn. 17), Rn. 635f; REHMANN MERET, Grenzen vertraglicher Haftungsbeschränkungen, in: SJZ, 2017/113, S. 129 ff., S. 135; SCHMID (Fn. 31), S. 11; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS (Fn. 1), Rn. 46.04a; a.A. HESS/RUCKSTUHL (Fn. 13), S. 1197.

⁴⁴ Für eine konzise Zusammenfassung der Lehrmeinungen vgl. HUGUENIN (Fn. 17), Rn. 63 f.

⁴⁵ KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 1), Rn. 470; Gewisse Autoren fordern ein «fühlbares» Missverhältnis, so SCHMID (Fn. 31), S. 11; andere sind der Ansicht, dass das Missverhältnis «offenbar» sein muss, wobei die gleiche Schwelle wie bei [Art. 21 Abs. 1 OR](#) gelten solle, so VISCHER (Fn. 11), S. 973.

⁴⁶ HUGUENIN (Fn. 17), Rn. 635i; KOLLER (Fn. 14), S. 45; RUSCH ARNOLD F., Schadensabwälzungsklauseln in der Inhaltskontrolle, in: SZW, 2012, S. 439 ff., S. 442; a.A. VISCHER (Fn. 11), S. 974.

um ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal, sondern vielmehr um einen Beurteilungsmassstab.⁴⁷ So hat eine umfassende Interessensabwägung nach dem Grundsatz der Fairness zu erfolgen.⁴⁸ Das erhebliche Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten müsste aus der Sicht einer redlichen Drittperson als ungerechtfertigt erscheinen, damit von einer missbräuchlichen AGB-Klausel im Sinne von [Art. 8 UWG](#) gesprochen werden kann.⁴⁹

III. AGB von Banken und [Art. 8 UWG](#)

A. Allgemeines

Die von [Art. 8 UWG](#) erfassten AGB sind das zentrale vertragliche Element einer Bank-Kunden-Beziehung und werden in fast allen Geschäftsbereichen eingesetzt.⁵⁰ Einige der damit einhergehenden Probleme, insbesondere die Gefahr der unausgewogenen Risikoverteilung, wurden von der Lehre erkannt und angesprochen.⁵¹ Zwar bemühen sich die Banken nun zusehends, die AGB kundenfreundlicher auszugestalten,⁵² einige Punkte sind jedoch noch ungeklärt. So ist insbesondere nach wie vor nicht restlos ge-

klärt, wie die oben⁵³ kurz angesprochenen Schadensüberwälzungsklauseln bei Legitimationsmängeln rechtlich einzuordnen sind.

B. Risikoverteilungsklauseln

1. Praktische Relevanz

Von der Möglichkeit der vom Gesetz abweichenden Risikoverteilung durch AGB machen in der Praxis auch die Banken Gebrauch.⁵⁴ In diesem Bereich scheint sich die Gefahr der pauschalen Verdrängung des dispositiven Rechts verwirklicht zu haben:⁵⁵ Die AGB der verschiedenen Banken sind inhaltlich jeweils sehr ähnlich und daher faktisch vereinheitlicht,⁵⁶ so dass die eigentlich vorgesehene gesetzliche Ordnung kaum mehr gilt. Diese Verdrängung des dispositiven Rechts ist vor allem dann problematisch, wenn die durch die AGB-Verwendung herbeigeführte Abweichung der Rechtslage erheblich ist.

2. Schadensabwälzungsklauseln bei Legitimationsmängeln als Hauptanwendungsfall

Auf Schadensüberwälzungsklauseln bei Legitimationsmängeln trifft dies zu. Dabei geht es um Folgendes: Banken dürfen das Konto ihrer Kundin nur belasten, wenn ein von letzterer stammender Zahlungsauftrag ausgeführt wurde.⁵⁷ Leistungen an einen Dritten stellen nach den allgemeinen Grundsätzen des schweizerischen Rechts, Ausnahmefälle vorbehalten,⁵⁸ keine gehörige Erfüllung dar:

⁴⁷ HUGUENIN (Fn. 17), Rn. 635j; KOLLER (Fn. 14), S. 46; ROBERTO/WALKER (Fn. 12), S. 58; THOUVENIN (Fn. 1), BSK UWG, N 101 zu Art. 8 UWG.

⁴⁸ KOLLER (Fn. 14), S. 46 f.

⁴⁹ SCHMID (Fn. 31), S. 14.

⁵⁰ WIDMER ESTHER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG, Unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken, Diss. Bern, Zürich/St. Gallen 2015, Rn. 385.

⁵¹ Vgl. etwa schon BUCHER EUGEN, Wer haftet wem? Zum Problem der Tragung des Risikos betrügerisch veranlasseter Bankvergütungen, in: recht, 1984, S. 97 ff.; BUCHER EUGEN, Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankenverkehr? Ein weiteres Mal Bemerkungen zu den AGB der Banken, in: recht, 1997, S. 41 ff.; GAUCH (Fn. 3), S. 77 ff.

⁵² ABEGGLEN/COENDET/GROSS (Fn. 38), S. 89; zurückhaltend KOLLER (Fn. 14), S. 23 f.

⁵³ Siehe I.A.

⁵⁴ Vgl. GAUCH (Fn. 3), S. 78.

⁵⁵ Siehe zu dieser Problematik im Allgemeinen GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 21), Rn. 1121b.

⁵⁶ GAUCH (Fn. 3), S. 77 f.

⁵⁷ KOLLER (Fn. 14), S. 52.

⁵⁸ Als Ausnahme gilt namentlich der Fall, in dem der Kunde selbst ein Missbrauchsrisiko schafft, beispielsweise durch Überlassen eines Legitimationsmittels, vgl. [BGer 4C.28/2003](#), Urteil vom 15. Dezember 2003, E. 3.2.1. Kein solcher Fall liegt bei einer Mitverursachung des Schadens durch Verletzung von vertraglichen Pflichten

Die Bankkundin hat nach wie vor einen Erfüllungsanspruch und die Bank muss grundsätzlich ein zweites Mal zahlen, wodurch sie einen Schaden erleidet.⁵⁹ Solche Leistungen an unberechtigte Dritte kommen insbesondere vor, wenn diese die Bankvergütung betrügerisch veranlassen.⁶⁰ Die Digitalisierung bietet Kriminellen dafür neue Möglichkeiten, beispielsweise Cyberattacken auf Online-Banking-Systeme; aber auch Zahlungsaufträge mit gefälschten Unterschriften werden nach wie vor verwendet.⁶¹ Ist der Betrug dem Bankkunden vorwerfbar, zum Beispiel weil er unsorgfältig mit gewissen Formularen umgegangen ist oder weil er anderen Personen den Zugang zu diesen Formularen ermöglicht hat, so unterliegt sein Erfüllungsanspruch nach herrschender Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung keiner Reduktion gemäss [Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 44 OR](#).⁶² Die Bank kann in solchen Fällen einzig vertragliche oder ausser-

vertragliche Schadenersatzansprüche geltend machen ([Art. 402 Abs. 2 OR](#)).⁶³

Um Doppelzahlungsrisiken wegen Legitimationsmängeln zu begegnen, nehmen Banken jeweils Legitimationsprüfungen vor,⁶⁴ sofern dies überhaupt möglich ist.⁶⁵ Ein noch wirksameres Mittel haben sie jedoch mit Klauseln in ihren AGB gefunden, welche den entstandenen Schaden aus Fehlvergütungen unter Umständen auf die Bankkundinnen transferieren.⁶⁶ Die vertragliche Leistungspflicht der Bank wird dadurch im Fall der eigentlich nicht befreienden Leistung an einen Nichtberechtigten eingeschränkt, weshalb auch von einem bedingten Schulderrückgriff nach [Art. 115 OR](#) gesprochen werden kann.⁶⁷ Eine solche Risikoverschiebung ist möglich, weil die soeben beschriebene Rechtslage nach ständiger Rechtsprechung nicht zwingend ist.⁶⁸

Die in der Bankpraxis weit verbreiteten⁶⁹ Schadensabwälzungsklauseln bei Legitimationen

durch den Kunden vor, siehe sogleich und BRACHER NICOLAS, Legitimationsprüfung und Risikotransfer bei E-Mail-Zahlungsaufträgen, in: SZW, 2018, S. 156 ff., S. 158.

- ⁵⁹ [BGE 111 II 263](#), 265 E. 1b; [112 II 450](#), 454 E. 3a; [132 III 449](#), 452 E. 2; [146 III 121](#), 134 E. 4.1; [146 III 387](#), 397 E. 5.1; BRACHER (Fn. 58), S. 157; BUCHER (Fn. 51), recht, 1984, S. 99 f.; BUCHER (Fn. 51), recht, 1997, S. 42; KOLLER (Fn. 14), S. 52 f.; REICHART PETER, Betrugsversuche im Zahlungsverkehr im digitalen Zeitalter, in: SZW, 2019, S. 392 ff., S. 393 f.; RUSCH (Fn. 46), S. 439 f.; SCHALLER (Fn. 5), S. 47; WIDMER (Fn. 50), Rn. 413.
- ⁶⁰ So beispielsweise in [BGE 108 II 314](#); [109 II 116](#); [132 III 449](#).
- ⁶¹ Siehe dazu REICHART (Fn. 59), S. 392 f.; SCHALLER (Fn. 5), S. 50 f.; als besonders betrugsanfällig hat sich die Auftragskommunikation per E-Mail herausgestellt, weshalb davon Abstand genommen werden sollte, siehe dazu HABERBECK PHILIPP, Unrechtmässige Abverfügungen von Bankguthaben, in: Jusletter, 2020, Rn. 26 und eingehend zur Thematik BRACHER (Fn. 58), S. 156 ff.
- ⁶² [BGE 131 III 511](#), 528 E. 5; [BGer 4A_258/2012](#), Urteil vom 8. April 2013, E. 7.1; BRACHER (Fn. 58), S. 158; REICHART (Fn. 59), S. 394; a.A. RUSCH (Fn. 46), S. 440.

⁶³ BRACHER (Fn. 58), S. 158; RUSCH (Fn. 46), S. 440.

⁶⁴ Zum Ganzen vgl. BRACHER (Fn. 58), S. 154.

⁶⁵ Legitimationsprüfungen durch Bankmitarbeiter stehen bei schriftlichen Zahlungsaufträgen im Vordergrund. Bei einer missbräuchlichen Kreditkartenverwendung durch einen Dritten oder bei Cyberangriffen kommen diese jedoch nicht zur Anwendung. Das Erkennen von Legitimationsmängeln im Online-Banking erfolgt durch geeignete Computersysteme, vgl. dazu REICHART (Fn. 59), S. 402 f.

⁶⁶ Vgl. [BGE 146 III 326](#), 332 E. 6.1; [146 III 387](#), 397 E. 5.2; das Phänomen existiert schon lange, siehe dazu BUCHER (Fn. 51), recht, 1984, S. 97; vgl. für Beispielklauseln WIDMER (Fn. 50), Rn. 409 ff.

⁶⁷ WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND (Fn. 23), BSK OR I, N 2a zu Art. 100 OR.

⁶⁸ Explizit [BGer 4A_54/2009](#), Urteil vom 20. April 2009, E. 1.

⁶⁹ Vgl. [BGE 146 III 326](#), 332 E. 6.1; [146 III 387](#), 397 E. 5.2; BERNET SANDRO/VON DER CRONE HANS CASPAR, Haftungsrechtliche Stellung der Bank bei Vollmachtsverhältnissen, in: SZW, 2020, S. 489 ff., S. 498; KOLLER (Fn. 14), S. 52; MARTIN CÉLINE, Das Kontokorrent im schweizerischen Bankgeschäft, Diss. Bern, Zürich/St. Gallen 2020, Rn. 423; WEBER/EMMENEGGER (Fn. 9), BK OR, N 75 zu Art. 100 OR; WIDMER (Fn. 50), Rn. 407 f.

onsmängeln können unterschiedlich ausgestaltet sein. Häufig sieht die entsprechende Vereinbarung vor, dass der entstandene Schaden von der Bankkundin zu tragen ist, sofern die Bank die bei der Legitimationsprüfung geschäftsübliche Sorgfalt nicht missachtet hat.⁷⁰ Früher gingen die Banken noch weiter und trugen den Schaden nur dann selber, wenn sie ein grobes Verschulden traf.⁷¹ In beiden Fällen müsste der Kunde den Schaden tragen, der weder von ihm noch von der Bank verschuldet ist.

Solche Klauseln bringen im Einzelfall zahlreiche Probleme mit sich. Die oben⁷² beschriebene Fallkonstellation verdeutlicht dies. Jede Kontoinhaberin müsste, wenn solche Klauseln wirksam und durchsetzbar sein sollten, jederzeit damit rechnen, grosse Geldsummen zu verlieren. Dies würde auch für den Fall gelten, in dem es an einem Verschulden der Inhaberin fehlt. Ein typischerweise mit der Vertragserfüllung verbundenes Geschäftsrisiko wird auf den Kunden überwält.⁷³ Dieser trägt somit das ganze Zufallsrisiko des betreffenden Geschäfts.⁷⁴ Besonders stossend ist die Diskrepanz zwischen der Rechtslage mit AGB und derjenigen, die der Schweizer Gesetzgeber eigentlich vorsah, gibt das dispositives Recht auf die vorliegende Problematik doch die klare Antwort, dass die Bank den Schaden tragen müsse.⁷⁵

Die Problematik rund um die Schadensabwälzungsklauseln bei Legitimationsmängeln in Banken-AGB ist der Lehre und Rechtsprechung seit Längerem bekannt: Sprach BUCHER vor mehr als 40 Jahren noch von einem «Defizit wissenschaftlicher Behand-

lung des Problems»⁷⁶, haben sich mittlerweile schon zahlreiche Autoren und Autorinnen damit befasst. Die Rolle des [Art. 8 UWG](#) und dessen Verhältnis zu den [Art. 100 f. OR](#) ist aber nach wie vor nicht restlos geklärt.

3. Grenzen im Lichte von [Art. 100 f. OR](#)

Insbesondere gestützt auf den extensiv ausgelegten und analog anzuwendenden [Art. 100 Abs. 2 OR](#)⁷⁷ hat das Bundesgericht eine pragmatische Fall-zu-Fall-Rechtsprechung entwickelt. Dabei wird die Gültigkeit von Schadensabwälzungsklauseln jeweils unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls beurteilt.⁷⁸ Für die vorliegend im Zentrum stehende Schadensabwälzungsklausel, wonach der Risikotransfer bei einer Verletzung der geschäftsüblichen Sorgfalt der Bank eben gerade nicht stattfinden soll, bleibt [Art. 100 Abs. 2 OR](#) allerdings irrelevant. Versteht man eine Verletzung der geschäftsüblichen Sorgfalt nämlich als mindestens leichtes Verschulden, so findet bei diesen Klauseln gar keine Wegbedingung der Haftung für leichtes Verschulden statt.⁷⁹

[Art. 100 Abs. 2 OR](#) schützt die Bankkundin also nur in jenen Fällen, in denen die Bank den Schaden bei eigenem leichtem Verschulden auf die Kunden überwälzen will. Entsprechende AGB-Klauseln sind in der Praxis jedoch kaum mehr anzutreffen.⁸⁰ Dies scheint dem Bundesgericht entgangen zu sein, spricht es in einem Urteil vom Jahr 2020 doch immer noch davon, dass Schadensabwälzungsklauseln regelmässig in dieser Weise ausgestaltet seien.⁸¹

⁷⁰ WEBER/EMMENEGGER (Fn. 9), BK OR, N 75 zu Art. 100 OR; WIDMER (Fn. 50), Rn. 408.

⁷¹ RUSCH (Fn. 46), S. 440; solche Klauseln sind mittlerweile selten anzutreffen, vgl. unten III.B.4.b und REICHART (Fn. 59), S. 395.

⁷² Siehe I.A.

⁷³ KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 1), Rn. 531.

⁷⁴ KOLLER (Fn. 14), S. 53.

⁷⁵ BUCHER (Fn. 51), recht, 1997, S. 42.

⁷⁶ BUCHER (Fn. 51), recht, 1984, S. 101.

⁷⁷ Siehe dazu oben II.A.

⁷⁸ BGE 112 II 450, 454 ff. E. 3a; 132 III 449, 451 f. E. 2; BRACHER (Fn. 58), S. 158.

⁷⁹ RUSCH (Fn. 46), S. 441; WIDMER (Fn. 50), Rn. 416.

⁸⁰ REICHART (Fn. 59), S. 395.

⁸¹ BGE 146 III 326, 332 E. 6.1; siehe dazu unten III.B.4.c.

Die Bestimmung vermag die Kundin also nicht vor einer Zufallshaftung zu schützen: Trifft weder der Kunde noch die Bank ein Verschulden, so kann aus [Art. 100 Abs. 2 OR](#) nichts abgeleitet werden.⁸² Ausserdem nehmen meist Angestellte der Bank die entsprechende Legitimationsprüfung vor, weshalb [Art. 101 Abs. 3 OR](#) zu berücksichtigen ist.⁸³ Die Haftung darf demnach bis auf leichtes Verschulden wegbedungen werden, ohne dass dem Gericht ein Ermessensspielraum zusteht.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Vereinbarung, wonach der Risikotransfer immer dann stattfinden soll, wenn die Bank die geschäftsübliche Sorgfalt gewahrt hat, auch wenn die Kundin ebenfalls keine Sorgfaltspflicht verletzt hat, vor den [Art. 100 f. OR](#) standhält.⁸⁴

4. Grenzen im Lichte von [Art. 8 UWG](#)

Nachdem dargelegt wurde, dass die [Art. 100 f. OR](#) keinen umfassenden Schutz gegen Schadensabwägungsklauseln bei Legitimationsmängeln bieten, stellt sich die Frage, ob [Art. 8 UWG](#) diese Funktion wahrnehmen kann.

a. Standpunkt der Literatur

Der Tatbestand von [Art. 8 UWG](#) ist sehr offen formuliert,⁸⁵ was zur Folge hat, dass bei vielen entscheidenden Fragen die Meinungen in der Lehre auseinandergehen.

Zunächst erscheint fraglich, auf welche Bankgeschäfte [Art. 8 UWG](#) überhaupt Anwendung findet. Vorausgesetzt ist die Verwendung von AGB, die entsprechende Risikoverteilungsklausel dürfte folglich nicht individuell ausgehandelt worden sein. Der Bankkunde müsste überdies ein Konsument im Sinne des [Art. 8 UWG](#) sein. Darunter

fallen nach herrschender Lehre natürliche Personen, die zu privaten oder familiären und nicht zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken handeln.⁸⁶ Vom Anwendungsbereich ausgenommen sind somit Verträge zwischen Banken und Geschäftskundinnen (meist KMU), was von der Lehre überwiegend bedauert wird.⁸⁷ Ein Teil der Lehre geht von einem engen Konsumentenbegriff aus und will [Art. 8 UWG](#) nur auf Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs anwenden.⁸⁸ Dies hätte zur Folge, dass komplexe Bankgeschäfte wie beispielsweise Vermögens- und Anlageverträge nicht vom Anwendungsbereich erfasst wären.⁸⁹ Für Risikoabwägungsklauseln bei Legitimationsmängeln hat die Streitfrage eine grosse Bedeutung. So sind Verträge über ein Lohnkonto zwar noch zweifelsohne als Konsumentenvertrag zu werten, da diese üblich sind und dem Verbrauch dienen.⁹⁰ Sparkonten dienen hingegen nicht dem Verbrauch, und Verträge über solche Konten wären nach dem engen Verständnis dieses Teils der Lehre mithin nicht als Konsumentenverträge einzustufen.⁹¹ Risikoverteilungsklauseln in Sparkontoverträgen könnten daher nicht auf ihre Missbräuchlichkeit nach [Art. 8 UWG](#) geprüft werden. Die enge Auslegung des Konsumentenvertrags wird von der wohl überwiegenden Lehre abgelehnt.⁹² Demnach

⁸⁶ Siehe oben II.C.1.b m.w.H.

⁸⁷ Vgl. GAUCH PETER, *Gesetzliche Diskriminierung mittelständischer Betriebe*, in: *NZZ Nr. 201 vom 30. August 2011*, S. 21; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 21), Rn. 1152a; KOLLER (Fn. 14), S. 35; SCHMID (Fn. 31), S. 7 f.; STÖCKLI (Fn. 38), 176 f.; ZELLWEGE-GUTKNECHT CORINNE, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Obligationenrecht I* (Art. 1-529 OR), 7. Aufl., Basel 2019, N 55 zu Art. 1 OR.

⁸⁸ HESS/RUCKSTUHL (Fn. 13), S. 1194 f.; SCHOTT (Fn. 38), S. 79; begründet wird dies mit der Verwendung dieses Konsumentenbegriffs in [Art. 32 Abs. 2 ZPO](#) und [Art. 120 Abs. 1 IPRG](#).

⁸⁹ HESS/RUCKSTUHL (Fn. 13), S. 1196.

⁹⁰ KOLLER (Fn. 14), S. 37.

⁹¹ KOLLER (Fn. 14), S. 37.

⁹² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 21), Rn. 1152b; KOLLER (Fn. 14), S. 36; KRÄMER/PROBST/PERRIG (Fn. 1), Rn. 502;

⁸² Vgl. WIDMER (Fn. 50), Rn. 417.

⁸³ RUSCH (Fn. 46), S. 441.

⁸⁴ So auch WIDMER (Fn. 50), Rn. 416.

⁸⁵ KOLLER (Fn. 14), S. 38.

soll von einem weiten Konsumentenbegriff auszugehen sein, was zur Folge hat, dass sich ein Grossteil der Bankkunden in Bezug auf sämtliche von der Bank angebotenen Dienstleistungen auf [Art. 8 UWG](#) berufen kann.⁹³

Der Tatbestand von [Art. 8 UWG](#) fordert ein erhebliches Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten der Parteien, wobei bei der Ermittlung eines solchen nach herrschender Lehre in erster Linie das dispositive Gesetzesrecht als Referenzmassstab herangezogen werden kann.⁹⁴ Die Beurteilung hat sich stets am Grundsatz von Treu und Glauben zu richten, was eine umfassende Interessensabwägung fordert.⁹⁵ In Bezug auf Risikoverteilungsklauseln kann dabei insbesondere berücksichtigt werden, in wessen Einflussbereich ein Risiko fällt und welche Partei besser in der Lage ist, dieses Risiko zu beherrschen.⁹⁶ Von einer gerechten Risikoverteilung kann grundsätzlich nur dann die Rede sein, wenn jede Partei diejenigen Risiken übernimmt, die aus seinem Einflussbereich stammen.⁹⁷

Die durch Schadensabwälzungsklauseln herbeigeführte Abweichung vom dispositiven Recht wird in der Lehre als erheblich⁹⁸ oder gravierend⁹⁹ eingestuft, jedenfalls bei solchen Klauseln, die der Bankkundin den Schaden überwälzen, obwohl sie diesen nicht verschuldet hat. Auch ein Vergleich zum gesetzlichen Leitbild, der in der Lehre gelegentlich gefordert wird, führt zu diesem Ergebnis: Vertraglich haften soll nur, wer den Schaden verschuldet, eine durch verschuldensunabhängige Schadensüberwälzung

herbeigeführte Zufallhaftung ist dem Schweizer Vertragsrecht grundsätzlich fremd.¹⁰⁰

Natürlich besteht bei den Banken ein grosses Interesse, sich gegen schwer vermeidbare Risiken abzusichern.¹⁰¹ Bei der vorliegend im Zentrum stehenden Klausel, wonach der Schaden nur bei einer Verletzung der geschäftsüblichen Sorgfalt bei der Legitimationsprüfung auf den Kunden überwältzt wird, trägt die Bank den Schaden immer dann, wenn sie ein Verschulden trifft. Nur wenn die Kundin selbst oder keine Vertragspartei den Schaden verschuldet, findet ein Risikotransfer von der Bank zum Kunden statt. Kann hier schon von einem erheblichen und treuwidrigen Missverhältnis im Sinne von [Art. 8 UWG](#) die Rede sein? Um dies zu beantworten, ist eine qualitative und quantitative Gesamtbetrachtung der Interessenslage und der in Frage stehenden Rechte und Pflichten erforderlich.¹⁰² RUSCH weist auf das grosse finanzielle Risiko der Bankkundin hin. Diese trägt ein nicht steuerbares Risiko, welches das ganze Bankguthaben vernichten und zum finanziellen Ruin führen kann.¹⁰³ Ausserdem wird in der Lehre mit dem erwähnten Grundsatz der besseren Risikobeherrschung argumentiert. So verstosse eine solche Klausel klar gegen dieses Prinzip, sind es doch die Banken, die durch erhöhte Sicherheitsstandards und Sorgfalt bei der Legitimationsprüfung das Risiko einer Leistung an einen Nichtberechtigten einigermassen steuern können.¹⁰⁴ Es besteht zudem die Möglichkeit der Bank, den entstandenen Schaden wie andere Unkosten auf die Gesamtheit der Kundinnen abzuwälzen, was für den einzelnen Bankkunden eine wohl

ROBERTO/WALKER (Fn. 12), S. 56 f.; SCHMID (Fn. 31), S. 9; mittlerweile auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (Fn. 1), Rn. 46.04.

⁹³ WIDMER (Fn. 50), Rn. 402.

⁹⁴ Siehe oben II.C.2.a m.w.H.

⁹⁵ Siehe oben II.C.2.b m.w.H.

⁹⁶ HESS/RUCKSTUHL (Fn. 13), S. 1205; REHMANN (Fn. 43), S. 135; SCHMID (Fn. 31), S. 15.

⁹⁷ WIDMER (Fn. 50), Rn. 432.

⁹⁸ KOLLER (Fn. 14), S. 53; WIDMER (Fn. 50), Rn. 426.

⁹⁹ RUSCH (Fn. 46), S. 442.

¹⁰⁰ RUSCH (Fn. 46), S. 442.

¹⁰¹ BGE 112 II 450, 455 f. E. 3a; 132 III 449, 452 E. 2.

¹⁰² Vgl. KOLLER (Fn. 14), S. 43; THOUVENIN FLORENT, Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, in: Jusletter, 2012, Rn. 49; WIDMER (Fn. 50), Rn. 405.

¹⁰³ RUSCH (Fn. 46), S. 442.

¹⁰⁴ KOLLER (Fn. 14), S. 53; REHMANN (Fn. 43), S. 131; RUSCH (Fn. 46), S. 442.

kaum spürbare Erhöhung der zu leistenden Vergütungen zur Folge hätte.¹⁰⁵ Mehrere Autoren und Autorinnen kommen daher zum Schluss, dass eine umfassende Zufallshaftung der Kundin nicht sachgerecht ist: Schadensabwälzungsklauseln bei Legitimationsmängeln, die eine solche vorsehen, führen ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten herbei und sind damit missbräuchlich und nichtig.¹⁰⁶

Eine Schadensabwälzungsklausel, die den Risikotransfer nur bei (Mit-)Verschulden des Bankkunden vorsieht, wird in der Lehre hingegen als mit Art. 8 UWG grundsätzlich vereinbar eingestuft.¹⁰⁷ Als Begründung kann wiederum das Prinzip der besseren Risikobeherrschung aufgeführt werden. Verschuldet eine Partei die Leistung an eine Nichtberechtigten, so lag der Schadenseintritt auch in ihrem Einflussbereich.¹⁰⁸

In neuerer Zeit verwenden einige Banken Klauseln, die den aus Leistung an einen Nichtberechtigten entstandenen, von keiner Partei verschuldeten Schaden nur dann auf die Bankkundin überwälzen, wenn der Schaden dem Einflussbereich der Kundin zuzurechnen ist.¹⁰⁹ Eine solche AGB-Klausel wird in der Lehre unterschiedlich beurteilt. Nach RUSCH dürfte eine Schadensabwälzung durch AGB generell nur im Ausmass eines allfälligen Verschuldens des Kunden stattfinden.¹¹⁰ Vereinbarungen, wonach die Kundin den Schaden trotz mangelndem Selbst-

verschulden zu tragen hat, halten seiner Ansicht nach nicht vor Art. 8 UWG stand – unabhängig davon, ob der Schaden dem Einflussbereich der Kundin zuzurechnen ist oder nicht. Gemäss KOLLER kann die teilweise Verschiebung des Zufallsrisikos unter Umständen zulässig sein.¹¹¹ Eine Benachteiligung (und damit ein Missverhältnis im Sinne von Art. 8 UWG) trete zwar ein. Ob die erforderliche Erheblichkeit und Treuwidrigkeit erreicht ist, hänge allerdings davon ab, wie der Einflussbereich des Kunden abgegrenzt wird. Dieser Einflussbereich müsste seiner Ansicht nach relativ eng sein, damit die Anforderungen von Art. 8 UWG eingehalten werden. Was dies konkret bedeutet, wird vom Autor jedoch offen gelassen. Auch nach WIDMER ist eine Zufallshaftung der Bankkundin zulässig, wenn der Schaden ihrem Einflussbereich zuzurechnen ist und wenn dieser Einflussbereich eng interpretiert wird.¹¹² Dieser Einflussbereich setze zwar nicht eine konkrete Beherrschungsmöglichkeit des Risikos voraus. Die Autorin setzt sich aber für ein sehr enges Verständnis des potenziellen Einflussbereichs des Kunden ein, der insbesondere technische Mängel, die aufgrund eines Banksystemfehlers auftreten, nicht umfasst.¹¹³ Vielmehr entspreche es dem erwähnten Grundsatz der besseren Risikobeherrschung, dass solche Risiken von der Bank zu verantworten seien, da sie dieses durch entsprechende Sicherheitsvorkehrungen verringern kann. Anders zu beurteilen sei hingegen der Fall eines Einbruchs bei der Bankkundin mit anschliessendem Diebstahl und Missbrauch der Bankkontozugangsdaten, worauf es zu einer Leistung der Bank an den nichtberechtigten Dieb kommt. Hier sei eine Schadensüberwälzung auf die Kundin bei Vorliegen einer entsprechenden Risikotransferklausel zulässig, da der Scha-

¹⁰⁵ BUCHER (Fn. 51), recht, 1984, S. 102; vgl. auch WIDMER (Fn. 50), Rn. 428.

¹⁰⁶ EMMENEGGER SUSAN/DÖBELI THIRZA, Bankgeschäfte nach der Krise: Safer, simpler, fairer?, in: SZW, 2018, S. 639 ff., S. 644; KOLLER (Fn. 14), S. 53; RUSCH (Fn. 46), S. 442; SCHALLER (Fn. 5), S. 56 f.; WIDMER (Fn. 50), Rn. 431; in der Tendenz auch REICHART (Fn. 59), S. 400 f.; zurückhaltend REHMANN (Fn. 43), S. 135.

¹⁰⁷ RUSCH (Fn. 46), S. 443; WIDMER (Fn. 50), Rn. 429.

¹⁰⁸ WIDMER (Fn. 50), Rn. 433.

¹⁰⁹ KOLLER (Fn. 14), S. 54; für eine Beispielklausel vgl. REICHART (Fn. 59), S. 395 f.

¹¹⁰ RUSCH (Fn. 46), S. 443.

¹¹¹ Vgl. KOLLER (Fn. 14), S. 54 f.

¹¹² Vgl. WIDMER (Fn. 50), Rn. 431 und 434.

¹¹³ Vgl. auch WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND (Fn. 23), BSK OR I, N 2a zu Art. 100 OR, welche die Überwälzung des Systemrisikos im elektronischen Geschäftsverkehr ebenfalls kritisch sehen.

den dem Einflussbereich der Kundin zuzurechnen ist. Dass diese den Einbruch in keiner Weise verschuldet hat, ändere daran nichts.¹¹⁴ Ganz allgemein, so die Autorin gestützt auf die generellen Überlegungen zu dieser Problematik von BUCHER,¹¹⁵ müsste die Betrugshandlung im persönlichen Bereich des Kunden anzusiedeln sein, damit diesem die Zufallshaftung übertragen werden darf.¹¹⁶ Sind die Risiken allein im Betrieb des Bankgeschäfts angelegt, so komme eine Schadensabwälzung bei deren Verwirklichung nicht in Frage. Ähnlich argumentiert auch REICHART, der zusätzlich darauf hinweist, dass sich die Betrugsversuche im *Online Banking* häufiger im Machtbereich der Kundin abspielen, da nur noch diese in das System eingreift, wenn sie einen Zahlungsauftrag erfasst.¹¹⁷ Zudem sei das Computersystem der Kunden meist weniger gut geschützt als dasjenige der Bank. Daraus leitet er ab, dass ein allfälliger Betrug immer dann im Einflussbereich der Kundin stattgefunden hat, wenn keine Sicherheitslücken im System der Bank und in den Kommunikationsabläufen bestehen. Der Kunde müsse stets dafür sorgen (beispielsweise mit Virenschutzprogrammen), dass das eigene Computersystem sicher ist. Die Aufteilung der Zufallshaftung nach Risikosphären sieht der Autor insgesamt als sachgerecht. Eine Verletzung von Art. 8 UWG steht daher nicht zur Diskussion.

In der Lehre wird mehrheitlich die Ansicht vertreten, dass nur diejenigen Risikoverteilungsklauseln mit Art. 8 UWG vereinbar sind, welche die Zufallshaftung höchstens dann auf die Bankkundin überwälzen, wenn der eingetretene Schaden deren Einflussbereich zuzurechnen ist. Eine pauschale Schadensabwälzung bei Wahrung der geschäftsüblichen Sorgfalt verstösst nach dieser Lehrmeinung gegen Art. 8 UWG. Dasselbe gilt selbstverständlich auch für eine Abwäl-

zung bei leichtem Verschulden der Bank. Dies führt zur Frage, ob die analoge Anwendung von Art. 100 Abs. 2 OR auf gewisse Schadensabwälzungsklauseln und die extensive Auslegung des Begriffs des obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes überhaupt noch nötig ist. In der Lehre gibt es vereinzelt Stimmen, die dies verneinen: Über Art. 8 UWG könne eine abschliessende Beurteilung von solchen Klauseln vorgenommen werden, die den Bankkunden mindestens gleichwertig schützt.¹¹⁸

b. Reaktion der Banken

Es stellt sich die Frage, ob die Banken seit Inkrafttreten des Art. 8 UWG ihre AGB angepasst haben. Früher verwendeten Banken regelmässig AGB, die den durch Leistung an eine Nichtberechtigte entstandenen Schaden immer auf den Kunden überwälzten, es sei denn, die Bank handelte vorsätzlich oder grobfahrlässig.¹¹⁹ In neuerer Zeit tauchten Klauseln auf, wonach der Schaden nur abgewälzt wird, wenn die Bank die geschäftsübliche Sorgfalt gewahrt hat.¹²⁰ Die modernste Schadensabwälzungsklausel sieht den Risikotransfer nur noch vor, wenn das verwirklichte Risiko dem Einflussbereich der Kundin zuzurechnen ist.¹²¹ Es ist also eine Entwicklung hin zu kundenfreundlicheren AGB festzustellen.¹²² Dies ist vor allem dem revidierten Art. 8 UWG zu verdanken.¹²³

¹¹⁴ So auch SCHOTT (Fn. 38), S. 81.

¹¹⁵ Siehe BUCHER (Fn. 51), recht, 1984, S. 103.

¹¹⁶ So auch SCHALLER (Fn. 5), S. 56.

¹¹⁷ Siehe REICHART (Fn. 59), S. 401 ff.

¹¹⁸ WIDMER (Fn. 50), Rn. 441; vgl. auch WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND (Fn. 23), BSK OR I, N 11 zu Art. 100 OR, die so lange an der Anwendbarkeit von Art. 100 Abs. 2 OR festhalten wollen, bis eine effiziente Inhaltskontrolle durch Art. 8 UWG tatsächlich ermöglicht wird.

¹¹⁹ REICHART (Fn. 59), S. 394.

¹²⁰ BERNET/VON DER CRONE (Fn. 69), S. 499; WIDMER (Fn. 50), Rn. 446.

¹²¹ Vgl. KOLLER (Fn. 14), S. 54.

¹²² KOLLER (Fn. 14), S. 63; WIDMER (Fn. 50), Rn. 545; diese Entwicklung scheint dem Bundesgericht jedoch entgangen zu sein, vgl. dazu unten III.B.4.c.

¹²³ KOLLER (Fn. 14), S. 63; WIDMER (Fn. 50), Rn. 545; REICHART (Fn. 59), S. 395.

c. Kritische Auseinandersetzung

Die unterschiedlichen Auffassungen in der Literatur¹²⁴ geben zu folgenden Bemerkungen Anlass:

Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, dass ein unter [Art. 8 UWG](#) fallender Konsumentenvertrag nur vorliegt, wenn ein Vertrag über Leistungen des üblichen Verbrauchs geschlossen wurde.¹²⁵ Begründet wird dies vor allem mit der Verwendung dieses Wortlauts in der Begriffsdefinition in [Art. 32 Abs. 2 ZPO](#).¹²⁶ Es gibt jedoch viele Gründe, auf das einschränkende Kriterium zu verzichten. [Art. 8 UWG](#) würde gemäss dem engen Verständnis des Begriffs nämlich fast nur auf Alltagsgeschäfte, die selten unter Verwendung von AGB abgeschlossen werden, Anwendung finden und daher weitgehend leerlaufen.¹²⁷ Dies entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers, der durch [Art. 8 UWG](#) eine offene Inhaltskontrolle ermöglichen wollte.¹²⁸ Ausserdem gibt es auch einige Bestimmungen, die sich mit dem Konsumentenbegriff befassen und das einschränkende Element des üblichen Verbrauchs nicht nennen, wie beispielsweise [Art. 40a Abs. 1 OR](#), [Art. 3 KKG](#), [Art. 2 lit. a CISG](#) und insbesondere [Art. 210 Abs. 4 lit. b OR](#), der nur wenige Monate nach [Art. 8 UWG](#) in Kraft trat.¹²⁹ Weshalb gerade auf [Art. 32 Abs. 2 ZPO](#) abgestellt werden sollte, ist m.E. nicht sachlich zu begründen. Vielmehr sollte aus teleologischen Gründen der weite Konsumentenbegriff zur Anwendung kommen. Dies hat zur Folge, dass [Art. 8 UWG](#) sowohl Lohn- als auch Sparkontoverträge erfasst. Schliesst eine natürliche Person für private oder familiäre Zwecke einen Vertrag mit einer Bank, so können die verwendeten

AGB-Klauseln nach der hier vertretenen Meinung uneingeschränkt auf ihre Missbräuchlichkeit geprüft werden.

Bei der Beurteilung der Vereinbarkeit einer Risikoverteilungsklausel mit [Art. 8 UWG](#) sollte nach der hier vertretenen Ansicht primär auf das Prinzip der besseren Risikobeherrschung abgestellt werden. Die erforderliche umfassende Interessensabwägung nach dem Fairnessgrundsatz kann nur dann zugunsten der Bank ausfallen, wenn diese die Risiken, deren Verwirklichung sie besser verhindern kann als die Kundin, selbst trägt. In allen anderen Fällen kann nicht von einer fairen Risikoverteilung die Rede sein.¹³⁰

AGB-Klauseln, die einen aus Leistung an einen Nichtberechtigten entstandenen Schaden immer dann auf die Kundin überwälzen, wenn die Bank die geschäftsübliche Sorgfalt gewahrt hat, dürften daher nicht vor [Art. 8 UWG](#) standhalten. Insbesondere durch Cyberattacken auf das Banksystem entstandene Schäden sind deshalb von der Bank zu tragen, auch wenn diese nachweisen kann, dass das System den geschäftsüblichen Standards entspricht und daher kein Verschulden ihrerseits vorliegt. Dasselbe gilt für Schäden, die nur durch eine Legitimationsprüfung hätten verhindert werden können und deren Entstehung nicht (überwiegend) dem Einflussbereich des Kunden zuzuordnen sind. Alles andere würde falsche Anreize schaffen. So aber dürften die Banken stets mit allen Mitteln – und nicht nur mit der geschäftsüblichen Sorgfalt – versuchen, Betrugsversuche zu unterbinden. Der Bankkundin fehlen dazu in gewissen Bereichen die Mittel.

Wie in der Literatur aber bemerkt wird, liegen die Risiken oft auch im Einflussbereich des Bankkunden.¹³¹ Dieser kann zwar nicht vollständig verhindern, dass jemand sein Computersystem angreift, dass bei ihm eingebrochen wird und die Bankzugangsdaten entwendet werden, oder dass eine Betrügerin

¹²⁴ Vgl. oben III.B.4.a.

¹²⁵ Siehe oben III.B.4.a m.w.H.

¹²⁶ HESS/RUCKSTUHL (Fn. 13), S. 1195; SCHOTT (Fn. 38), S. 79.

¹²⁷ HUGUENIN (Fn. 17), Rn. 635f.; KOLLER (Fn. 14), S. 36.

¹²⁸ HUGUENIN (Fn. 17), Rn. 635f.

¹²⁹ KOLLER (Fn. 14), S. 36 f.

¹³⁰ So auch WIDMER (Fn. 50), Rn. 432.

¹³¹ Vgl. WIDMER (Fn. 50), Rn. 434.

mit einem gefälschten Zahlungsauftrag an die Bank gelangt. Er kann dieses Risiko aber zumindest besser als die Bank kontrollieren, indem Antivirenprogramme installiert werden, der Umgang mit dem Kreditkartencode sorgfältig erfolgt, oder der Kreis der Personen mit potenziellem Zugang zu den Legitimationsmitteln (beispielsweise Mitbewohnerinnen) möglichst klein gehalten wird. Dass der Bankkunde in diesem eingeschränkten Bereich die Zufallshaftung trägt, erscheint im Einklang mit einigen Literaturstimmen¹³² und entgegen der Ansicht von RUSCH¹³³ sachlich gerechtfertigt.

Wird [Art. 8 UWG](#) nicht zu eng¹³⁴ ausgelegt, so ermöglicht die Bestimmung bei Konsumentenverträgen eine griffige inhaltliche Kontrolle von AGB-Klauseln, insbesondere auch von den in den allermeisten Banken-AGB enthaltenen Schadensabwälzungsklauseln. Deshalb gibt es m.E. keine Gründe mehr, [Art. 100 Abs. 2 OR](#) analog auf diese Klauseln anzuwenden, sofern ein B2C-Geschäft vorliegt. Auch auf die Behandlung der Bank als obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe kann bei Vorliegen eines B2C-Geschäfts zukünftig verzichtet werden. Diese Rechtsprechung hat ihren Ursprung in der Motivation, eine Inhaltskontrolle von Banken-AGB zu ermöglichen.¹³⁵ Mit [Art. 8 UWG](#) liegt nun eine passendere und tragfähigere Grundlage für die Beurteilung von Risikoverteilungsvereinbarungen vor. Somit soll [Art. 100 Abs. 2 OR](#) nur noch auf diejenigen Fälle angewendet werden, in denen mangels Vorliegen eines Konsumentenvertrags nicht auf [Art. 8 UWG](#) zurückgegriffen werden kann.

In einem Urteil vom Jahr 2020 behauptete das Bundesgericht, dass die regelmässig vorkommende Schadensabwälzungsklausel den Risikotransfer immer ausser bei grobem Verschulden der Bank vorsieht,¹³⁶ was m.E. falsch ist: Derart ausgestaltete Klauseln sind kaum mehr anzutreffen.¹³⁷ Diese Einschätzung des Bundesgerichts trägt der heutigen Rechtslage nicht mehr Rechnung. Wäre die genannte Klausel tatsächlich die Standardklausel, so würde [Art. 100 Abs. 2 OR](#) ein taugliches Beurteilungsinstrument darstellen. Die heute oft anzutreffenden Schadensüberwälzungsklauseln sehen den Risikotransfer jedoch nur vor, wenn die Bank die geschäftsübliche Sorgfalt gewahrt hat. Auf solche Klauseln ist [Art. 100 Abs. 2 OR](#) gerade nicht anwendbar.¹³⁸ Es ist daher zu hoffen, dass sich die Rechtsprechung zur Problematik der Legitimationsmängel dahingehend entwickelt, dass die Wirksamkeit von Schadensüberwälzungsklauseln in erster Linie auf die Vereinbarkeit mit [Art. 8 UWG](#) – und nicht [Art. 100 Abs. 2 OR](#) – geprüft wird.¹³⁹

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Leistet eine Bank an eine nichtberechtigte Dritte, so befreit sie sich grundsätzlich nicht gegenüber dem eigentlich berechtigten Bankkunden: Dieser hat nach wie vor eine Forderung auf Auszahlung der von ihm einbezahlten Beträge.¹⁴⁰ Die Bank trägt mithin ein Doppelzahlungsrisiko und erleidet einen Schaden, den sie jedoch in der Regel durch

¹³² Vgl. BUCHER (Fn. 51), recht, 1984, S. 103; KOLLER (Fn. 14), S. 54 f.; REICHART (Fn. 59), S. 401 ff.; WIDMER (Fn. 50), Rn. 431 und 434.

¹³³ Vgl. RUSCH (Fn. 46), S. 443.

¹³⁴ Abzulehnen ist aber auch das Verständnis von [Art. 8 UWG](#) als «Blankettnorm für eine grenzenlose offene Inhaltskontrolle», vgl. VISCHER (Fn. 11), S. 976.

¹³⁵ WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND (Fn. 23), BSK OR I, N 11 zu Art. 100 OR.

¹³⁶ [BGE 146 III 326](#), 332 E. 6.1.

¹³⁷ Siehe dazu auch REICHART (Fn. 59), S. 395.

¹³⁸ Siehe oben III.B.3.

¹³⁹ In diese Richtung tendierend das Handelsgericht des Kantons Zürich, das bei der Beurteilung einer AGB-Klausel zunächst [Art. 8 UWG](#) heranzog, und erst subsidiär (es fehlte an einem Konsumentenvertrag) [Art. 100 Abs. 2 OR](#) prüfte, vgl. [HGer ZH, HG150071-0](#), Urteil vom 25. November 2016, E. 2.3 f.

¹⁴⁰ Zur Rechtslage ohne AGB vgl. oben III.B.2 m.w.H.

die Verwendung von AGB (konkret: durch Schadensabwärmungsklauseln) auf den Bankkunden überwälzt, sofern gewisse Voraussetzungen erfüllt sind.¹⁴¹ Zwar ist im Bankensektor eine Entwicklung hin zu kundenfreundlicheren AGB zu konstatieren, gewisse Schadensabwärmungsklauseln sind aber nach wie vor problematisch. Das Bundesgericht zieht bei der Beurteilung der Wirksamkeit solcher Vereinbarungen die [Art. 100 f. OR](#) heran, was dogmatisch und auch im Hinblick auf die Tauglichkeit dieser Bestimmungen nicht restlos befriedigt.¹⁴² Dies umso mehr, seit der revidierte [Art. 8 UWG](#) zur Verfügung steht.

Nach der hier vertretenen Auffassung ermöglicht [Art. 8 UWG](#) in B2C-Geschäften eine inhaltliche Kontrolle von Schadensabwärmungsklauseln, weshalb in diesem Bereich auf die unbefriedigende Heranziehung der [Art. 100 f. OR](#) zukünftig verzichtet werden kann.¹⁴³ Banken-AGB, die den aus Leistung an eine Nichtberechtigte entstandenen Schaden auf den Kunden überwälzen, obwohl diesen kein Verschulden trifft und obwohl das sich verwirklichte Risiko eigentlich im Einflussbereich der Bank liegt, erfüllen nach einem Teil der Lehre den Tatbestand von [Art. 8 UWG](#) und sind daher nichtig.¹⁴⁴ Diese Lehrmeinung, die (noch) nicht Eingang in die bundesgerichtliche Rechtsprechung gefunden hat, verdient m.E. Zustimmung. Andernfalls wäre das bei der Anwendung von [Art. 8 UWG](#) zu berücksichtigende Prinzip der besseren Risikobeherrschung verletzt.¹⁴⁵ Mit [Art. 8 UWG](#) vereinbar sind folglich nur Klauseln, die den entstandenen Schaden höchstens dann auf die Kundin überwälzen, wenn sich ein Risiko verwirklicht hat, das die Kundin besser beherrschen konnte. Nicht zu diesen Risiken gehören namentlich Cyberangriffe auf Bankssysteme

oder nicht gelungene Legitimationsprüfungen, und zwar unabhängig davon, ob die Bank die geschäftsübliche Sorgfalt gewahrt hat.¹⁴⁶ Gerade im Online-Banking kann sich die Bewertung der Risikobeherrschung als schwierig erweisen. Solche Detailfragen können an dieser Stelle nicht ausführlich diskutiert werden. Auch hier muss letztlich aber eine sachgerechte Abgrenzung der Risikosphären erfolgen.

Eine Risikoverteilung nach dem Risikobeherrschungsprinzip ist schon in einigen Banken-AGB anzutreffen.¹⁴⁷ Ob diese Entwicklung dazu führt, dass die anderen, nach der hier vertretenen Meinung unfairen Schadensüberwälzungsklauseln gänzlich von der Bildfläche verschwinden, bleibt abzuwarten. Entscheidend ist, wie das Bundesgericht den offen formulierten [Art. 8 UWG](#) auslegen wird.

¹⁴¹ Für die aktuell verbreiteten Klauseln siehe oben III.B.2, III.B.4.a und III.B.4.b, jeweils m.w.H.

¹⁴² Siehe oben III.B.3 m.w.H.

¹⁴³ Vgl. oben III.B.4.c.

¹⁴⁴ Siehe oben III.B.4.a m.w.H.

¹⁴⁵ Siehe oben III.B.4.c.

¹⁴⁶ Siehe oben III.B.4.a und III.B.4.c.

¹⁴⁷ Siehe oben III.B.4.b.